

1

SAGGI  
ITINERARI  
*per la storia del pensiero giuridico moderno*  
ARCHIVIO APERTO

# Ordo Iuris

Storia e forme  
dell'esperienza giuridica

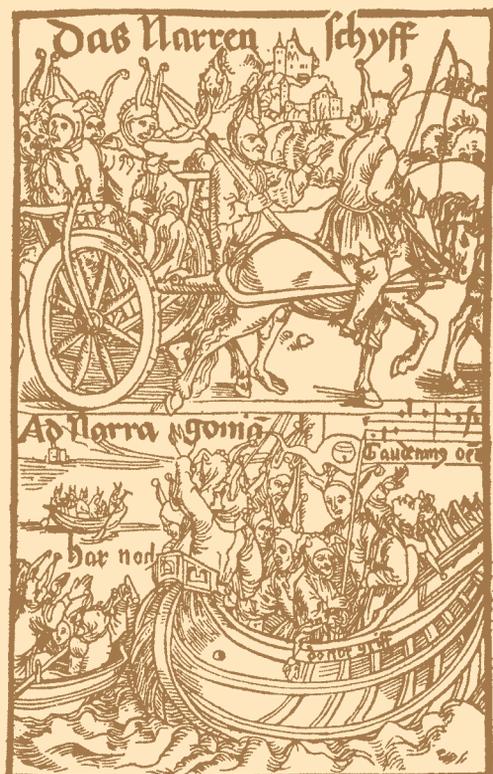
Mario Sbriccoli, Pietro Costa, Maurizio Fioravanti, Paolo Cappellini,  
Luca Mannori, Bernardo Sordi, Giovanni Cazzetta, Giovanni Rossi,  
Stefano Mannoni, Raffaele Volante, Irene Stolzi

[www.quadernifiorentini.eu](http://www.quadernifiorentini.eu)



# Ordo Iuris

Storia e forme  
dell'esperienza giuridica



Giuffrè Editore





MARIO SBRICCOLI, PIETRO COSTA, MAURIZIO FIORAVANTI, PAOLO CAPPELLINI,  
LUCA MANNORI, BERNARDO SORDI, GIOVANNI CAZZETTA, GIOVANNI ROSSI,  
STEFANO MANNONI, RAFFAELE VOLANTE, IRENE STOLZI

# ORDO IURIS

STORIA E FORME  
DELL'ESPERIENZA GIURIDICA



GIUFFRÈ EDITORE

Milano 2003

ISBN 88-14-09944-8

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

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2003  
VIA BUSTO ARSIZIO, 40 - 20151 MILANO - Sito Internet: [www.giuffre.it](http://www.giuffre.it)

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

---

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 VARESE - Via F. Guicciardini 66

*A Paolo*



## INDICE

*Introduzione* . . . . . XI

RAFFAELE VOLANTE

*Fatto normativo e interpretatio iuris. La definizione del possesso nel diritto comune*

1. I termini del problema: sostanza fattuale e rilevanza della qualificazione giuridica nella percezione del fenomeno possessorio . . . . . 3
2. *Possidere civiliter* e *possidere naturaliter*: due fenomenologie opposte dello stesso concetto. . . . . 8
3. Definire il possesso . . . . . 13
4. Pluralità di *dominia* e pluralità di *possessiones*. . . . . 18
5. Il possesso come *ius* e come *causa iuris*. . . . . 26
6. La sistematica delle *species possessionum* in Bartolo da Sassoferrato . . 34

MARIO SBRICCOLI

*La benda della Giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all'età moderna*

1. *Ratio, Iustitia, Aequitas*. L'immagine "picta verbis" delle *Quaestiones de iuris subtilitatibus* . . . . . 47
  2. L'avvento del penale. La Giustizia non è più una virtù. . . . . 58
  3. Il modello triadico a Padova e Siena . . . . . 60
  4. La spada . . . . . 69
  5. Se la giustizia celebra se stessa. . . . . 76
  6. La benda in Germania, al seguito della legge . . . . . 79
  7. La metamorfosi della benda e le virtù del ginocchio . . . . . 89
- Ad genua Iustitiae*. . . . . 92

GIOVANNI ROSSI

*Dottrine giuridiche per un mondo complesso. Autonomia di ordinamenti e poteri pazzonati in un consilium inedito di Tiberio Deciani per la Comunità di Fiemme (1580)*

1. Premessa: l'autonomia di una valle alpina . . . . . 99

2. Il giurista 'legge' il reale: la potestà normativa originaria del « populus » in Baldo . . . . .	102
3. L'identità di un popolo nello specchio del suo diritto . . . . .	106
4. Il principe e la Comunità: la dialettica tra « plenitudo potestatis » e « iura acquisita per viam contractus ». . . . .	112
5. Il giurista al lavoro: struttura ed « argumenta » del « consilium ». . . . .	125
6. Quasi una morale . . . . .	134

## LUCA MANNORI

*La crisi dell'ordine plurale. Nazione e costituzione in Italia tra Sette e Ottocento*

1. La nazione come problema. . . . .	139
2. Le tre nazioni del Settecento. . . . .	142
3. La crisi dell'illuminismo e le origini della nazione in Italia. . . . .	149
4. 1796-1799: le due Italie e il primo dibattito sulla costituzione nazionale. . . . .	159
5. La soluzione napoleonica: lo Stato che forma la nazione. . . . .	168
6. Verso il Risorgimento . . . . .	174

## MAURIZIO FIORAVANTI

*Lo 'Stato moderno' nella dottrina della costituzione della prima metà del Novecento (1900-1940)*

1. Premessa . . . . .	193
2. Lo Stato liberale di diritto e la concezione dualistica dello Stato moderno . . . . .	194
3. La crisi novecentesca dello Stato liberale di diritto e le nuove concezioni monistiche dello Stato moderno . . . . .	197
4. Lo Stato moderno, il potere costituente e la supremazia della costituzione. . . . .	207

## IRENE STOLZI

*Gli equilibri e i 'punti di vista': 'interno' ed 'esterno' nella rappresentazione della dinamica corporativa. Un'ipotesi di dialogo tra Lorenzo Mossa e Widar Cesarini Sforza*

1. Crisi postbellica ed equilibri infranti: la scelta del punto di vista . . . . .	221
2. Le strategie di costruzione dell'equilibrio: la dimensione collettiva del diritto . . . . .	225
3. Il corporativismo come progetto di equilibrio . . . . .	231
4. Gli equilibri e i dispositivi di sicurezza . . . . .	247

## PAOLO CAPPELLINI

« Qualcosa oltre le leggi ». Plaidoyer per (l'ultimo?) Carnelutti . . . . .	259
---	-----

GIOVANNI CAZZETTA

*Natura delle cose e superbia del legislatore. Giuseppe Capograssi e il diritto agrario italiano di metà Novecento*

1. « La mano di ognuno nell'opera comune ». . . . . 287
2. Ordine fattuale e « superbia del legislatore » . . . . . 293
3. Diritto agrario e consapevolezza del fatto . . . . . 299
4. Lavoro (immediato, diretto, corporale) della terra . . . . . 307
5. Complessità dell'ordine giuridico . . . . . 313

BERNARDO SORDI

*Ordine e disordine giuridico del mercato (in margine ad alcuni scritti di Tullio Ascarelli)*

1. Una suggestiva indicazione di ricerca . . . . . 319
2. Da una costituzione economica all'altra. . . . . 325
3. Dallo Stato gestore allo Stato regolatore . . . . . 337
4. Interventismo e tutela della concorrenza: l'esempio di Tullio Ascarelli. 345

STEFANO MANNONI

*Globalizzazione, diritto, Stato*

1. *L'Etat en miettes?* . . . . . 361
2. La crisi del positivismo . . . . . 363
3. La moltiplicazione dei protagonisti della creazione giuridica . . . . . 365
4. Il cantiere europeo . . . . . 367
5. Il nodo della trasparenza e della democrazia nella società internazionale. 369

PIETRO COSTA

*Le api e l'alveare. Immagini dell'ordine fra 'antico' e 'moderno'*

1. Cenni introduttivi . . . . . 375
2. I « piccoli Quiriti » . . . . . 377
3. Le api virtuose . . . . . 384
4. Dalle api virtuose alle api viziose . . . . . 394
5. Le api industriose e sacrificali . . . . . 404

*Indice dei nomi* . . . . . 411



## INTRODUZIONE

1. *Ordo iuris*: il diritto come un insieme coerente di principi, regole, valori e il diritto come tramite del passaggio da una pulviscolare molteplicità di azioni, interessi, aspettative ad un assetto unitario e coeso. È questo l'orizzonte ideale nel quale si iscrivono i saggi raccolti in questo volume. Ciascuno di essi si misura con il problema della valenza ordinante del diritto, quindi con il rapporto che, nei più diversi contesti storici, viene ad instaurarsi fra il concreto, quotidiano fluire dell'esperienza (nell'irriducibile varietà e molteplicità delle sue componenti) e la ricorrente esigenza che essa assuma una forma, si svolga secondo regole e principi, percorra alvei precisamente delineati.

Il diritto è una forma dell'esperienza: non è una camicia di forza imposta dall'esterno e dall'alto ad una dinamica sociale che potrebbe e vorrebbe prescindere; non è un insieme di regole che un legislatore onnipotente e onniveggente predispone con un dispotico atto di volontà. Il diritto è una dimensione interna all'interazione sociale: non involucro vuoto e inerte, ma 'forma strutturale', *Gestalt*, di un'esperienza collettiva che (anche) per suo tramite si presenta come un'unità vitale e significativa.

Proprio perché forma di un'esperienza collettiva, il diritto svolge la sua funzione ordinante grazie alla sinergia di elementi diversi ma complementari: nel dar forma all'esperienza gli apparati normativi (legislativi o consuetudinari) non possono prescindere dal momento della loro interpretazione ed applicazione; nel dar forma all'esperienza le scelte imperative del potere politico non sono separabili dalle raffinate concettualizzazioni del sapere giuridico. Certo, a seconda delle condizioni storiche, muta il peso specifico dell'una o dell'altra componente, ma è difficile immaginare (almeno entro i confini della nostra civiltà giuridica) un *ordo iuris* identificato con uno solo dei suoi elementi costitutivi.

Ricostruito nelle sue diverse incarnazioni storiche, l'*ordo iuris* ci trasmette dunque due immagini, apparentemente contraddittorie, ma in realtà complementari: per un verso esso conferma la sua intima vocazione a proporsi come forma dell'esperienza, come struttura portante della convivenza; per un altro verso, esso mostra le sempre diverse risposte che la sua istanza ordinante ottiene nei diversi contesti storici, tanto da dare la sensazione che esso debba essere declinato al plurale, piuttosto che al singolare. L'*ordo iuris* è forma dell'esperienza nella misura in cui esso è produzione di forme sempre nuove e imprevedibili.

Il principale filo conduttore dei nostri saggi è appunto il tentativo di dar conto, al contempo, del gioco del singolare e del plurale: il tentativo di cogliere in momenti storici diversi le peculiari e molteplici forme che l'esperienza produce per soddisfare quella medesima, fondamentale esigenza 'auto-ordinante' che essa manifesta sempre di nuovo. Anche una seconda caratteristica però accomuna i nostri contributi, pur nella diversità dei temi e dei contesti analizzati: la ricorrente attenzione al sapere giuridico come ad una delle principali componenti dell'*ordo iuris*. Siamo di fronte ad un affascinante gioco di specchi: il sapere giuridico si propone volta a volta nei vari saggi (anche se con diversi accenti e modalità) come una delle forze ordinanti di cui il diritto si avvale per dar forma all'esperienza, ma al contempo si offre anche come la rappresentazione di una realtà 'esterna' che esso si prefigge di decifrare concettualmente.

È il sapere giuridico in ogni caso il principale angolo di osservazione attraverso il quale i nostri saggi guardano al formarsi e al trasformarsi dell'*ordo iuris*. Assumere però il sapere giuridico come un ambito privilegiato di indagine non è l'espressione di una scelta teorica che attribuisca incautamente ad esso una sorta di primato fra le varie componenti dell'esperienza giuridica. L'unico fondamento 'oggettivo' della nostra scelta di campo non è di carattere teorico, ma è di carattere operativo: è l'aspettativa che il sapere giuridico, grazie alla sua 'duplicità' (grazie alla sua duplice natura di forza ordinante e di rappresentazione — inevitabilmente selettiva — dell'esperienza ordinata) riesca a mostrare con particolare evidenza la forma (le forme) nelle quali volta a volta l'esperienza si organizza.

2. L'*ordo iuris* come forma dell'esperienza; l'*ordo iuris* come una struttura ordinante di cui il sapere giuridico si fa (problematico) tramite e (infedele) specchio: è questo l'orizzonte entro il quale i nostri saggi si iscrivono ed è questa la condizione della loro unità di senso; diversi invece sono i contesti storici e i temi specifici affrontati dai singoli contributi. Raffaele Volante si sofferma sulla teoria medievale del possesso, nella consapevolezza del ruolo creativo e 'ordinamentale' svolto dalla dottrina giuridica dell'età di mezzo; Mario Sbriccoli studia l'avvento di una concezione legalistica del penale, fra medioevo e prima età moderna, lavorando sulle rappresentazioni iconografiche della giustizia; Giovanni Rossi, commentando un *consilium* di Tiberio Deciani, mette a fuoco il ruolo del giurista nella difesa dell'antica proprietà collettiva; Luca Mannori ricostruisce la genesi, nell'Italia fra Sette e Ottocento, di un nuovo simbolo di identità e di ordine, la nazione; Maurizio Fioravanti analizza le immagini dello Stato moderno presenti nella dottrina costituzionale europea della prima metà del Novecento; Irene Stolzi si interroga sul ruolo dei giuristi nella messa a punto del nuovo ordine corporativo instaurato dal regime fascista; Paolo Cappellini coglie nelle pagine dell'«ultimo» Carnelutti la tensione che si instaura fra l'ordine della legge e l'interpretazione giurisprudenziale, mentre Giovanni Cazzetta tematizza il rapporto fra scienza giuridica e legislazione nel pensiero di Capograssi e nel dibattito agraristico del secondo dopoguerra; Bernardo Sordi concentra la sua attenzione sugli ultimi decenni del Novecento mettendo in evidenza il ruolo ordinante del sapere giuridico di fronte alle recentissime esigenze del mercato e della produzione; Stefano Mannoni sposta ancora avanti nel tempo il problema dell'*ordo iuris* per affrontarlo nell'odierno scenario della globalizzazione; Pietro Costa infine descrive le trasformazioni di senso di un'antica 'metafora di ordine' — la metafora delle api e dell'alveare — nella cultura politico-giuridica dell'Europa occidentale.

3. I nostri saggi non ambiscono ad essere i tasselli di un mosaico compiuto e coerente. Essi sono piuttosto segmenti, più o meno distanti fra loro, di una linea che dal medioevo arriva fino al nostro presente: è appunto il loro disporsi sulla medesima linea

tematica — l'*ordo iuris* come forma dell'esperienza — la condizione oggettiva della loro unitarietà di fondo.

Che i nostri saggi insistano, ciascuno a suo modo, su questo plesso tematico non è peraltro il frutto di una casuale convergenza di prospettive: il nostro libro non è una raccolta di monologhi, ma è l'espressione di un dialogo ricco e intenso. È un dialogo che ha avuto come centro propulsore e interlocutore decisivo Paolo Grossi, del quale ciascuno di noi è stato, in tempi diversi, allievo: di questo dialogo i nostri saggi vogliono essere una semplice testimonianza, dal momento che da esso traggono non solo singole sollecitazioni e suggestioni, ma anche l'ispirazione di fondo. Non si consideri però questo libro un prodotto di 'scuola': troppo spesso questo termine evoca rigidità dogmatiche e uniformità coatte. Il magistero di Paolo Grossi si è sempre tradotto al contrario nella pratica quotidiana del dialogo, ispirata ad un totale rispetto dell'alterità e dell'autonomia dell'interlocutore-allievo. Raccogliere i nostri saggi in questo libro non ha quindi niente a che fare con retoriche celebrative ed omaggi rituali, ma significa per noi (per ciascuno singolarmente e per tutti) ritrovare nelle pagine scritte i segni e gli echi di un colloquio ininterrotto.

RAFFAELE VOLANTE

FATTO NORMATIVO  
E INTERPRETATIO IURIS

LA DEFINIZIONE DEL POSSESSO  
NEL DIRITTO COMUNE



1. *I termini del problema: sostanza fattuale e rilevanza della qualificazione giuridica nella percezione del fenomeno possessorio*

La capacità della norma giuridica di dare qualificazione ai fatti materiali è il postulato principale su cui si fonda la concezione moderna del diritto. La norma positiva delimita l'insieme dei fatti che riguardano la sfera dei rapporti giuridici, in una relazione che è necessariamente univoca, procedendo sempre dal comando del legislatore verso la realtà. Impossibile difatti configurare una relazione contraria, che veda il fatto farsi direttamente norma: il moderno del diritto si costruisce totalmente su una concezione della norma giuridica come prodotto della volontà di un soggetto, non come il risultato della forza propria dei fatti, che possono essere esclusivamente oggetti di regolamentazione, non produttori di diritto.

La potenza normativa dei fatti è al contrario il momento fondante dell'esperienza medievale, in cui la vitalità dei fenomeni materiali è tale da divenire immediata effettività giuridica, senza il benché minimo apporto di volontà da parte di un soggetto qualsivoglia, posto che quei secoli non ne vedono alcuno che possa sovraordinarsi all'ordine naturale delle cose <sup>(1)</sup>. Una realtà che non muta allorché il medioevo incontra nell'*interpretatio* dei testi antichi la propria originalissima scienza giuridica. Anche il medioevo sapienziale è pregno della medesima fattualità che caratterizza i secoli più antichi: ciò che cambia non è la visione della diversa capacità normativa del fatto, ma la necessità di comprendere le manifestazioni di tale forza insopprimibile all'interno delle architetture offerte dal *Corpus* giustiniano.

---

<sup>(1)</sup> La fattualità come cifra fondamentale per la comprensione dell'esperienza giuridica medioevale è conquista che la storia del diritto deve soprattutto all'indagine di Paolo Grossi. Si vedano le sue precisazioni circa la categoria della fattualità e sul concetto di fatto normativo in *L'ordine giuridico medioevale*, Laterza, Roma-Bari 1995, pp. 56-60.

Se non cambia la realtà profonda del diritto medievale cambia tuttavia, e molto, la prospettiva in cui percepirla, apprezzarla, comprenderla: la normatività immediata del fatto deve incontrarsi con la normatività che deriva dalla descrizione dei fatti, dalla loro rappresentazione attraverso enunciati la cui formulazione risponde a precise regole scientifiche. Il fatto deve quindi essere delineato da una regola, da una formulazione che detti quali elementi esso deve avere per produrre effetti giuridici, pure non per questo si forma una relazione tra esso e la norma simile a quella che caratterizza i moderni ordinamenti positivi.

Il terreno migliore per mostrare i caratteri dell'equilibrio fra la normatività che nasce dal fatto e quella che deriva dall'enunciazione della regola estratta dal testo antico e autorevole è quello del possesso, della relazione di fatto che intercorre tra soggetto e cosa, una materia che intercetta le coordinate più profonde della cultura giuridica medievale (2).

La sommaria analisi di una fra le prime opere giuridiche medievali, la *Summa Trecensis*, ci consente di saggiare i problemi definitivi che la nozione di possesso, per come trasmessa dal Digesto (3), pone a questi interpreti, stretti fra la necessità di mantenere alla definizione l'immediatezza del descrivere una condizione di puro fatto, mutevole e libera nel suo sorgere e decadere, e quella di chiarire i nessi che conducono l'ordinamento a tutelare questo fenomeno, senza per questo assumerlo come situazione ferma. Già dalle considerazioni che l'ignoto autore della *Summa* premette al suo apparato possiamo notare la particolare complessità che la materia

---

(2) La tematica del possesso è del resto materia di forte dibattito in ogni esperienza giuridica. Cfr., anche per la bibliografia più aggiornata sull'argomento, R. Sacco, R. Caterina, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, 2<sup>a</sup> ed., Milano, Giuffrè 2000.

(3) « Possessio appellata est a pedibus et, ut Labeo ait, pedum quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo quo ei insistit quam Greci κατοχήν dicunt » (D. 41, 2, 1, *de acquirenda vel amittenda possessione, l. Possessio appellata est*). Viene qui riportata la lezione della *vulgata* che si può trovare in qualsiasi edizione a stampa della Glossa accursiana. Un'altra lezione — oggi generalmente preferita e conosciuta anche da molti giuristi medievali, come Piacentino (v. *infra* p. 9) — vuole *sedibus* al posto di *pedibus*.

presentava alla riflessione dei glossatori <sup>(4)</sup>; essa si centra sull'insufficienza di una dimensione esclusivamente fattuale a descrivere il possesso.

« Possessio est pedum quasi positio seu assessio, cum corpus corpori incumbit seu naturaliter assidet: quod interpretatione iuris civilis latius porrigitur » <sup>(5)</sup>. La nozione romana, tutta conchiusa nell'immagine del soggetto che sovrasta la cosa gravandola del proprio potere, non riesce a comprendere tutta la realtà del possesso. Ad essa deve necessariamente affiancarsi una concezione più estesa, che non può più essere dettata dalla nettezza dei fatti materiali, ma affidarsi all'*interpretatio*, alla cifra di comprensione propria dello *ius civile*. Uno schema, quello della distinzione tra questioni derivanti dal *factum* e dallo *ius*, quanto mai propria dello strumentario argomentativo del giurista medievale. Assai spesso il *doctor iuris* riesce in questo modo a comporre in un ordine materie lasciategli complessissime dal *Corpus Iuris*. Ragionando di possesso, tuttavia, questo lineare modo di procedere non riesce a distinguere una netta diarchia di significati sulla quale costruire una organizzazione autonoma dell'istituto.

La dimensione materiale del possesso, difatti, non può essere descritta esclusivamente attraverso l'enumerazione dei comportamenti che il soggetto intrattiene a proposito del bene. Da questi non può essere eliminata la prospezione giuridica, la connotazione che rende un fatto abile a instaurare una relazione tra soggetto e cosa provvista di una rilevanza per l'ordinamento; non si riesce, in una parola, a isolare un puro fatto, scevro da qualsiasi valutazione giuridica, alla radice del possesso. Ogni aspetto della vicenda pos-

---

<sup>(4)</sup> « Circa possessionis acquisitionem multae et variae differentiae tam facti quam iuris a diligente animadvertende sunt. Quapropter rogatus immo coactus a nostris sociis (cum saepius hoc eis a me promissum erat, veluti ab initio extorserunt, ut possessionis tractatum diligentissime exponerem, cum etiam Constitutiones imperiales et Responsa prudentium varias et diversas rationes, immo etiam obscuras inter se referre videntur) michi meaequae scientiae negotium altissimum iniunctum valdeque obscurum tam naturali quam civili ratione permixtum pro mea parvitate satisfacere legitimis adhibitibus rationibus non differam » (*Summa Trecensis*, 7, 23, *de acquirenda et retinenda possessione*, n. 2, a cura di H. Fitting, *Summa Codicis des Irnerius* (J. Guttentag, Berlin 1894), r.a., s.e., Frankfurt a. M. 1977).

<sup>(5)</sup> *Summa Trecensis*, 7, 23, *de acquirenda et retinenda possessione*, n. 3.

essoria è permeato di fatto e di diritto, in una relazione strettissima, impossibile a sciogliersi nei suoi elementi fondamentali con le armi della dialettica (6).

È così che, giusto il testo appena riportato, la distinzione tra il momento fattuale e il momento giuridico del possesso non riesce a scalfire l'intima sostanza della nozione, ma può solo organizzare elementi esterni rispetto a questa. Per la *Summa Trecensis* esiste così un'unica nozione di possesso, che dà luogo a due accezioni distinte ma fra loro pienamente omogenee, perché partecipi della medesima combinazione di elementi materiali e giuridici. In un primo contesto, la *possessio* è detta *naturalis* non perché essa si possa descrivere esclusivamente attraverso l'analisi dei momenti fattuali della fattispecie, ma perché questi rilevano in via prevalente rispetto al momento della qualificazione giuridica: « naturaliter enim possides, cum animo et corpore tuo vel alieno qui vicem tui optinet corpus teneas seu assistas affectione possidendi tibi: quod late patet quantum ad causas civilis iuris attinet et in acquirenda possessione et in retinenda, dum tamen scias quid possideas et quatenus et ex qua causa » (7).

La prospezione *naturale* del possesso è quella per cui la materialità della relazione tra soggetto e cosa è in grado di indicare immediatamente la sostanza della relazione giuridica che giustifica l'apprensione del bene. Altra cosa è la *possessio* che si lascia descrivere secondo i canoni dell'*interpretatio iuris*.

---

(6) Basti osservare come la *Summa Trecensis* (*de acquirenda et retinenda possessione*, cit., n. 5) tenti di adoperare la diarchia tra *factum* e *ius* per analizzare la fattispecie acquisitiva del possesso, ma senza riuscirci fino in fondo: « possessionem acquirere est incipere possidere in qua causa factum et ius spectatur. Factum scilicet nostrum vel eorum qui nostram vicem optinent. Set factum differenter accipimus in rebus mobilibus seu se moventibus, item aliter in immobilibus. Res quidem mobiles seu se moventes manu capiuntur seu sub custodia nostra tenentur. Immobiles vero per quandam similitudinem accipiuntur, ut in aliqua parte fundi quis ingrediens occupando glebam vel aliquam particulam hac mente et cogitatione, ut totum fundum usque ad terminos possidere velit, acquirit possessionem ». Tutta la materia, difatti, viene trattata sul primo membro della distinzione, il *factum*, che assorbe ogni considerazione circa il modo di instaurarsi del possesso, talché si perde, nel prosieguo del testo, ogni riferimento al secondo componente, quello *in iure*.

(7) *Summa Trecensis, de acquirenda et retinenda possessione*, cit., n. 6.

« Ex interpretatione autem iuris civilis non semper necesse est corpore et actu apprehendere possessionem, set quandoque oculis et affectu rem tuae custodiae subicis, quo facto possessio quodam genere animi metita seu longa manu tibi tradita et a te apprehensa videtur: quod in columnis et marmoribus ceterisque que propter magnitudinem sui moveri non possunt, idem in acervo iuris est » (8).

In questa diversa prospettiva il possesso si definisce sempre sul carattere dato dal fatto dell'apprensione della cosa, ma questa non può più apprezzarsi principalmente nella sua materialità, bensì attraverso la relazione giuridica che lega il soggetto al bene. Ciò che nella prima accezione conseguiva al dato posto all'esponente, la corporeità della presa di possesso, qui precede ogni altra considerazione: è lo *ius* ad individuare il *factum*, non il contrario.

Due relazioni opposte tra fatto e diritto che non isolano due modelli distinti ed inconciliabili di possesso, bensì comprendono all'interno del concetto unitario due diverse tipologie di ipotesi: « in summa est naturalis possessio, est et civilis. Naturalis possessio probata est et inprobata est. Idem et in civili. Naturalis probata est que quandoque dominium prestat, ut in his que occupatione seu captione nostra fiunt, quandoque naturalem detentionem, ut in rebus locatis seu commodatis. Nam et in his civilis causa desideratur, id est affectio possidendi: colonus et animo naturalem possessionem retinet, ut in responso 'Si colonus non deserendae possessionis causa' quod et in violenta seu clandestina possessione iuris est: nam et hae possessiones animo acquiruntur precedente corporali actu et retinentur, licet haec civilis causa inprobata sit » (9).

Una prima area di ipotesi è quella in cui a rilevare giuridicamente è il profilo materiale della relazione tra soggetto e cosa. Su questo carattere si individua la *possessio naturalis* che caratterizza fattispecie fra loro assai diverse, talune comportanti l'acquisto immediato e diretto della proprietà sul bene, come nel caso dell'occupazione, altre individuanti al contrario l'atteggiamento di mera detenzione proprio del conduttore o del comodatario nei confronti dell'oggetto del contratto. Nell'uno come nell'altro caso, difatti, si instaura un momento fattuale di relazione con la cosa cui tuttavia si

---

(8) Ivi, n. 9.

(9) Ivi, n. 20.

accompagna una *civilis causa*, l'*animus possidendi*, che consente a questo fatto di poter essere considerato come possesso, un fenomeno che accade anche con riguardo al colono e persino nei casi in cui il rapporto materiale si sia instaurato in virtù di violenza o frode. In tutti questi casi, difatti, il possesso si acquista in virtù di un atto di materiale apprensione, da cui può derivare una *causa civilis*, una relazione giuridica che, anche se non altrimenti provata, viene tutelata mediante la salvaguardia del momento fattuale.

Il secondo campo di ipotesi viene per converso individuato in tutti quei casi in cui il momento fattuale deriva da una fattispecie precedente instaurata: « *civilis probata est quae quandoque dominium attribuit, quandoque iustam causam usucapiendi seu prescribendi prestat titulo iusto precedente* »<sup>(10)</sup>.

La *civilis possessio* non è ontologicamente diversa dalla *naturalis*, talché può produrre i medesimi effetti, ma consegue funzionalmente a vicende costruite in modo opposto, per cui il momento reale non è il *prius* temporale del fenomeno, ma deriva dal precedente instaurarsi di una relazione giuridica fra due soggetti, che legittima uno fra essi ad una speciale relazione col bene.

## 2. Possidere civiliter e possidere naturaliter: due fenomenologie opposte dello stesso concetto

La *Summa Trecensis* individua così il punto su cui si intratterrà sempre la riflessione del giurista medievale, stretto tra le esigenze postegli dall'osservazione della giuridicità naturale dei fatti e quelle partecipate dal testo antico e autorevole. Il diritto vivo nella prassi richiede la diretta validità del possesso fattuale, della relazione immediata e diretta fra il soggetto e la cosa, il segno attorno al quale il medioevo costruisce naturalmente la più gran parte della sua civiltà giuridica. Il diritto del *Corpus Iuris*, sedimento cristallizzato di un'esperienza diversa e lontana, portatrice di metodologie superiori ma ormai vuote di un vero contenuto, procede invece dall'esigenza di ricostruire la relazione fattuale tra soggetto e cosa a partire dal concreto titolo di legittimazione.

---

<sup>(10)</sup> *Ibidem.*

Un'antinomia evidenziata da Piacentino: « possessio appellata est quasi pedum positio, vel a sedibus quasi positio. Ergo proprie et vere et secundum idioma sermonis dumtaxat naturalis possessio appellatur possessio: verum iuris artificio et figmento contra naturalem causam rei que veritatem meram, is dicitur possidere qui non possidet » (11).

Il possesso in senso proprio è solo quello che si instaura attraverso un atto di materiale apprensione, una condotta in grado di realizzare l'immediata e diretta relazione fra uomo e cosa. Attraverso un processo centrato sulla *fictio* si riesce tuttavia ad individuare un possesso in chi in realtà non possiede — perché ad esempio non mantiene un rapporto continuo con il bene (12) — ma questa è un'operazione che va contro la natura delle cose, contro la pura e semplice verità enunciata dai fatti. Per questa dovrebbe esistere solo una *possessio naturalis*; la *possessio civilis* è frutto dell'*artificium* della legge (13).

Essa tuttavia sembra avere maggiori effetti di quella fondata sull'apprensione materiale dell'oggetto: « est quod haec possessio artificialis vel ficticia, quae vocatur civilis formosior et praestantior, quam coloni naturalis detentio. Namque possessio ficticia possessio fructuosa est et foecunda et parit filiam, id est, usucapionem: sed coloni possessio videlicet naturalis est, et natura sterilis est et infructuosam germinat prolem » (14).

Il possesso artificiale, individuato dalla legge, produce difatti una conseguenza, l'usucapione, sconosciuta all'ipotesi fondata sulla netta immediatezza dei fatti. Una tale conclusione è imprescindibile: se fosse altrimenti, occorrerebbe ammettere che il rapporto diretto, naturale, con la cosa costituisce sempre titolo sufficiente per il

---

(11) Piacentino, *Summa Codicis, de acquirenda et retinenda possessione*, (7, 35) Bottega d'Erasmus, Torino 1962, p. 329.

(12) Questi difatti i casi di possesso che, secondo Piacentino, astraggono dalla relazione materiale fra il possessore e la cosa: « [...] hocque fit duobus modis. Ecce fundos procul positos a nemine possessos, id est, a nemine naturaliter detentos dicitur quis possidere, ut saltus hybernos aestivosque » (*ibidem*).

(13) « Item et alieno nomine alius possidet, ergo colonus possidet dumtaxat naturaliter per positionem pedum et sedium et possidet civiliter, id est, per legum artificium » (*ibidem*).

(14) *Ibidem*.

compersi dell'usucapione, con la conseguenza di accettare anche che il colono possa, esercitando il suo godimento del bene, farlo proprio. Questa conseguenza è inconcepibile per il giurista medievale, avvezzo a isolare dimensioni diverse del *dominium* e ad attribuire a ciascuna il proprio titolo di costituzione. È così che il colono (e con lui l'usufruttuario, l'enfiteuta e ogni altro *dominus utilis*) può essere definito possessore solo *naturaliter* della cosa, il che impedisce che possa usucapire il bene che gli è stato concesso in godimento, acquisendone così il dominio diretto. Solo il possesso *civile*, la situazione qualificata dal diritto, può condurre il titolare a appropriarsi di quest'ultimo, diventandone pieno proprietario <sup>(15)</sup>.

Anche in Piacentino, tuttavia, *possessio naturalis* e *possessio civilis* non rappresentano due modelli diversi di possesso, ma due distinte accezioni della medesima fattispecie: « [...] ut quaeratur possessio, opus est duabus rebus et adfectu quaerentis, sive sibi quaerat, sive alii: et actu regulariter aliquo corporaliter, ut appraehensione, ergo neque per se corpore sine animo, neque animo sine corpore » <sup>(16)</sup>.

Sia il possesso acquistato in proprio sia quello, eminentemente *civile*, conseguito per mezzo di altri, si realizza sempre nel momento in cui all'atto di materiale apprensione si unisce l'*animus*. Al variare delle modalità di perfezionamento della fattispecie di acquisizione non corrispondono diversi modelli di possesso, ma solo diverse qualità dello stesso istituto. Il possesso può difatti costituirsi al soggetto legittimato nei modi più diversi: per mezzo della *traditio*, ad esempio, nel caso in cui il bene venga materialmente trasferito a chi lo acquisisce in virtù di un titolo qualsiasi, o per mezzo di una *quasi traditio*, ove il titolo di legittimazione intervenga a favore di chi era già detentore della cosa <sup>(17)</sup>, come nel caso in cui la traslazione del

<sup>(15)</sup> Sulla distinzione tra *possessio naturalis* e *civilis* cfr. G. Diurni, voce *Possesso (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano 1985, vol. 34 e ancora in *Digesto, Sezione civile*, vol. 14, Utet, Torino 1996.

<sup>(16)</sup> *Ibidem*.

<sup>(17)</sup> « Duobus modis interventibus possessio adquiritur, traditione et quasi traditione. Traditione, ut si rem quam mihi vendideris tradis vel ex causa simili. Quasi traditione, ut patientia: puta si rem commodatam apud me constitutam, tu dominus mihi vendideris, postquam me illam habere pateris. Idem si te paciente rei tuae possessionem occupaverim: multo fortius si te vidente [...] Item quasi tradi-

bene avvenga invece per via simbolica <sup>(18)</sup>, secondo modalità in cui spesso si percepiscono gli echi profondi della più antica cultura medievale <sup>(19)</sup>. Allo stesso modo la *possessio* può costituire l'epifenomeno di svariate situazioni giuridiche, derivare dai più diversi titoli di legittimazione, essere acquistata tanto per atto tra vivi che *mortis causa*, a titolo derivativo come originario <sup>(20)</sup>.

La varietà dei momenti genetici del rapporto con il bene, così come l'estrema molteplicità di esigenze che il possesso assolve dal punto di vista funzionale, non si traduce tuttavia nell'individuazione di diverse morfologie dell'istituto: « In summa tamen est unum

---

tione multis aliis modis puta si iusseris me rem procuratori tradere, vel debitori tuo futuro numerare » (*ibidem*).

<sup>(18)</sup> Piacentino ci offre qui un vivido spaccato del quotidiano medievale: « sed et iusseris me in area tua reponere, vel super subsellium presertim tuum, rem deponere. Item quasi traditione acquiritur possessio duntaxat oculis et adfectu. In his puta quae prae magnitudine ponderis baiulari non possunt. Idem si venditor mihi mercatum fundum de turre sua meave et maxime mea mihi monstraverit illum, nec enim tunc minus possidere coepi, quasi pedem finibus intulissem [...] Item et alias multipliciter quaeritur possessio, ut si bestias vivariis inclusero, pisces in piscina collegi Philomelas in caveis, columbas in aedificiis. Item re altera tradita rei alterius quasi ipsa tradetur possessio, quae quaeritur: ut puta si sibi instrumenta pignoravi, vel vendidi, et postea tradidi possessionem praediorum haeredi per instrumentorum traditionem [...] Item si poma, quae sunt in hypotheca, tibi vendidero, illorum possessionem adquire: ita tamen si fuerint cessa, nam si starent, id est, si fundo adhuc cohaerent venditor arborum qui est dominus fundi illorum est possessor et dominus » (*ibidem*).

<sup>(19)</sup> Piacentino cita varie modalità di instaurazione del possesso sul bene immobile che ci riportano all'acceso simbolismo della civiltà giuridica altomedievale: « item si fundum venditum consentiente venditore, vel ex una parte ingressus fuero, si tamen totum fundum usque ad terminum possidere voluero, et corpore et animo possideo, nec enim necesse est omnes glebas circumambulare [...] hoc tamen, si fundus est unicus licet amplissimus: hoc tamen si quis ex causa iusta ingreditur, nam si quis per vim intraverit, eam tantummodo partem quam intraverit possidebit [...] » (*ibidem*).

<sup>(20)</sup> « Possessionis quaerendae plures sunt causae, quippe nos plures eandem rem in solidum possidere non possumus. Amplius genera et species possessionis quaerendae tot sunt, quot et causae quaerendae domini: ut ex empto, pro transacto, pro donato, pro haerede, pro dote, pro legato, pro derelicto, pro permutato, pro in solutum dato, pro noxae dedito, pro suo: sicut in his quae terra marique vel ex hostibus capimus, vel quae ipsi in rerum natura esse fecimus » (ivi, p. 331).

genus possidendi, licet species possessionis sint multae, id est, possessio ista ipsa una est et simplex, licet in individuīs suis fiat multiplex, nec enim possidet magis, minusve, fortius debiliusve, qui possidet tantum civiliter, quam qui possidet naturaliter et civiliter: et econtra » (21).

Esiste un solo possesso, quante siano le specificazioni individuali di questa nozione a partire dalle fattispecie concrete in cui esiste una relazione qualificata tra soggetto e cosa: chi possiede esclusivamente *civiliter* non ha con l'oggetto un rapporto diverso e più qualificato rispetto a chi possiede anche *naturaliter*. Queste sono, difatti, le due specie di possesso, ciascuna delle quali può instaurarsi pienamente e perfettamente, conducendo pertanto all'usucapione del bene o, al contrario, in modo imperfetto e incompleto, tale da non poter condurre all'acquisizione del dominio, pur restando una situazione da tutelare (22). Si possiede *civiliter* allorché si è in una situazione giuridica con il bene, pur mancando l'elemento dell'apprensione materiale così come si possiede *civiliter et naturaliter* quando alla relazione derivante da un titolo di legittimazione si unisce il profilo fattuale. L'unica entità non configurabile è quella di un possesso esclusivamente *naturale*: « fieri enim potest, ut quis possideat et civiliter et naturaliter, et civiliter solummodo. Ut autem quis possideat tantum naturaliter, legibus subtiliter inspectis, et ad vivum consideratis esse non potest. Ecce enim si quis anulum suum habet in digito et civiliter possidet, id est animo, et naturaliter. Sed et ad villam proficiscens si domi reliquerit, puta anulum in arca,

---

(21) *Ibidem*.

(22) « Possessio distinguitur ita, alia civilis tantum, alia civilis et naturalis [...] alia proprie et plene, ut ea quae proficit ad usucapionem: alia improprie et semiplene. Ecce enim si colonus non deferendae possessionis causa exierit de fundo, possessionem quam habebat quodammodo animo retinet, sicque civilem quandam habet possessionem [...] Vulgo autem tantum naturaliter possidet fructuarius [...] et servus: licet iure civili non possideat [...] Haec quoque profecto naturalis possessio in iure nostro non recte dicitur absolute possessio, sed est oppositio in adiecto. possessio enim in iure nostro licet plurimum facti habeat, quia a facto incipit, id est, ab apprehensione: tamen iuris est, et plurimum mutuatur a iure, puta ut civilis dicatur et iusta, et ut possessio aliena ut coloni et creditoris censeatur, et mea [...] » (Ivi, p. 332).

nummum in bursa, gladium in vagina, vinum in lagena, civiliter possidet naturaliter quoque » (23).

Il soggetto che apprende materialmente la cosa ne assume per ciò stesso il possesso civile e naturale. Una condizione che resterà acquisita anche ove cessi temporaneamente di avere con sé il bene: « quare enim naturalem possessionem transtulerit, cum nemo illam occupaverit, nullus modus amittendi intervenerit? Sed et qui sic detinet, vel domi habet, usucapionis ratione et civiliter et naturaliter possidet. Nam et fur, et praedo, et invalor, et naturaliter possidet et civiliter: licet quadam alia significatione, tunc enim inciviliter dicantur possidere [...] » (24).

In questo caso, difatti, al comportamento del possessore non corrisponde né può corrispondere un atteggiamento acquisitivo altrui, che conduca effettivamente alla caducazione del primo possesso. Anche chi si disinteressa di un proprio bene è possessore *civiliter* e *naturaliter* di tale cosa, prima che un terzo lo acquisisca: ciò comporta l'impossibilità di instaurare il possesso poggiando esclusivamente sulla sua dimensione fattuale. Se così fosse, difatti, il soggetto che cessa dalla relazione con il bene dovrebbe perdere immediatamente il possesso, ossia la tutela della situazione di fatto. Così non è, perché il possesso ha sempre una rilevanza giuridica, indica sempre la presenza di una relazione *civile*, che va oltre l'esistenza del dato fattuale, talché anche il ladro possiede il bene sottratto e può chiedere che venga tutelato nel suo possesso, sino a che non se ne dimostri la provenienza illecita.

### 3. *Definire il possesso*

L'analisi di Piacentino mostra tutte le difficoltà per una razionalizzazione sapienziale del possesso. Impossibile a definirsi sul piano eminentemente fattuale, che pure disegna immediatamente la sostanza della nozione, la sua rilevanza deve essere recuperata su un profilo che trascenda la pura realtà del fenomeno di apprensione materiale. Qui risiede la massima difficoltà per l'interprete: isolare il ruolo dell'elemento giuridico. È questo un momento di legittima-

---

(23) *Ibidem.*

(24) *Ibidem.*

zione dello stato di fatto che si instaura con l'apprensione fisica o simbolica del bene, talché è possesso solo la relazione con la cosa derivante da un titolo precedente, oppure il *quid iuris* è un momento di qualificazione a posteriori della condotta acquisitiva, per cui esso induce una relazione, rientra tra i momenti fondativi di una nuova situazione giuridica attiva? Piacentino non risolve il problema, limitandosi a sancire l'unità concettuale del possesso, una nozione in grado di comprendere ogni possibile ipotesi di relazione fattuale tutelata giuridicamente, anche fattispecie tra loro opposte e contrastanti <sup>(25)</sup>.

È significativo, sotto questo profilo, che Piacentino non ponga una propria definizione di possesso. Al pari della *Summa Trecensis*, egli parte dalla nozione descritta dal testo romano, centrata sul *pedibus insistere*, sull'immagine dell'occupazione fisica del bene da parte del soggetto, per costruirvi accanto un concetto parallelo, quello del possesso *civile*, che partecipa di tutte le caratteristiche del primo, eccettuato l'elemento dell'apprensione materiale della cosa.

La prima definizione di possesso totalmente autonoma rispetto a quella data dal testo romano è attribuibile, in questo senso, a Giovanni Bassiano: « definire autem potest sic, secundum Ioannis, possessio est ius quoddam rem detinendi sibi » <sup>(26)</sup>.

Una notazione icastica, che cerca di identificare il minimo comun denominatore delle due ipotesi di possesso, quella fondata sul rapporto fisico tra soggetto e cosa e quella che ne prescinde, perché si basa su una situazione giuridica che attribuisce a taluno il godimento di un bene. Per il maestro di Azzone il possesso è così definibile non come uno stato di fatto, ma come uno *ius*, il diritto di tenere con sé la cosa. Una nozione che, pertanto, non intende individuare le modalità di costituzione del possesso, ma solo l'eguale effetto di due fattispecie procedimentali assai diverse: l'apprensione corporale di una cosa e l'attribuzione di una sovranità su di essa in virtù di un atto privato.

Sulla stessa falsariga la prima delle due definizioni di possesso

---

<sup>(25)</sup> « Quippe possessio non nisi una est, licet diversis modis habeatur, bonae fidei, malae fidei, iuste, iniuste, naturaliter, civiliter » (ivi, p. 333).

<sup>(26)</sup> Glossa a *pedibus* in l. *Possessio appellata est*, ff. de *acquirenda vel amittenda possessione*.

individuare nel tempo da Azzone: «vel secundum Azo duobus modis. Primo sic, possessio est ius quoddam quo quis rem corporalem vere vel interpretative sibi habet» (27).

Anche qui il possesso viene definito per così dire *staticamente*, rappresentando cioè la realtà della fattispecie che mette in relazione uomo e cosa al termine del suo processo di sviluppo. La condotta di chi si appropria della *res nullius*, quella di chi entra nel fondo altrui pensandolo abbandonato o ritenendo di avere maggior diritto del proprietario, l'atteggiamento dell'usufruttuario o dell'enfiteuta verso l'oggetto del loro diritto, sono atti diversissimi fra loro che integrano però tutti lo stesso risultato: l'instaurarsi di una situazione giuridicamente rilevante che attribuisce al soggetto titolare il diritto di esplicare una sovranità sulla cosa, sia che essa si eserciti materialmente, sia che essa non abbia una proiezione fisicamente apprezzabile. La definizione di possesso di Giovanni Bassiano — e questa prima di Azzone, appena vista, che di quella costituisce una specificazione (28) — intende dunque considerare esclusivamente questa situazione, il risultato della fattispecie possessoria, non la sua dinamica.

Una scelta che tuttavia non assicura l'unità della nozione rispetto alla distinzione tra *possessio naturalis* e *possessio civilis*: «Ioannis et alii dicunt duas esse: naturalem, quae corpore, civilem quae animo consistit [...] quod est tutius quod ergo dicitur C. eodem l. licet quod exiens de fundo retinet possessionem, etiam si non est in conspectu, dices civilem secundum Io.» (29).

Lo *ius rem sibi detinendi* può così costituirsi o attraverso l'instaurarsi di una relazione materiale con una cosa, e darà luogo al possesso *naturale*, o mediante il solo *animus possidendi* e integrare pertanto il possesso *civile*, come accade in tutte quelle situazioni in

---

(27) *Ibidem*.

(28) L'affinità tra la sua prima definizione e quella di Giovanni Bassiano è riportata dalla stessa *Summa Codicis* di Azzone: «Diffinitio domini mei haec erat. Possessio est ius quoddam rem detinendi sibi mea prior est haec: possessio est ius quoddam quo quis corporalem rem vere vel interpretative sibi habeat» (Azzone, *Summa super Codicem*, l. VII, de *acquirenda et retinenda possessione*, Bottega d'Erasmus, Torino 1966, p. 277, c. 2).

(29) Glossa *ait* in l. *Possessio appellata est*, ff. de *acquirenda vel amittenda possessione*.

cui il soggetto, pur interrompendo il suo rapporto concreto con il bene, ne conserva tuttavia il possesso. Il tentativo di porre una definizione autonoma rispetto a quella offerta dal testo romano, proprio perché deve rappresentare quanto di comune esiste per due fattispecie assai diverse, non riesce a restituire un concetto unitario di possesso.

Una definizione che il *doctor iuris* isola attraverso un procedimento complesso e che si articola su tre elementi. Il primo è dato dalla materialità delle cose che possono essere oggetto di possesso: « de re corporali imo dixi quia incorporalia non possunt possideri neque usucapi neque tradi sed tamen dicunt quasi possideri et quasi tradi per pacientiam et per usum et pro ea quasi possessione datur interdictum [...] Sic ergo ubi dicitur via possideri subaudi quasi. Item ideo dicitur possessio detentio, quia naturaliter tenetur ab eo qui insistit ei. Est enim appellata possessio ut ait Labeo pedum quasi positio » <sup>(30)</sup>.

Il possesso può avere ad oggetto solo cose corporali, ossia solo oggetti sui quali possa materialmente esercitarsi la condotta acquisitiva del soggetto. Beni incorporali come le servitù, che pure possono acquistarsi per usucapione, non possono essere oggetto di possesso, ma di una situazione diversa e affine; la realtà del possesso non può estendersi a beni che non possano essere concretamente appresi.

Il secondo elemento è dato dalla necessaria presenza sia dell'apprensione materiale che dell'*animus possidendi*: « item imo dixi corporis et animi adminiculo concurrente, quia aliter non acquiritur possessio nisi corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore [...] Sed quod dixi de corpore non est intelligendum ut semper corpore sit necessarium vel pedibus rei insistere. Sufficit enim visus oculorum et animi affectus cum tradentis voluntate ad acquirendam possessionem » <sup>(31)</sup>.

Il possesso non può realizzarsi solo nel suo aspetto di relazione concreta tra soggetto e cosa: occorre un atteggiamento particolare nel possessore che possa qualificare la sua condotta materiale, dando

---

<sup>(30)</sup> Azzone, *Summa super Codicem*, cit., l. VII, de acquirenda et retinenda possessione, p. 277, c. 2

<sup>(31)</sup> *Ibidem*.

a questa un significato univoco. Nel diverso equilibrio fra *corpus* e *animus* si disegna il difficile discrimine tra *possessio civilis* e *naturalis*: « haec talis possessio quam quis corpore suo vel oculis et animi affectu adipiscitur naturalis est [...] id est de iure naturali quod gentium appellatur. Non dico de iure naturali omnium animalium [...] Nam irrationalia animalia affectum possidendi habere non possunt. Sic nec furiosi vel dormientes [...] et haec eadem possessio naturalis civilis dici potest approbatione iuris civilis »<sup>(32)</sup>.

Il possesso si dice *naturale* per essere frutto di un gesto di acquisizione che deve essere partecipe tanto del fenomeno materiale quanto dell'atteggiamento spirituale, il che esclude dal possesso tutti quei soggetti incapaci di instaurare un determinato *animus* nei confronti del bene<sup>(33)</sup>. Questo stesso possesso si definisce *civile* in virtù della sua altra e ineliminabile caratteristica: l'*adprobatio* operata dallo *ius*. Ciò non porta, come tuttavia nella definizione di Giovanni Bassiano, ad avere due ipotesi diverse di possesso, ma una e una sola, al cui interno si possono distinguere due profili solo attraverso una complicata operazione interpretativa: « nec dico quod duae sunt possessiones vel proprietates duarum possessionum imo est nulla inducta iuregentium et approbata iure civili. Ubi autem quis de praedio egreditur nec est in conspectu lex dicit retineri possessionem [...] Et intelliguntur quidam civilem ego naturalem quam habebat existens in praedio, nam civilem non habebat nisi naturalem appelles civilem quia comprobatur a iure civili. Illam tamen naturalem quam retineo animo firmiter dico posse dici et vere dicitur civilis quia iuris civilis auctoritate retinetur et sic dicitur actio civilis praetoria auctoritate extensionis [...] »<sup>(34)</sup>.

Il riconoscimento da parte dello *ius civile* non è un elemento che si aggiunge ad una fattispecie che sarebbe altrimenti incompleta,

<sup>(32)</sup> *Ibidem*.

<sup>(33)</sup> Cfr. Glossa *Quia naturaliter* in l. *Possessio appellata est, ff. de acquirenda vel amittenda possessione*: « *Quia naturaliter*. Id est, corporaliter, sed quare corporalis possessio dicitur naturalis? Responde ad differentiam civilis et ideo quia de iure naturali primaevae antequam essent iura civilia, id est leges, fuit statutum ut quamcumque terram calcaverit pes tuus, tua sit. Idem ideo quia naturae sustentamento, id est corporis auxilio opus est [...] ».

<sup>(34)</sup> Azone, *Summa super Codicem*, cit., l. VII, tit. *de acquirenda et retinenda possessione*, p. 276, c. 2.

valida solo su di un limitato piano di giuridicità <sup>(35)</sup>. Al contrario: attraverso le categorie della *natura* e dello *ius* si isolano due prospettive diverse della stessa realtà. La prima è quella in cui la relazione tra soggetto e cosa viene tutelata per lo stesso fatto di esistere nella sua materialità di fenomeno; la seconda è quella in cui, al contrario, la situazione di vantaggio del possessore produce effetti perché il diritto la salvaguarda al di là della persistenza di una relazione materialmente apprezzabile, per come è nel caso del possesso ritenuto *solo animo*.

#### 4. *Pluralità di dominia e pluralità di possessiones*

In questo contesto si può comprendere appieno il ruolo dell'*ad-miniculum iuris*, il terzo elemento della definizione azoniana di possesso: « de iuris adminiculo ideo ponitur in diffinitione quia possessio quandoque habet plurimum iuris ut in ea quam per servum in rebus peculiaribus habeo, nam illa sine actu meo mihi quaeritur et usucapio ex ea et me ignorante procedit postliminium quoque porrigitur ad eam [...] Est et alia possessio que multum iuris habet ut ea quae mihi per procuratorem ex ea me ignorante [...] Est et alia possessio quae plurimum habet facti in acquirendo et parum iuris in retinendo quia solo animo retinetur [...] sed in acquirendo necessarius est animus et actus corporalis ut diximus et ita exauditur quod est infra eodem l. nemo » <sup>(36)</sup>.

Il possesso è sempre frutto di un atto materiale unito ad un momento di legittimazione da parte del diritto, ma questi due elementi possono combinarsi in modo diverso nelle singole fattispecie concrete. Vi sono ipotesi, tra quelle descritte nel *Corpus Iuris*, in

---

<sup>(35)</sup> Per come sarebbe proprio di una tesi attribuita da talune fonti a Martino. Tra questi, Baldo degli Ubaldi, *Commentarius in VII lib. Codicis*, s.e., Venetiis 1581, in l. *Licet possessio*, C. *de acquirenda et retinenda possessione*, n. 4: « Martinus, ut vidistis, dicit quod possessio est una sola naturalis in substantia, quae potest dici civiliter approbata, ita quod civilis non est alia in substantia, sed solum in qualitate: sed eius opinio est falsa per rationes et leges hic allegatas in glossa quibus non est dare responsum ».

<sup>(36)</sup> Azone, *Summa super Codicem*, cit., l. VII, *de acquirenda et retinenda possessione*, p. 276, c. 2. Cfr. anche Glossa *a pedibus* in l. *Possessio appellata est*, ff. *de acquirenda vel amittenda possessione*, cit.

cui si ha una preminenza dell'elemento derivante dallo *ius* rispetto a quello risultante dal *factum*, come nel caso del possesso del padrone su beni facenti parte del peculio del servo, che si instaura senza un atto di materiale apprensione e che persiste, secondo il testo romano, anche ove il titolare sia ignaro dell'esistenza di tali beni. In questa fattispecie, al pari di quanto accade nel caso del possesso acquistato al *dominus negotii* attraverso la condotta del *procurator*, manca alla base della situazione possessoria un qualsiasi fenomeno materiale; essa pertanto non può che fondarsi esclusivamente sul profilo dell'*adminiculum iuris*, elemento che d'ordinario esprime i suoi effetti non nel momento di costituzione del possesso, affidato di norma all'acquisizione materiale, quanto in quello relativo al suo mantenimento <sup>(37)</sup>.

La legittimazione operata dal diritto è tuttavia un fattore indispensabile in ogni tipologia possessoria: « sed et verbo adminiculi iuris in diffinitione posito videtur contrarium esse quia dicitur furem et raptorem possidere ut ff. eodem l. rem. Sed dic furem possidere iure permittente sed non approbante acquisitionem. Item ideo ponitur in diffinitione de adminiculo iuris quia si adminiculum iuris

---

(37) Id., *Summa super Codicem*, cit., l. VII, de *acquirenda et retinenda possessione*, p. 276, c. 2 sistema qui tutta una serie di casi offerti dalla prassi. Una prima ipotesi è quella del possesso che l'acquirente instaura sulla cosa venduta ordinando che questa sia trasferita al suo procuratore o presa in custodia da un terzo (« Primus casus est si venditorem iusserim ponere in praesentia mea rem vel si procuratori meo tradi iusserim cum ea res sit in praesentia vel si custodie posuerim in rem »); una seconda è rappresentata dalla *traditio* simbolica delle cose vendute (« Alius est cum claves celle vinarie emptori tradentur coram horreis nam vina vel merces traditae videntur ») o donate (« Alius casus est cum donationis causa trado alicui instrumenti predii »). Diverso ancora, ma sempre alieno da un vero atto di apprensione, il caso del costituito possessorio, sia nell'ipotesi di chi costituisca il suo possesso come tenuto a nome di terzi (« Alius est quod illud quod meo nomine possideo constituo me possidere nomine alieno nec enim muto mihi causam possessionis sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio nec idem est possidere et alieno nomine possidere. Nam is possidet cuius nomine possidetur [...] ») sia nell'ipotesi complementare di chi trasferisca ad altri la proprietà di un bene di cui continua a mantenere l'uso e, pertanto, il possesso: « Alius casus est cum in donatione vel venditione vel simili contractu cuiuscumque rei eiusdem rei retineo usus [...] Et est hoc unum mirabile mundi quod in alium transeat dominium sine possessione vel inductione in possessione. Fructuarius nam iste sibi tantum naturaliter possidet unde et habet interdictum unde vi ».

obviet vel non adsit non dicetur quis possidere licet corpore et animo insiat rei hoc autem contingit quandoque propter rem quandoque propter causam » (38).

L'*adminiculum iuris* è elemento necessario della definizione di possesso perché costituisce il termine di valutazione della salvaguardia della situazione di fatto. Non è possessore colui che mantenga con sé la cosa e sia pur provvisto dell'*animus possidendi*, se tuttavia lo *ius* non fornisce tutela, pur provvisoria, alla relazione con la cosa. In questo senso ben si comprende come anche il ladro sia possessore della cosa rubata, poiché lo *ius* tutela comunque questa situazione di fatto in pendenza della dimostrazione dell'illiceità del fatto, senza che in questa protezione sia ravvisabile un giudizio sulla validità dell'acquisizione del bene. Azone ravvisa così l'impossibilità di definire la multiforme realtà del possesso attraverso la diarchia tra *corpus* e *animus possidendi*, che non riesce a partecipare la natura della tutela del possesso, volta a custodire una situazione di fatto per sé stessa, prima che per gli effetti che il suo mantenimento può produrre.

L'*adminiculum iuris* assolve proprio il compito di riportare all'interno della definizione strutturale del possesso la precondizione fondamentale della sua tutela: la situazione di fatto viene salvaguardata perché prodromo della proprietà o comunque immagine di essa, indice di una situazione di diritto la cui esistenza deve essere accertata in concreto. L'antinomia tra *corpus* e *animus* non delimita con la necessaria precisione l'ambito strutturale del possesso, identificando comportamenti che, dal punto di vista dell'agente, sono eguali a quelli che conducono alla costituzione del possesso e, tuttavia, sono inefficaci a tale scopo per l'assenza dell'*adminiculum iuris*, della valutazione dell'ordinamento circa la configurabilità di una tutela autonoma per lo stato di fatto che così si instaura. Un difetto di legittimazione che può realizzarsi, secondo Azone, quando la cosa non può essere oggetto di possesso o per sua propria natura (« *propter rem* ») (39) o perché su di essa insiste il possesso altrui (« *propter causam* »): « *propter causam impeditur*

---

(38) *Ibidem*.

(39) « *Propter rem ut quia sacra est res vel religiosa que nec ab ignorante possidet nec a sciente licet contemnat religionem* » (*ibidem*).

possessio ut quia alius possidet civiliter vel naturaliter quod ego eodem iure possidere volo. Duo nam in solidum civiliter vel naturaliter non possunt possidere » <sup>(40)</sup>.

Il cerchio si chiude. Partendo da una concezione strutturale del possesso basata semplicemente sulle categorie dell'*adprehensio corporis* e dell'*animus possidendi* non si poteva giungere ad una tipizzazione delle diverse fattispecie possessorie su una base funzionale. È per questo che giuristi come Piacentino debbono arrestare la loro analisi alla distinzione tra *possessio naturalis* e *civilis*, cui si riportano le più diverse *species* cui il possesso dà luogo, ma senza che della differenza fra queste possa essere restituita la causa. Facendo perno su una definizione più complessa, che partecipa dell'elemento della valutazione della meritevolezza della tutela, considerata al livello di ciascuna fattispecie concreta, Azone riesce a ridefinire sistematicamente il rapporto tra le due dimensioni del possesso. Se è vero, difatti, che due soggetti non possono essere simultaneamente possessori dello stesso bene sia *civiliter* che *naturaliter*, è tuttavia possibile che queste due dimensioni siano titolate a soggetti diversi: « unus civiliter in solidum et alter naturaliter in solidum possidere potest [...] Et appellat ibi in iustam possessionem naturalem falsa eorum reprobata sententia qui dicunt plures in solidum possidere civiliter non autem naturaliter. Item et eorum reprobata opinione qui dixerunt plures nedum civiliter sed etiam naturaliter in solidum possidere. Nam quia naturaliter impeditis in eo loco stare vel sedere in quo ego sto vel sedeo ideo civilem possessionem quam habeo alius non potest habere [...] » <sup>(41)</sup>.

Il difetto che caratterizza le posizioni degli autori precedenti risiede nella varia enumerazione di diverse ipotesi di possesso che possono essere titolate a soggetti diversi sullo stesso bene, chiara conseguenza della indeterminatezza strutturale della nozione di possesso *civile*. Finché in questo concetto si riuniscono tutte le ipotesi in cui il possesso si instaura o si conserva malgrado l'assenza dell'apprensione materiale, si potrà sempre asserire che più soggetti possano costituire in modo indipendente una tale relazione con la cosa.

---

<sup>(40)</sup> *Ibidem.*

<sup>(41)</sup> *Ibidem.*

Allo stesso modo, se nel possesso *civile* si vede il prodotto della legittimazione di una tra le tante relazioni fattuali che possono instaurarsi tra un soggetto e una cosa, sarà giocoforza ammettere che più persone possono essere in un rapporto *naturale* con un medesimo bene, ma che solo uno fra questi sia titolare del possesso legittimo <sup>(42)</sup>.

Azone supera radicalmente questa concezione. Nel suo sistema esiste una sola relazione di fatto effettivamente possessoria, quella instaurata materialmente da un soggetto provvisto dell'*animus possidendi* e dotata dell'*adminiculum iuris*, ossia della valutazione dell'ordinamento circa l'opportunità della sua tutela. Se quindi è possibile che un numero indefinito di rapporti fattuali esistano tra più soggetti verso un unico bene, tuttavia solo a uno è da riservarsi il titolo di possesso *naturale*; egualmente uno solo è il possesso *civile*, poiché se esso appartiene ad un soggetto, non può appartenere ad altri. La prospezione *civile* del possesso, difatti, non si può definire esclusivamente attraverso il fattore dato dall'assenza della relazione materiale con il bene, ma attraverso la sua rilevanza funzionale: « item cum certum sit dominium apud duos in solidum esse non posse [...] ergo possessio civilis que causa est acquirendi dominii ut ex diffinitione patet duorum in solidum non potest esse, per hoc enim sequeretur quod duo fierent in solidum domini. Nam si duo possiderent civiliter et eodem momento inciperent possidere et si usucaperent finito tempore usucapionis statim fieret quilibet dominus in solidum. Uterque nam rem usucepit, sic ergo uterque dominus factus est per usucapionem. Sed potest dici quod invicem se impediunt. Et ratione impossibilitatis hoc contingit ut usucapio non tribuat in solidum dominium » <sup>(43)</sup>.

Non può esistere una proprietà per due soggetti sulla totalità di uno stesso bene, quindi non può configurarsi neanche la titolarità

---

<sup>(42)</sup> « Item plures haberent naturalem: quia ingressus habet naturalem etiam secundum eos: quod ipsi alias negant, scilicet duos in solidum possidere naturaliter: sed dicunt verum est eodem in re, sed diverso possunt duo possidere naturaliter: nam ingrediens habet naturalem naturaliter, sed absens habet naturalem civiliter » (Glossa *Quia naturaliter* in l. *Possessio appellata est*, ff. *de acquirenda vel amittenda possessione*, cit.).

<sup>(43)</sup> Id. *Summa super Codicem*, cit., l. VII, tit. *de acquirenda et retinenda possessione*, p. 277, c. 1.

per due persone della *civilis possessio*, ossia la situazione prodromica all'acquisto del dominio su quella stessa cosa. Ove la si ammettesse, occorrerebbe ammettere che due persone, acquisito a vario titolo il possesso della cosa nel medesimo momento senza un atto di materiale apprensione possano, maturato il termine, usucapirla entrambi, ciascuno in modo indipendente dall'altro. Se così è, tuttavia, logica vuole che l'una situazione proprietaria escluda l'altra, per cui l'usucapione non può attribuire una sorta di condominio dei due sul medesimo bene. Se ne deduce quindi che l'instaurarsi della *civilis possessio* non consegue semplicemente all'acquisto da parte di un soggetto di una qualsiasi apparenza di diritto sul bene, bensì di una situazione di fatto che merita tutela da parte dell'ordinamento perché è indice preminente della proprietà: « praeterea si me absente quis ingreditur fundum meum nonne habet naturalem possessionem cum eo animo introierit si exeat inde habeat civilem secundum eos. Sequitur ergo ut usucapiat, quod sic probatur possidet civiliter et naturaliter et sibi et iusto tam posito quod ab alio emerit »<sup>(44)</sup>.

Seguendo la tradizionale definizione della *naturalis* e della *civilis possessio*, si arriva alla conclusione che il soggetto che entri nel fondo altrui in assenza del proprietario acquisisce per ciò stesso la prima e, uscendone, mantiene la seconda, avendone comunque l'*animus*; poiché quest'ultima è sufficiente ad usucapire il bene si arriva al paradosso che un comportamento episodico può condurre all'acquisto della proprietà<sup>(45)</sup>. L'elemento dell'*adminiculum iuris* con-

---

<sup>(44)</sup> *Ibidem*.

<sup>(45)</sup> Per evitare ciò le dottrine precedenti si prodigavano in sottili distinzioni: « Tu distingue, secundum Ioannem an habeat quis naturalem et civilem per se an per alium tantum, ut per filium et servum ex causa peculii [...] et an per se civilem per alium naturalem an habeat tantum naturalem. Primis duobus casibus, si exeat detentatus de fundo, non amittitur possessio, scilicet naturalis si sit in conspectu etiam per decem miliaria cum etiam sic quaeratur [...] Sed quid si non est in conspectu, sed de proximo, sic quod cito potest ingredi? Responde non amittit, cum etiam sic quaeratur [...] Item quid si non est in conspectu, nec de proximo, et sic amisit. Si redeat, et sic sit de proximo, vel in conspectu: an recuperet? Responde sic, si ita stat, ut de facili possit recuperari. Si autem per alium habeat dictam naturalem possessionem ut per procurator, tutore et curatore, filium vel servum et per se civilem licet detentans exeat et nec sit in conspectu, nec de proximo, tenetur naturalis per dominum si exiens

sente di definire più esattamente la distinzione tra la prospezione civile e quella naturale del possesso, riuscendo quindi ad evitare tali contraddizioni: « si queras qualiter ergo plures possident in solidum. Respondeo unus civiliter et alter naturaliter. Sic nam distinguuntur iura possessionis [...] Et nota quod sive aliquis sit in re, sive non sit in re, rem tantum videatur nihilominus dicitur possidere naturaliter, nam et naturalem acquirit propter visum [...] ergo multo magis retinet. Civiliter autem dicitur possidere quis cum nec est in re, nec res est in conspectu et ita secundum hoc non videtur quod eodem tempore possideat quis civiliter et naturaliter quod Aldericus dicebat et civilem possessionem improprie poni dicebat quae non est vera possessio sed ficta vel interpretativa [...] » (46).

L'unica possibilità che più soggetti siano possessori in solido dello stesso bene è che uno abbia il profilo *naturale* e l'altro quello *civile* della situazione tutelata, ma ciò non consegue a due tipologie diverse di comportamenti acquisitivi (47). Le dottrine tradizionali vedevano nel possesso *naturale* il risultato di un gesto di apprensione fisica, la cui assenza caratterizza invece le situazioni di possesso *civile*: per questo taluni giuristi sostengono che quest'ultimo non è un possesso in senso proprio, ma una situazione tutelata in via di *fictio iuris*, attraverso l'astrazione di talune caratteristiche del possesso materialmente fondato (48). Per Azone, al contrario, il possesso

---

habeat animum retinendi domini [...] » (Glossa *Quia naturaliter* in l. *Possessio appellata est*, ff. de acquirenda vel amittenda possessione, cit.).

(46) Id., *Summa super Codicem*, cit., l. VII, de acquirenda et retinenda possessione, p. 277, c. 1.

(47) « Item nota quod ex eo quod hic subiicit, tenetur et insisit, dicunt quidam quod statim cum desinit insistere, vel tenere, desinit possidere, sive fundum, sive domum et per hoc etiam ea, quae in domo sunt [...] In partibus ergo quibus insisit naturaliter possidet, in aliis civiliter [...] » Glossa *Quia naturaliter* in l. *Possessio appellata est*, ff. de acquirenda vel amittenda possessione, cit.

(48) Una concezione densa di contraddizioni e foriera di complicazioni interpretative, secondo Azone: « [...] vel dic naturalem esse possessionem in partibus in quibus insisto vel video civilem in quibus non insisto nec video. Placentinus autem dicebat non imo amittit naturalem quia res non est in conspectu sed certe secundum hoc non esset civilis sine naturali. Item plures haberent naturalem secundum hoc quia ingressus fundum habet naturalem secundum eum et dominus nihilominus, sic ergo plures, quod tamen ipse negavit Aldericus alias dicens naturaliter duos in solidum possidere non posse sed civiliter » (*ibidem*).

*naturale* si costituisce anche senza un comportamento materialmente apprezzabile, al pari di quello *civile*: la differenza tra queste due dimensioni possessorie risiede non già in una diversa struttura della fattispecie costitutiva, ma nel titolo, nella diversa causa che determina lo *ius* a prestare tutela alla situazione di fatto.

Questi sono difatti i casi in cui, secondo Azone, il possesso *civile* è titolato a soggetti diversi dai detentori di quello *naturale*: « sunt autem isti qui habent civilem possessionem scilicet proprietarius qui rem alii concessit fruendi causa vel qui rem concessit in feudum vel in emphiteosim nam proprietarius sibi quaerit possessionem per servum fructuarium quod non faceret si non possideret [...] Fructuarium vero vel emphiteota aut vasallus naturalem habet possessionem [...] Sibi nam possiderent ratione iuris quod habent in re »<sup>(49)</sup>.

La costituzione di usufrutto, la concessione di feudo o di enfiteusi sono fattispecie che immettono i beneficiari nel possesso *naturale* dei beni riservando ai proprietari catastali il mantenimento della *civilis possessio*. Una conclusione cui non si giunge procedendo immediatamente dalla diversa qualità della relazione che queste due categorie di soggetti hanno con la cosa<sup>(50)</sup>, bensì dalla diversa struttura di legittimazione verso la tutela della situazione di fatto. Il proprietario catastale è dunque possessore *civiliter* della cosa perché può esercitare, pur non insistendo materialmente sulla cosa, la tutela interdittale verso i terzi; i concessionari sono possessori *naturaliter* perché sono legittimati a chiedere la tutela della situazione di fatto che è indice del proprio diritto sulla cosa. I primi dunque sono possessori perché titolari del dominio diretto, i secondi *ratione iuris quod habent in re*, ossia per il dominio utile: « et idem dico in colono

---

<sup>(49)</sup> Azone, *Summa super Codicem*, cit., l. VII, tit. *de acquirenda et retinenda possessione*, p. 277, cc. 1-2.

<sup>(50)</sup> Per come proprio di dottrine precedenti, quale quella che la Glossa *Quia naturaliter*, cit., (continuando quanto riportato *supra* in n. 42) attribuisce al Bassiano: « [...] idem dico in quarto casu, quando solam naturalem habet per se: ut fructuarium [...] nam retinet quocumque vadat [...] Sed quare retinetur hic, vel in ultimo casu plus naturalis, quam primo, et secundo casu? Responde, quia ibi satis operatur animus in retentione civilis: quod hic non facit; operatur ergo retentionem naturalis possessionis. Sed quidam dicunt quod hic naturalis habet quiddam civilitatis in se, quod animo tenet, licet exeat, quod non placet: quia civilem habet proprietarius ergo iste habere non potest ».

si conduxit ad non modicum tempus cum et habeat utilem rei vindicatio sicut et emphiteota [...] Quid si alii locarent vel in emphiteosim concederent et certe nullam habent possessionem. Si autem conduxerit ad modicum tempus alieno nomine possidet et ideo nullam habet possessionem [...] » <sup>(51)</sup>.

Non tutti coloro i quali sono in un rapporto immediato e diretto con la cosa possono essere considerati possessori *naturali*, ma solo quelli titolari di una relazione che può essere esercitata *erga omnes*: il conduttore *ad longum tempus*, dunque, non quello che detiene la cosa per un breve termine <sup>(52)</sup>.

##### 5. *Il possesso come ius e come causa iuris*

La contrapposizione tra la tesi di Giovanni Bassiano, finalizzata a definire il possesso nella sua sostanza di effetto rispetto alle molteplici fattispecie che possono comunque creare una relazione fattuale tra uomo e cosa e quella del suo discepolo Azone, volta al contrario a immettere nella nozione di possesso la dinamica della fattispecie acquisitiva, costituirà la base per le costruzioni dei giuristi successivi. La definizione del maestro non verrà mai radicalmente superata da quella ultima dell'allievo, ma si accompagnerà sempre a questa in un continuo confronto dialettico, che anima gli apparati dei Commentatori: « primo quaeritur, qualiter diffiniatur possessio, et circa hoc sunt duae diffinitiones. Una Ioannis et secunda Azonis.

---

<sup>(51)</sup> Azone, loc. ult. cit.

<sup>(52)</sup> Una differenza che Azone dimostra praticamente: « Et est notandum quod isti coloni et comodatarii et depositarii et similes solo animo domino retinent naturalem possessionem et si non sint in re dum tamen non exeant de re animo possessionis deserendae [...] Nam si de re exierint animo deserendae possessionis et forte ideo ut alii pateret locus apprehendendi possessionem eandem dominus amisit naturalem per factum coloni nihil omnino praeiudicat dominus ». I *domini utiles*, se cessano temporaneamente dalla relazione fattuale con il bene, non per questo cessano di possedere: ciò può accadere solo se essi si allontanano dal bene con l'intenzione di spogliarsi del possesso. Solo in questo caso, difatti, la cosa può essere oggetto dell'apprensione da parte di terzi, che possono così instaurarvi il proprio possesso. Nel caso della cosa locata *ad brevem tempus*, ove il conduttore si allontani dal bene, questo può comunque essere appreso utilmente ai fini della costituzione del possesso, indipendentemente dall'*animus* che ne ha caratterizzato il comportamento abdicativo.

Diffinivit Ioannis sic et bene, sine dubio melius aliquo, secundum Dylum sic. Possessio est ius quoddam rem retinendi sibi. Supervenit Azo et reprobavit primo in eo, quod Ioannis dixit, quod possessio erat ius, quia imo erat factum [...] secundo reprobat in eo quod dixit rem. Nam rei appellatio corporalia et incorporalia continet et verbum indiffinite prolatum, et c. Incorporalia autem non possidentur [...] Tertio reprobat in eo, quod dixit, detinendi, quia aliud est possidere, aliud detinere [...] et ideo Azo diffinivit aliter et sic. Possessio est ius quoddam quo quis rem corporalem vere vel interpretative sibi habeat. Sed visum fuit sibi, quod non bene diceret. Primo, quia dixit ius Ioannis. Secundo quia substantialia possessionis non diffiniebat, quod oportet fieri. Ideo Azo mutavit consilium et diffinivit secundo modo sic. Possessio est corporalis rei retentio et corporis et animi, videtur adminiculo concurrente [...]»<sup>(53)</sup>.

Nell'ottica dei posteri, il contrasto tra la dottrina del maestro e quella cui approda il discepolo si rende esclusivamente sull'antinomia tra *ius* e *factum*. Per Giovanni Bassiano il possesso è *ius*: solo definendolo come una situazione giuridica soggettiva, come pretesa tutelata dal diritto ad avere con sé la cosa si riesce ad ottenere una nozione unitaria che riesca a comprendere tutte le diverse ipotesi che la prassi e il *Corpus Iuris* segnalano al giurista. Per Azone, nella sua tesi definitiva, il possesso è *factum*: solo la pura materialità della relazione di fatto tra soggetto e cosa può definire adeguatamente il fenomeno nei suoi termini sostanziali, non l'immagine di una relazione giuridica, idea cui pure lo stesso Azone aderisce in un primo tempo.

La netta opposizione fra queste due raffigurazioni costituisce materia importante per l'indagine di giuristi provvisti di un diverso strumentario tecnico: « [...] ego credo quod ultima descriptio Azonis falsior est quam prima. Falsum nam est quod possessio sit detentatio, imo possessio est ius sicut dicit Ioannis in sua descriptione et Azo in sua prima descriptione et dicit ius possessionis sicut dicit ius domini. [...] dico ergo quod possessio est ius sicut domi-

---

<sup>(53)</sup> Cino da Pistoia, *Lectura super Codicem*, l. VII, *De acquirenda et retinenda possessione*, l. *Licet*, n. 5 (a cura di G. Polara, Il Cigno Galileo Galilei, Roma 1998, fol. 441 v. c. 2).

nium est ius unde dicit lex ius possessionis non videtur peremptum » <sup>(54)</sup>.

Per Jacques de Révigny la posizione definitiva di Azone non rappresenta il culmine di un'evoluzione interpretativa. Rinunciando a definire il possesso come *ius* si perde, secondo il *doctor ultramontanus*, il necessario collegamento fra questo istituto e il tema della proprietà. Il *dominium* è, ovviamente, una situazione giuridica e non di mero fatto; ne consegue che anche il possesso, come situazione prodromica all'acquisto della proprietà, non possa essere considerato come fenomeno esclusivamente materiale, per come viene indotto anche da talune fonti, che parlano di *ius possessionis*.

La posizione del Révigny è chiara: il possesso può essere definito come *factum*, alla stregua della seconda nozione azoniana, se esso fosse una monade conchiusa nel mondo dei concetti giuridici. Così tuttavia non è ed il possesso rileva, al contrario, come termine medio del procedimento di acquisizione della piena proprietà sulla cosa, un fatto che produce una relazione giuridica, all'interno di un modello generale di fattispecie: « [...] item dato quod ad hoc non sit aliam in mundo ego tamen ostendo etiam rationem quod possessio sit ius per quaedam similitudinem in omni actione et personali et reali. Sunt duo concurrentia scilicet factum et idem ius quod resultat ex facto et pro eo actio. Verbi gratia in contractibus. Contractus factum est et ex contractibus oritur obligatio ex obligatione actio. Idem in reali. In petitoriis. Rei vindicatio habet ius eodem modo nam ex traditione facta in causa habili ad dominium transferendum acquirit dominium. Nam ex illo facto acquiritur ius, scilicet dominium et hoc ius scilicet dominium est causa actionis realis sicut in personalibus et in petitoriis. Quia non dicunt ita in possessoris, quae idem sunt tam ordinata scilicet factum et in quo quidem inest causa ius datur. Factum nam non potest esse causa immediata actionis [...] » <sup>(55)</sup>.

Ogni situazione giuridica soggettiva nasce dalla concorrenza tra

---

<sup>(54)</sup> Jacques de Révigny, *Super Digesto Novo, ad l. Possessio appellata est, ff. de acquirenda vel amittenda possessione*, MS. Paris, Bibliothèque Nationale, Latin 14350, fol. 76 vb.

<sup>(55)</sup> *Ibidem*.

un momento fattuale e uno di qualificazione da parte dello *ius*. Il risultato di tale convergenza è il sorgere di una pretesa azionabile in giudizio. Il contratto stretto da due soggetti rappresenta il *factum* da cui sorge uno *ius*, il diritto di obbligazione che lega l'un contraente all'altro, da cui nasce il terzo elemento della fattispecie, l'*actio*. Uno schema che non tollera differenze tra tutela reale, *erga omnes*, e personale: quanto può predicarsi per le fattispecie centrate su un'azione eminentemente personale come quella derivante dal contratto può dirsi anche per l'azione di rivendica della proprietà. Una vicenda esaustiva: il dominio può essere richiesto solo ove vi sia stato un *factum* come la tradizione della cosa, secondo una modalità abile a trasferire il diritto al ricevente. Una volta che lo *ius* si è costituito, da esso nasce l'*actio realis*: un modello a perfetta tenuta, che non vi è ragione di non applicare anche alla vicenda possessoria. Anche in questa il *factum* dell'apprensione materiale del bene viene tutelato perché produce uno *ius*, una situazione giuridica da cui sorge lo specifico mezzo di tutela giudiziale. Non può darsi il contrario, dovendosi in tal caso ammettere che il puro fatto può essere causa immediata di un'*actio*, una derivazione dai principi e dal modello generale di fattispecie per la quale sarebbe arduo trovare una giustificazione.

In questo senso, la posizione di Jacques de Révigny contrasta tanto con la seconda definizione di possesso data da Azone quanto con la prima e, *a fortiori*, con quella resa dal maestro di questi: « dico ergo primam descriptionem Ioannis ego non approbo quia nimis generalis. Item descriptio quam dedit Azo primo possessio ius detinendi rem corporalem vere vel interpretative mihi non placet quia illa supponit quod ille qui est extra fundum non habeat veram possessio nisi fingitur esse in fundo. Quid ergo dicemus. Vos dicetis quod possessio est ius et omnia illa quae Azo posuit in sua ultima descriptione vos ponetis aliter totum ablative, sic possessio est ius quaesitum ex corporalis rei apprehensione iuris adminiculo concurrente. Si vos velletis cogitare descriptionem possessionis licitum esset describere illam generaliter per suos effectus sicut obligatio describitur per suum effectum. Unde dicetis possessio est ius cuius effectus fuit talis ut infra dicemus. Sic ergo [...] quid sit possessio dico vobis possessio est ius et ex eo quod dico possessio

est ius cessabunt multae absurditates. Ad Azonem ego respondeo [...] » <sup>(56)</sup>.

Giovanni Bassiano definisce certo il possesso come *ius*, ma in una nozione troppo generale, incapace di distinguere i fatti che possono da quelli che non possono costituire la relazione provvista di tutela; allo stesso modo non è accettabile la prima nozione azoniana, per cui il possesso è il diritto di tenere con sé il bene *vere vel interpretative*, perché costringe a ipotizzare una *fictio iuris* per asserire il possesso del fondo anche al soggetto che, pur provvisto di titolo, non vi insiste materialmente.

Inutili complicazioni che possono essere evitate se si procede dagli elementi strutturali della seconda definizione azoniana, rilegendone il ruolo funzionale. Il possesso non è quindi una relazione di fatto tutelata in sé e per sé in virtù dell'*adminiculum iuris*: esso è la situazione giuridica soggettiva che nasce dal fatto materiale qualificato in tal senso dall'ordinamento <sup>(57)</sup>. Il contenuto di tale diritto è vario e complesso, andando dalla semplice tutela della situazione di fatto intercorrente tra soggetto e cosa sino all'usucapione del bene. Ogni situazione giuridica, comunque, si valuta a partire dagli effetti che produce e ciò è valido anche per il possesso. In questo modo si riescono a fugare facilmente le tante *absurditates* fiorite per cercare di comporre le inevitabili antinomie causate da una errata rappresentazione del possesso come fenomeno di puro fatto. La principale contraddizione delle dottrine tradizionali risiede nella distinzione tra *possessio naturalis* e *possessio civilis*, che viene resa a volte attraverso la differenza tra le modalità di acquisizione <sup>(58)</sup>, a

---

<sup>(56)</sup> *Ibidem*.

<sup>(57)</sup> I dati della definizione azoniana debbono quindi, per come afferma il Révigny, essere posti all'*ablativo* rispetto alla nozione di possesso, e non al *genitivo*; essi rilevano cioè come mezzi rispetto al fine (la costituzione dello *ius possessionis*) non sono i fattori di una somma in cui si esaurisce la nozione di possesso: « unde secundum Iacobum praedictum, possessio est ius quaesitum ex corporali rei apprehensione, ex corpore et animo, iuris adminiculo concurrente, et sic omnia, quae posuit Azo in ultima diffinitione, poni debent ablativae tantum, non genitivae, ut ipse fecit » (Cino da Pistoia, *Lectura super Codice*, cit., fol. 442 r., c. 1).

<sup>(58)</sup> « [...] dicemus ergo secundum eum: possessio civilis illa quae habetur per naturalem actum. Per naturalia instrumenta quae corporibus instituimus nec quae habetur animo solo sine naturalibus instrumentis. Sic ergo non dicitur civilis

volte mediante la diversità che esisterebbe tra i profili giuridici di riferimento delle due specie di possesso <sup>(59)</sup>.

Partendo dagli effetti prodotti dalle diverse ipotesi Jacques de Révigny giunge a estrarre una diversa *ratio* per la distinzione: « sed dicam sic. Illa civilis quae habet effectus iuris civilis ut usucapionis et praescriptionis, illa naturalis que non committatur effectum iuris civilis; nam illa est possessio iuris civilis quando approbat ius civile ut possit habere effectum iuris civilis. Dicit lex fructuarius non usucapit quia non possidet sed tu intelligis non possidet naturaliter hoc est falsum ergo debet intelligi non possidet naturaliter et civiliter ergo ubi distinguitur civilis a naturali quia civilis habet effectum iuris civilis » <sup>(60)</sup>.

Il possesso è *civile* allorché integra una fattispecie predisposta dall'ordinamento per produrre effetti creativi, modificativi o estintivi di diritti sulla cosa, come l'usucapione o la prescrizione; al contrario il possesso è *naturale* nel caso in cui l'ordinamento non valuti quell'ipotesi abile a modificare in modo permanente la realtà giuridica del bene. Non vi è bisogno, come fanno le dottrine precedenti, di creare artifici per escludere l'usufruttuario dalla *naturalis possessio* della cosa con cui è a quotidiano contatto onde giustificare il fatto che questi non può usucapirla, per quanto lungo sia il suo rapporto con essa: è sufficiente partire dalla legge che esclude il *fructuarius* dall'usucapione per affermare che questi non è possessore a titolo *civile*. Inutile interrogarsi sulla qualità del suo rapporto con il bene: l'usufruttuario non ha il possesso *civile* del bene oggetto del suo diritto proprio perché il suo insistere fisicamente sulla cosa non è provvisto dallo *ius* dell'effetto di conseguire il dominio.

La difficoltà di una netta distinzione tra ipotesi *naturale* e *civile* anima anche la critica di Dino del Mugello alla definizione del

---

quia introducta de iure civili nec dicitur naturalis ad differentiam civilis sed dicitur naturalis quia acquiritur naturalibus instrumentis pedibus institutis, sic esset dictum [...] » (Jacques de Révigny, *ad l. Possessio appellata est, ff. de acquirenda vel amittenda possessione*, cit. (Paris BN Latin 14350, fol. 77 v.).

<sup>(59)</sup> « Dico quod non dictum naturalis quia de iure gentium introducta quia utraque de iure gentium introducta est » (*ibidem*).

<sup>(60)</sup> *Ibidem*.

possesto come fatto, tale da condurlo a propendere per la tesi di Giovanni Bassiano: « dominus approbat diffinitionem Ioannis et dicit quod Azo diffinitur circa possessionem quaerendam nam tunc est verum quod Azo dixit scilicet quod sit factum possessio non est ius. Ioannis diffinivit circa possessionem quaesitam et melius est diffinire circa rem quae est quam circa rem quae non est »<sup>(61)</sup>.

L'ignoto *reportator* riferisce la critica fondamentale di Dino alla nozione di Azone: essa è costruita per considerare il possesso nell'ampio spettro del suo divenire, del suo costituirsi sul bene che ne costituisce oggetto. Da quest'ottica falsata è facile vedere nel possesso un *factum*; ma se esso viene percepito dalla corretta prospettiva, quella della fattispecie compiuta e quindi pienamente abile di esplicare i suoi effetti, il possesso si svela per quello che è, un diritto, una situazione giuridica appartenente ad un determinato soggetto su una determinata cosa<sup>(62)</sup>. La definizione del possesso come diritto è termine imprescindibile per risolvere il problema della distinzione tra possesso *naturale* e *civile*: « modo quaerendum est quae possessio sit necessaria ad praescriptionem, utrum civilis tantum vel naturalis tantum, vel utraque simul? Ad cuius declarationem primo est quaerendum: utrum sint duae possessiones specie differentes, vel una tantum, quae diversificetur per accidentiam. Ioannes dicit quod duae sunt possessiones specie differentes, una civilis et alia naturalis. Azo unam tantum: scilicet naturalis, quae diversificatur per accidentia. Et glossatores iuris civilis in Codice tenent opinionem Azonis, in Pandectae, nota maxime in titulo de acquirenda possessione, tenent opinionem Ioannis. Pro quo argui et

---

<sup>(61)</sup> Dino del Mugello, *Super Digesto Novo, incipit ad tit. de acquirenda et amitenda possessione*, Ms. Bologna, Collegio di Spagna, Cod. 272, fol. 97 v.

<sup>(62)</sup> Al novero degli *auditores* di Dino si iscrive anche Cino da Pistoia: « sed Dynus, ut audivi, reprobatur Azo et sequebatur Ioannem. Reprobat enim Azonis diffinitionem, quia dixit, quod possessio erat retentio et sic voluit diffinire possessionem, prout acquiritur et non prout est acquisita, et sic male. Nam diffinitio debet tradi, prout res est in esse, non prout deducitur in esse, sicut dicimus in obligatione, ubi consideramus obligationem acquisitam diffinitione. Cum ergo dicimus, possessio est facti, verum est, considerato actu possessionis quaerendae [...] Sed prout est acquisita est ius et quod sit ius probatur, ut supra. Melius ergo dixit Ioannis cum dixit ius » (Cino da Pistoia, *Super Codicem*, cit., in *l. Licet, de acquirenda et retinenda possessione*, n. 5, p. 442 r., c. 1).

ostendi potest quod sit duplex possessio. Dicitur enim in lege quod si possidens fundum naturaliter et civiliter egrediatur de fundo et peregre vadat, quod si eo existente extra fundum, alius ingreditur fundum, ingrediens habet possessionem et adhuc absens possidet. Cum igitur impossibile sit duos eandem rem specie possessionis in solidum possidere [...] manifestum est quod duae sunt possessionis species » (63).

Se si rappresenta il possesso nella sua sostanza fattuale si giunge alla conclusione per cui di esso possa esistere una e una sola specie, quella fondata comunque su un rapporto materiale tra soggetto e cosa, la quale può graduarsi differentemente nelle varie ipotesi. Per questa via è impossibile comunque trovare risposta al fatto che il proprietario di una cosa continui comunque a esserne possessore per il tempo in cui non è lui a insistervi fisicamente, ma un terzo, che pure possiede a titolo di usufrutto o colonia. Una situazione che non si può comprendere altrimenti che accettando che esistano due specie autonome e separate di possesso: « praeterea duae possidendi qualitates contrariae in eadem substantia possessionis concurrere non possunt, ut ostensum est. Sed civiliter possidere et naturaliter sunt qualitates contrariae possidendi, secundum ea quae communiter dici solent [...] non ergo concurrunt in eandem substantiam possessionis: si ergo non est eadem substantia naturalis et civilis, manifestum est quod non sunt eiusdem speciei, quia esse idem specie est esse idem substantia natura » (64).

È impossibile configurare il *civiliter et naturaliter possidere* all'interno di un unico concetto, facendo di queste due dimensioni due *qualitates* della stessa *substantia*, poiché si dovrebbe ammettere che la stessa nozione possa recepire al proprio interno due prospettioni opposte ed inconciliabili. Da ciò si evince che il possesso *naturale* e quello *civile* costituiscono due diverse *substantiae*, poiché ciascuno di essi nasce da fattispecie diverse e produce effetti diversi; la conseguenza necessaria di tale assunto è nel configurare il possesso non come *factum*, ma come *ius*: mentre non possono esistere due eguali sovranità di fatto esercitate da due soggetti diversi sul

---

(63) Dino del Mugello, *Commentarii in regulas iuris pontificii, in regulam III 'Sine possessione praescriptio non procedit'*, nn. 14-16 (s.e., Lione 1545, pp. 46-47).

(64) Ivi, n. 21, p. 48.

medesimo oggetto, possono invece perfettamente aversi due diritti sulla stessa cosa <sup>(65)</sup>.

6. *La sistematica delle species possessionum in Bartolo da Sassoferrato*

Le tesi dei glossatori, volte a comprendere il ruolo dello *ius* nella definizione del possesso senza poter prescindere dalla sostanza eminentemente fattuale del fenomeno, non trovano quindi nei primi Commentatori un netto superamento, una decisa risoluzione. Da una parte l'immediatezza dell'atto del possedere, la sua ineliminabile materialità, dall'altra l'insufficienza di questa sola dimensione a spiegare tutto ciò che il *Corpus iuris* riporta alla nozione di possesso. Una situazione in cui è difficile trovare le linee per una spiegazione unitaria del fenomeno: « adverte ergo ad me. Mihi videtur quod antiqui et moderni doctores multum deviaverunt a mente iuris in hac materia ».

È l'avvertimento di Bartolo da Sassoferrato <sup>(66)</sup>. Il giurista che più e meglio di altri rappresenta la transizione dall'*interpretatio* dei glossatori al nuovo modo di razionalizzare il fenomeno giuridico proprio dei *doctores moderni* ritiene che l'analisi fatta e dagli uni e dagli altri sul possesso sia viziata perché condotta mescolando due problemi che debbono essere affrontati indipendentemente, come la definizione della nozione di possesso e la distinzione delle diverse fattispecie da cui il possesso può trarre origine <sup>(67)</sup>. Il tentativo di

---

<sup>(65)</sup> Anche Iacopo d'Arena dette una definizione di possesso come *ius*, per come ci riporta Cino da Pistoia (Cino da Pistoia, *Super Codicem*, cit., in *l. Licet, de acquirenda et retinenda possessione*, n. 5, fol. 442 r., c. 1): « Supervenit postea Iacobus de Arena et diffinivit sic. Possessio est ius insistendi rei, proveniens ex rei vera vel interpretativa apprehensione, cum affectu possidendi, iuris non prohibita possideri vacantis, vel a possessore traditae vere vel interpretative. Ista diffinitio licet in principio, cum dicit ius conveniat cum diffinitione Ioannis tamen in aliis non placet: quia consideravit possessionem, prout deducitur inesse, quod non est faciendum, cum diffinitur ».

<sup>(66)</sup> Bartolo da Sassoferrato, *Commentaria in prima Digesti Novi partem* (Venetiis 1526), a cura di G. Polara, Il Cigno Galileo Galilei, Roma 1998, *ad l. Possessio appellata est, ff. de acquirenda et retinenda possessione*, n. 6.

<sup>(67)</sup> « Sed videamus an sit bona diffinitio et discamus a phisicis qui dicunt

costruire una nozione capace di rappresentare tutte le diversissime ipotesi di possesso offerte dalla prassi come dal testo romano e insieme rispettosa delle differenze che esistono tra la sovranità sulla cosa che si instaura mediante la materiale apprensione e quella che al contrario si crea attraverso un momento di legittimazione formale porta necessariamente ad una tale confusione. Il possesso è un oggetto complesso, che non può essere compreso partendo da un'unica prospettiva: « qualiter diffiniemus. Possessio potest diffiniri in genere et in specie. Hic diffiniamus in genere et dic quod possessio est ius insistendi rei non prohibitae possideri » (68).

Se ci si chiede che cosa sia il possesso, la risposta consiste nella definizione del possesso considerato in generale. In questo senso il possesso è il diritto di tenere o occupare la cosa il cui possesso non sia altrimenti vietato. Una nozione che Bartolo individua attraverso una serrata concatenazione di *distinctiones*: « quare dico est ius ad differentiam detentationis asininae quae est facti, ut infra videbitis. Item dico ius ad differentiam corporis ipsius rei quod appellatur quandoque possessio [...] item insistendi dico ad differentiam domini quod est ius disponendi vel vendicandi [...] item insistendi ad differentiam ususfructus [...] rei non prohibitae possideri hoc dico ad differentiam ipsius rei quae non potest possideri, ut rei sacrae vel religiosae [...] » (69).

Il possesso è così un diritto; perché esso non possa confondersi con la semplice detenzione, comportamento di mero fatto; il suo contenuto consiste esclusivamente nella relazione materiale che il titolare può avere con la cosa, non nella facoltà di disporre del bene o di rivendicarlo da terzi, prerogative che caratterizzano nettamente il diritto di proprietà; può esercitarsi solo su cose sulle quali si può avere un pieno e incontrastato dominio.

Descrivendo il possesso *in generale* Bartolo non si propone,

---

homo est animal rationale et cetera et non dicunt unde venit et istud non quaero et quod est possessio non unde proveniat quod Iacobus et praedicti in diffinitione ponunt » (Bartolo da Sassoferrato, *ad l. Possessio appellata est ff. de acquirenda et retinenda possessione* n. 6 (*Commentaria in prima Digesti Novi partem*, ed. Venetiis 1526, r.a. cur. G. Polara ed. 1998, cit.)

(68) *Ibidem*.

(69) *Ibidem*.

tuttavia, di rendere la nozione definitiva di questo istituto, ma solo una prima approssimazione per la netta comprensione di un fenomeno assai complesso: questa prima definizione, difatti, rileva solo come archetipo comune a tutte le diverse ipotesi di possesso, ma non rappresenta una nozione immediatamente applicabile sul vivo delle fattispecie concrete.

Queste ultime possono essere razionalizzate solo dando risposta a una seconda domanda, largamente indipendente dalla prima, ossia quante siano le diverse specie di possesso. I *doctores antiqui* e molti fra i *moderni* hanno tentato di distinguere le differenti forme del possesso procedendo sul profilo offerto dalle modalità del suo acquisto al titolare: una prospettiva fallace, secondo Bartolo, poiché queste ultime identificano solo un elemento accidentale della nozione, non la sua *substantia*, la quale può essere percepita solo apprezzando gli effetti giuridici prodotti da ciascuna specie <sup>(70)</sup>. Adoperando questo criterio, Bartolo supera la bipartizione tra *possessio naturalis* e *civilis*, terreno di dibattito per generazioni di giuristi: « ideo dico quod possessionum species sunt tres. Una est civilis, alia naturalis quam habet usufructuarius et similes [...] alia corporalis quam habet ingressus domino absente [...] inter istas est magna differentia in substantia » <sup>(71)</sup>.

Distinguere forzosamente tra una relazione tra soggetto e cose che si instaura *solo animo* e una che si realizza *animo et corpore* non basta più a classificare tutti i possibili casi di possesso. Occorre partire dalla mutazione che ogni singolo fenomeno possessorio cagiona nello stato giuridico della cosa. In questo senso possiamo avere, secondo Bartolo, tre distinte specie di possesso, che si otten-

---

<sup>(70)</sup> « Dicendum est ergo quod cum quaeritur quotuplex sit possessio potest dari quaedam divisio secundum accidentia quae resultant ex modo acquirendi ut possessio pro emptore, pro donato et cetera. Sed certe proprie loquendo ista accidentia non faciunt diversam speciem sicut dicerem hominum quidam sunt albi quidam nigri, sed differentia in substantia illa facit diversam speciem nam hoc quod est rationale facit nos differre a bruti et quod est mortale facit nos differre ab angelis [...] unde si quaeris quot sunt species possessionum dicendum est quod sunt differentiae substantiales, hoc autem apparebit ex effectu qui sequitur ex qualibus [...] » (Bartolo da Sassoferrato, *ad l. Possessio appellata est, ff. de acquirenda vel amittenda possessione*, cit., n. 7).

<sup>(71)</sup> *Ibidem*.

gono aggiungendo agli elementi della nozione generale un fattore di specificazione concernente gli effetti giuridici riconducibili esclusivamente a quella determinata tipologia. La prima è così la *possessio civilis*: « *possessio civilis est ius insistendi rei non prohibitae possideri aptum producere civiles effectus respectu veri domini* » (72).

Irrilevanti le modalità della sua costituzione: essa si differenzia dalle altre ipotesi perché situazione abile a far conseguire al titolare la proprietà della cosa (73), attraverso l'usucapione e la prescrizione (74). Questa potenzialità d'effetti (75) vale a tenere distinta la *possessio civilis* da quella *naturalis*: « *secunda possessio est naturalis et est ius insistendi rei non prohibitae possideri aptum civiles producere effectus respectu alicuius iuris a dominio separati respectu naturalium accessionum* » (76).

Nessuna traccia del *possidere animo et corpore*: il possesso naturale è il diritto di mantenere una sovranità sulla cosa corrispondente all'esercizio di facoltà individuabili a partire dall'originario diritto di proprietà, tali da poter assicurare al possessore l'acquisto delle accessioni naturali del bene. La *naturalis possessio* non si esaurisce in una sfera esclusivamente materiale: essa produce effetti eminentemente *civili*, quali l'acquisizione dei frutti e l'impedimento della prescrizione del diritto — usufrutto, colonia, enfiteusi, feudo — di cui rappresenta l'epifenomeno senza che per ciò si possa giungere, tuttavia, a elidere il dominio diretto, la situazione giuridica del proprietario catastale (77). La seconda *species possessionis* indi-

---

(72) Ivi, n. 8.

(73) « *Item opponere quod prescriptione non quaeritur verum dominium, sed utile ergo male dixit respectu veri domini. Responde in usucapione procedit sine dubio. in praescriptione dic quod illud utile dominium directe venit ad condicendum dominio directo [...]* » (*ibidem*).

(74) « *Declaro ista verba per ordinem. Dixi quod civilis possessio est ius insistendi rei non prohibitae possideri, dictum est supra et declaratum item aptum producere effectus civiles respectu veri domini, hoc dico quia ipsa producit civiles effectus respectu usucapionis et praescriptionis* » (*ibidem*).

(75) Il possesso civile è difatti tutelato per la possibilità di condurre all'acquisto del dominio, indipendentemente da che tale risultato si consegua effettivamente: « *ego dixi in diffinitione aptum producere civiles effectus non dixi quod producat: sed si deficit mala fides illam eadem producit civiles effectus* » (*ibidem*).

(76) Ivi, n. 9.

(77) « *Et quid volo dicere: usufructuarius possidet [...] habetne effectum*

vidua pertanto la posizione di ogni possibile *dominus utilis*, la relazione di rapporto immediato e diretto con la cosa che, se non può condurre a elidere completamente la proprietà del concedente, tuttavia attribuisce al concessionario il diritto di usare della cosa e trarne i frutti (78).

La terza *species possessionis* individua così la relazione di fatto con la cosa che produce come unico effetto quello di poter ritenere o recuperare la cosa dinanzi ai tentativi di appropriazione da parte di terzi: « quaero quae est possessio corporalis et volo quod scias quod ista corporalis potest dici naturalis propter actum naturalem [...] Sed gratia evidentioris locutionis eam appello corporalem. Dic ergo corporalis possessio est ius insistendi rei non prohibente possideri retentionis et recuperationis producens effectum » (79).

Bartolo riunisce qui quelle ipotesi in cui la condotta del possessore non si sostanzia nel godimento del bene, nell'esplicazione sulla cosa di facoltà e poteri riconducibili ad una situazione di dominio. Nella *possessio corporalis* il rapporto tra soggetto e cosa non viene tutelato perché passibile, come nella *possessio civilis*, di condurre all'acquisizione del dominio diretto né perché, come nella *possessio naturalis*, corrisponde all'esercizio del dominio utile: la *possessio corporalis* viene tutelata per sé stessa, per l'impossibilità del terzo di provare la titolarità di un miglior diritto.

Nella tipologia delle *species possessionum* Bartolo scioglie l'impossibilità di dare una nozione che sia generale e *precettiva* del possesso, che riesca cioè a indicare positivamente tutti gli elementi che l'ordinamento vuole integrati dal fatto dell'apprensione mate-

---

civilem. Certe sic quia prescribo ius usufructus [...] item feudatarius ius feudi [...] non autem verum dominium prescribunt immo verum dominium fatentur et recognoscunt. Idem respectu naturalium accessionum, quia faciunt fructus suos usufructuarii et naturalis accessio est effectus domini [...] » (*ibidem*).

(78) Inutile e fuorviante, secondo Bartolo, distinguere tra loro le diverse situazioni: « quaero quare non facio plures species possessionum: una quae competit feudatario alia quae competit usufructuario: alia emphyteotario et non esset peccatum dicere quod una esset separata ab alia numero: sed non differunt specie quia plus vel minus non faciunt differentiam specificam [...] et sic qualibet istarum naturalium tendit ad acquirendum civiles accessiones et acquisitionem fructuum et alterius iuris id est dominium licet una plus et alia minus » (*ibidem*).

(79) Ivi, n. 10.

riale perché questo possa essere considerato come possesso. Egli raggiunge un risultato diverso, una nozione generale che descrive i minimi caratteri comuni alle tre fenomenologie fondamentali dei rapporti di fatto tra soggetto e cosa, per derivare poi dallo specifico di ciascuna le ipotesi effettivamente tutelate. Un'operazione lontanissima dai principi propri di un ordinamento positivo, volta a salvaguardare l'esigenza dell'unità concettuale del possesso come norma senza soffocare in essa la vitalità del possesso come fatto.



MARIO SBRICCOLI

LA BENDA DELLA GIUSTIZIA

ICONOGRAFIA, DIRITTO E LEGGI PENALI  
DAL MEDIOEVO ALL'ETÀ MODERNA



Sul finire del XV secolo, alla vigilia di una svolta epocale del penale europeo, un folle, col suo berretto a sonagli e uno scardasso piantato nel didietro, mette una benda sugli occhi della Giustizia [fig. 1] (1).

Un arricchimento della tradizionale allegoria della Giustizia, si sarebbe detto più tardi. Un simbolo nuovo, la benda, che nelle rappresentazioni di *Domina Iustitia* si somma alla bilancia e alla spada — oppure al ginocchio, aggiungo io, protruso o nudo (2) — delle raffigurazioni tramandate. No. Non si tratta ancora di questo in quella fase, perché solo qualche decennio più tardi, e non prima, una serie di slittamenti di senso e alcune provocatorie rivendicazioni, sullo sfondo di rilevanti mutazioni dell'ordine penale, faranno della benda un attributo dominante nella iconografia della Giustizia (3). Come si vedrà più avanti, Sebastian Brant, professore di diritto a Basilea, e l'illustratore del suo *Narrenschiff*, non avevano alcuna intenzione di incrementare quell'allegoria con un dispositivo simbolico in più.

---

(1) S. Brant, *Das Narrenschiff*, J.B. von Olpe, Basel 1494, cap. 71. L'illustrazione si deve ad un Maestro dell'officina di Johann Bergmann von Olpe (c'è chi ha pensato ad Albrecht Dürer: cfr. W. Weisbach, *Der Meister der Bergmannschen Officin: ein Beitrag zur Geschichte der Baseler Buchillustration*, J.H.E. Heitz, Strassburg 1896 e J. Janitsch, *Das Bildnis Sebastian Brants von Albrecht Dürer*, J.H.E.Heitz, Strassburg 1906). Io mi servo della traduzione latina del lungo poema di oltre 2000 versi, realizzata da Jacob Locher, *Stultifera Navis [...] per Sebastianum Brant, vernaculo vulgarique sermone et rytmo [...] nuper fabricata, atque iam pridem per Iacobum Locher [...] in latinum traducta eloquium et per Sebastianum Brant denuo seduloque revisa*, Johann Grüninger, Strassburg 1497.

La più recente delle infinite riedizioni dell'opera di Brant si deve a Michael Rupp: *Narrenschiff und Stultifera navis: deutsche und lateinische Moralsatire von Sebastian Brant und Jakob Locher in Basel 1494-1498*, Waxmann, Münster-New York-München-Berlin 2002.

(2) Vedi più avanti, al paragrafo 7.

(3) Vedremo come questo processo investirà in modo particolare, nell'Europa centrale, l'area soggetta alla *Costituzione Criminale Carolina* voluta da Carlo V nel 1532.

È vero invece che l'apparizione della benda in quel contesto iconografico confermò e rilanciò un rapporto tra realtà giuridica praticata e comunicazione simbolica instaurato da tempo e destinato a permanere e rafforzarsi. È quel rapporto che mi interessa. Questo scritto muove dal fatto che le raffigurazioni della Giustizia, sulle quali molto si è lavorato negli ultimi venti anni <sup>(4)</sup>, appaiono manifestamente collegate alla congiuntura giuridica e sembrano assumere il passo delle diverse fasi evolutive della giustizia penale. Glosse, si direbbe, a ricorrenti passaggi della storia giudiziaria, prima ancora che attestazioni dentro la storia generale dell'iconografia civile.

---

(4) Una *concessio*, da subito. Ho incontrato la questione che affronto in questo saggio in un *Colloque* della *International Association for the History of Crime and Criminal Justice*, tenutosi a Tolosa nel lontano 1983, dedicato ad *Images et représentations de la justice du XVIe au XIXe siècle*. Da allora, cedendo al fascino dell'*ultra crepidam*, ho seguito con la curiosità del dilettante questo tema, scoprendone via via nell'opera dei giuristi e nella storia del penale le non lievi implicazioni storico giuridiche. Quasi ignara di quelle implicazioni, la pur vasta letteratura iconologica mi è tuttavia d'aiuto per la messe di immagini che fornisce e per l'analisi strutturale che ne propone; molto meno per le interpretazioni che da quell'analisi vengono fatte discendere. Non è dunque per caso che non un iconologo, ma un giurista penalista, sia l'autore dello studio che meglio ha messo a punto simbologie, metafore e dinamiche rappresentative, componendole in un discorso consapevole e persuasivo. Mi riferisco al libro di Ch.-N. Robert, *Une allégorie parfaite. La Justice: vertu, courtisane et bourreau*, Georg, Genève 1993, cui molto deve questo mio scritto, e che — pagato il prezzo di qualche lieve imprecisione — spicca tra gli altri per la ricchezza dei riferimenti e l'intelligenza dell'analisi.

Negli ultimi vent'anni, come dico nel testo, sono fiorite ricerche e rassegne, tra le quali vanno segnalate: S.Y. Edgerton Jr, *Icons of Justice*, in « Past & Present », n. 89, 1980, pp. 23-38; W. Schild, *Alte Gerichtsbarkeit. Vom Gottesurteil bis zum Beginn der modernen Rechtsprechung*, Callwey Verlag, München 1980; O.R. Kissel, *Die Justitia*, Beck, München 1984; S.Y. Edgerton Jr, *Pictures and Punishment. Art and Criminal Prosecution during the Florentine Renaissance*, Cornell University Press, Ithaca and London 1985; W. Schild, *Zur Ikonologie des Jüngsten Gerichts*, in L. Carlen (ed.), *Forschungen zur Rechtsarchäologie*, Schulthess, Zürich 1988, vol.10; Id., *Gerechtigkeitsbilder*, in W. Pleister, W. Schild (eds), *Recht und Gerechtigkeit im Spiegel der Europäischen Kunst*, Du Mont, Köln 1988, pp. 86-171; R. Jacob, *Images de la Justice. Essai sur l'iconographie judiciaire du Moyen Age à l'âge classique*, Le Léopard d'or, Paris 1994; P. Ferreira da Cunha, *La balance, le glaive et le bandeau. Essai de symbolologie juridique*, in « Archives de philosophie du droit », 40, 1996, pp. 106-120.

Raramente le immagini di *Domina Iustitia* trasmettono un'idea puramente astratta. Raramente si lasciano impoverire dall'abuso retorico. Quasi mai, in età medievale e moderna, ci appaiono 'prive di senso', avulse, disgiunte dal contesto, sconnesse dai fatti e dalle realtà del mondo giuridico che evocano. Quanto meno assolvono ad una seppur limitata funzione esortativa. Già il fatto di infittirsi in coincidenza con determinati punti di svolta della giustizia praticata <sup>(5)</sup>, o nel momento in cui matura la coscienza del nesso politico che tiene insieme l'opera della giustizia e le condizioni dei governati, mostra che quella iconografia assegna a se stessa una finalità ideologica, funge da annuncio programmatico, non è decorativa né accessoria.

L'immagine è sintesi e comunica con forza. Tra medio evo ed età moderna essa ha una dignità e un peso che vanno ben oltre quello che noi riusciamo a calcolare. Essa è testo. Ma quel che si afferma con l'immagine ha in più, rispetto allo scritto, un potenziale di comunicazione praticamente universale, ha la solennità del *medium* e si vale di una radicazione nella tradizione capace di conferirle speciale gravità e imponenza.

Non dimentichiamo che l'*imago* sta, insieme al *verbum*, nei motivi archetipi dell'antropologia cristiana. Al momento della sua prima apparizione nel Libro, nell'atto stesso della sua creazione, l'uomo è designato come *imago*. Figura e *somiglianza* recano dunque un carattere fondativo, evocano il *rapporto* con Dio e stabiliscono i tratti stessi dell'*humanitas*. Stanno nella incorporazione dell'idea di *rapporto* (*ratio* per i latini), e nella presunzione della *somiglianza* (per i latini *imago*) il prestigio e la *fides* delle immagini.

Esse servono alla *imitatio* <sup>(6)</sup>. Sono, come si diceva, *biblia pauperum*, ed equivalgono per gli illetterati a ciò che la scrittura è

---

<sup>(5)</sup> L'infittimento ha quasi un ruolo di 'notificazione' delle mutazioni epocali della giustizia (penale) amministrata. Nel primo Trecento italiano, nel Quattrocento in Francia e nelle Fiandre, nel Cinquecento in area tedesca.

<sup>(6)</sup> « Imagines pinguntur pro ideotis, ut qui literas nesciunt ibi addiscant quod imitentur », scrive Bartolomeo Fumi, riecheggiando Gregorio Magno, nella *Summa quae Aurea Armilla inscribitur*, ap. Franciscum Bindonum, Venetiis 1558, voce *Imago*, n. 2 in fi.

per i dotti: « unde praecipue gentibus pro lectione pictura est » (7); il che vale tanto più quando, come nel caso delle rappresentazioni della Giustizia — pedagogiche, esortative, ma anche minatorie e *terribiles* — l'intenzione edificante è immanente, e l'*ostentatio* viene fatta, tra l'altro, *ad monendos malos*. Avverrà in più circostanze che essendo insieme compendio metaforico della realtà e chiave per leggerla, la *Giustizia raffigurata* sembri voler 'preavvertire' i consociati in ordine a cosa debbano aspettarsi dalla *giustizia praticata*. In quei contesti — altro criterio ispiratore di questo scritto — l'iconografia della Giustizia è fortemente connessa con le dinamiche dell'ordine giuridico dentro il quale è prodotta: talora, alle radici di un'immagine c'è una strategia di legittimazione, oppure essa 'esce' da un testo giuridico che la postula, o trova un giurista che la ispira, la chiarisce o la spiega (8).

Bisogna da ultimo riflettere sul fatto che nella cultura medievale (e per molto tempo in seguito) le immagini non trasmettono — come farebbe un moderno *medium* — idee, culture o convinzioni già esistenti, compiute, separate da esse. In realtà quelle idee, quei *significati*, si sostanziano con l'immagine, prendono lì la loro forma, e nell'immagine (*per/con* essa) esercitano la loro funzione, conseguendo i loro effetti. Un'allegoria, più che illustrare il suo *dictum*, lo costituisce; più che divulgarlo, lo modella al modo in cui gli osservatori lo acquisiranno al bagaglio delle loro consapevolezze. Ciò impone allo storico di non considerare l'immagine alla stregua di una fonte accessoria, o come il complemento secondario di analisi che si fondano sulle consuete fonti primarie. Ponderazione dell'immagine e interpretazione storica dei contesti e dei rapporti stanno insieme, e formano un'unica complessità. Quanto allo storico del

---

(7) Dice « gentibus », alludendo ai paganeggianti, che più degli altri possono trarre edificazione dalle immagini, perché non conoscono le scritture. Il passo viene dalla famosa lettera che nell'anno 600 Gregorio Magno scrive al vescovo iconoclasta Sereno di Marsiglia (MGH, *Epistolae*, Akademie-Verl., Berlin 1957, pp. 269-72).

(8) Non è azzardato pensare che uomini di legge guidassero la mano dell'artista nel rappresentare la Giustizia, o ne ispirassero i tratti, allo stesso modo in cui il teologo o l'uomo di chiesa prescrivevano all'artefice il criterio per raffigurare un dogma o un mistero della fede in un bassorilievo o nella miniatura di un manoscritto: cfr. E.H. Gombrich, *La storia dell'arte*, Leonardo Arte, Milano 1995, pp. 178 sgg.

diritto, stesse condizioni, stessi compiti. Sarà bene, da un lato, che profitti della *naïveté* di certe rappresentazioni, o della pregnanza di qualche figurazione metaforica, per cogliere nelle immagini che illustrano il giuridico un grado di evidenza e di *outspoken* che difficilmente troverebbe nei testi <sup>(9)</sup>. E sarà bene, dall'altro, che — incrementando il suo ordinario arsenale euristico con un ulteriore 'tipo' di fonte — si abitui a valutare l'*imago* con la stessa accuratezza con cui sa cogliere, nel giuridico, ragioni e proporzioni: non dimenticando che l'immagine, per la sua natura, è *litera*, ma anche *sensus*.

### 1. Ratio, Iustitia, Aequitas. *L'immagine "picta verbis" delle Quaestiones de iuris subtilitatibus*

È appena passata la metà del XII secolo quando un giurista, di grande qualità ma di identità incerta <sup>(10)</sup>, forse un *magister* cittadino della bassa lombarda, racconta di essersi imbattuto nel *Templum Iustitiae* <sup>(11)</sup> e tratteggia la prima espressiva allegoria della Giustizia

---

<sup>(9)</sup> Esemplare lo studio delle ricorrenze formali che consentono di precisare la funzione ideologica delle immagini che illustrano un manoscritto (circa 1290) del *Decretum* di Graziano (ms W. 133 della *Walters Art Gallery*) condotto da J.-C. Schmitt, *Le miroir du canoniste. Les images et le texte dans un manuscrit médiéval*, in « *Annales ESC* », 1963, n. 6, pp. 1471-495.

<sup>(10)</sup> Diciamo pure sconosciuto. Sull'autore delle *Quaestiones de iuris subtilitatibus*, abbiamo più di cent'anni di dotte e robuste riflessioni dalle quali abbiamo ricavato, sostanzialmente, che non si sa chi è. Pazienza. Per il piccolo punto di vista da cui muovo in questo saggio non è così importante avere il nome dell'autore, perché mi sono sufficienti le sue idee. Del resto — forse inconsapevolmente orientato da uno degli impliciti dell'insegnamento di Paolo Grossi — mi sono sempre sentito poco attratto dalle perlustrazioni attributive, dall'euristica delle collazioni e dal talento investigativo applicato a frustoli e frammenti. In una parola, da quella che Bartolomé Clavero ha efficacemente additato come 'filologia autistica' (B. Clavero, *Tomás y Valiente. Una biografía intelectual*, Giuffrè, Milano 1996, p. 34). Grato a chi applica fatica e ingegno per sciogliere sigle, restituire paternità, e soprattutto scovare e pubblicare testi, chi scrive ha deciso da sempre di restare fuori dalla storiografia delle ricostruzioni congetturali, fonte di controversie senza fine, per limitarsi a goderne i frutti, quando ci sono, e si presentano sensati e stabili.

<sup>(11)</sup> Dell'*Exordium* delle *Quaestiones*, della visione del *Templum Iustitiae*, dei suoi modelli classici, di cosa potrebbero dirci sull'identità dell'autore e sulla contestualizzazione dell'opera, si è scritto moltissimo. Io segnalo il contributo di E.H. Kantorowicz, *I due corpi del re. L'idea di regalità nella teologia politica*

dell'età medievale e moderna. Aderendo a un dettame della *rhetorica pictrix* dei classici, ma in ossequio ad un canone corrente dell'illustrazione romanica e gotica, egli mette la *Iustitia* al centro di un ideale frontone, mostrandocela in una postura di solenne dignità, col volto atteggiato a tristezza, intenta a pesare con una equilibrata bilancia. La sovrasta <sup>(12)</sup>, dominandola, la *Ratio*, che ha occhi siderei e un acuto sguardo sfolgorante <sup>(13)</sup>, attributi che i classici riservarono spesso alla *Iustitia* stessa <sup>(14)</sup>; le stanno intorno, vicine come figlie alla madre, sei figure: *Religio*, *Pietas*, *Gratia*, *Vindicatio*, *Observantia* e *Veritas* <sup>(15)</sup>. Stretta ad essa, come tenuta in grembo, sta l'*Aequitas*, col volto soffuso di *benignitas* <sup>(16)</sup>, che l'aiuta a ponderare le cause di Dio e degli uomini <sup>(17)</sup>. Un'*aequitas* che non prevale, e

---

*medievale*, tr. it. Einaudi, Torino 1989, pp. 93 sgg. per l'intelligenza della sua lettura, messa al servizio di un'idea forte che rende marginali alcune piccole improprietà interpretative; il saggio di B. Paradisi, *Appunti per un commento alle "Quaestiones de iuris subtilitatibus" ("Exordium")*, in Id., *Studi sul medioevo giuridico*, Istituto Storico Italiano per il Medio Evo, Roma 1987, II, pp. 799-853, per la densa erudizione; le pagine di E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*, II. *Il basso medioevo*, Il Cigno, Roma 1995, pp. 111 sgg., per le convincenti annotazioni sugli orientamenti giuridici e politici dello sconosciuto autore, che aiutano a leggere meglio le sue allegorie, e per gli ulteriori rinvii bibliografici.

<sup>(12)</sup> Stando alla lettera del racconto, la *Ratio* stava 'sdraiata sulla testa' della Giustizia. Vedremo più avanti che questa stranezza non è priva di senso.

<sup>(13)</sup> « quasi per speculum mihi visa est ineffabili dignitatis habitu Iustitia, cuius in vertice recumbebat oculis sidereis ardenti luminis acie Ratio » (*Quaestiones de iuris subtilitatibus*, a cura di G. Zanetti, La Nuova Italia, Firenze 1958, *Exordium*, 3, 29-32).

<sup>(14)</sup> Così almeno ci dice Aulo Gellio, *Noctes Atticae*, XIV, 4 (a cura di P.K. Marshall, Clarendon Press, Oxford 1968, II, p. 438) quando, citando il filosofo Crisippo, e richiamando l'*imago Iustitiae* dei pittori e dei retori più antichi, la dice di forme e di portamento virginale, piena d'ardore e di temibile aspetto « luminibus oculorum acribus, neque humilis neque atrocis, sed reverendae cuiusdam tristitiae dignitate ».

<sup>(15)</sup> Sono le sei virtù civili, già disposte nella stessa sequenza da Cicerone, *De inventione*, II, 53, comunemente considerate 'parte della giustizia', sulla scorta dell'*Etica Nicomachea* di Aristotele.

<sup>(16)</sup> « Sub ipsius autem amplexu resedit Equitas vultu benignitatis pleno » (*Quaestiones d.i.s.*, cit., *Exordium*, 3, 34-36).

<sup>(17)</sup> « Causas [...] et Dei et hominum crebris advertentibus suspiriis [la Giustizia è classicamente velata di tristezza, e melanconica: v. sopra, nota 14] easque lance prorsus equabili per manus Equitatis trutinabat, ut salvo singulis suo merito

che non precede la giustizia, ma che discende in qualche modo da essa: *filia*, al pari delle altre sei virtù, ma anche *socia*, nel tenere in equilibrio, in un gioco di contrappesi e compensazioni, la bilancia della Giustizia (18).

Un ideale frontone, dicevo, perché la dislocazione delle immagini, con la Giustizia al centro, le Virtù che la contornano, la *Ratio* che la ispira dall'alto e l'*Aequitas* che ne deriva in basso, rimanda ai diffusissimi complessi illustrativi che proprio nella fase delle prime cattedrali gotiche (19), o in quella del tardo romanico italiano, nel pieno di quel XII secolo, costellano anche catini e fronti d'altare, oltre che innumerevoli portali. Insieme di immagini simboliche e narrative, provviste di un centro e organizzate con figure dominanti e di contorno, espresse con icone disposte in didascalica gerarchia, nelle lunette o tra il timpano e l'architrave (20).

---

servetur incorrupta societas hominum cunctorumque perseveret illibata communitas » (*Quaestiones d.i.s.*, cit., *Exordium*, 4, 43-47).

(18) « Quedam tamen et alia extra id quod Equitate socia curabat expedire nitebatur, cupiens et ea libre iam dicte ponderibus exequare » (*Quaestiones d.i.s.*, cit., *Exordium*, 4, 47-50).

(19) Si inizia nel 1140 con le cattedrali di Senlis e di Noyon, e si procede con decine d'altre, da Chartres a Colonia, da Avila ad Aquisgrana, da Canterbury ad Angers, fino a *Notre-Dame* di Parigi, avviata da Alessandro III nel 1163, e compiuta nella seconda metà del Duecento: si veda W. Sauerländer, *Le siècle des cathédrales, 1140-1260*, Gallimard, Paris 1989 (tr. it. *Le cattedrali gotiche, 1140-1260*, Rizzoli, Milano 1991) che documenta largamente la messe di timpani ed architravi che fanno riferimento a quel codice comunicativo. Bisogna dire che l'area italiana resta sostanzialmente fuori da questa fioritura gotica, ma vanno tuttavia fatte due considerazioni: a) la cifra allegorica di cui parlo non origina nella scultura architettonica, come dirò tra breve, ma rinvia ad archetipi scritturali comuni che agiscono da capostipite. Il giurista delle *Quaestiones* metamorfizza il sacro in immaginario giuridico, con un processo comunicativo omologo a quello con cui lo scultore, istruito a dovere, produce immaginario cristiano; b) quella cifra ricorre — producendo schemi semplificati ma leggibilissimi — anche nei fregi, nei pontili, nelle lunette delle grandi chiese romaniche del XII, tra Lombardia ed Emilia.

(20) Un esempio è quello ripetuto nel portale occidentale della chiesa di Saint Trophime ad Arles (1190), o nel portale reale della cattedrale di *Notre Dame* a Chartres (1145-55): il Cristo, al centro, è contornato dal tetramorfo — i quattro simboli degli evangelisti disposti in modo simmetrico intorno a lui — mentre gli apostoli, in ordine, gli sottostanno. Lo schema, con varianti, ma con la costante del Cristo al centro, di figure che lo attorniano, e di altre che gli soggiacciono, riappare nel portale interno della basilica della Madeleine a Vézelay (dopo il 1120), nella

C'è da dire che lo schema non origina nella scultura ornamentale, né è tipico di essa, ma risale di molto, e a lungo permarrà. Ne abbiamo un esempio precedente (inizi dell'XI secolo) nella raffigurazione di Enrico II in trono, ispirato dallo Spirito in alto, proseguito in basso dall'*Ensis aequitatis* e contornato da sei figure: *Iustitia*, *Lex*, *Pietas*, *Ius*, *Prudentia* e *Sapientia* (21). Ne abbiamo un altro, probabilmente coevo, nel Trittico smaltato di Stablo, dedicato al giudizio universale, nel quale la *Iusticia* occupa il centro reggendo una grande bilancia, in mezzo a *Veritas*, *Iudicium*, *Elemosina*, *Gratia*, *Misericordia* e *Pietas* (ancora sei: e le due ultime fanno la parte dell'*aequitas*, stando ai suoi piedi e temperando la bilancia), sovrastata da Cristo *Filius hominis* (22). Un altro ancora, di poco successivo (circa 1185), nell'Evangelario di Enrico il Leone, là dove si illustra la creazione del mondo, disponendo allegorie, immagini e simboli intorno alla figura centrale di un Cristo in maestà (23).

Insisto nel dire che l'immagine della Giustizia che troviamo nell'*Exordium* delle *Quaestiones*, è omologa ad altre, di diverso soggetto, prodotte materialmente da mani artigiane. E ciò non solo nel presupposto, dettato *olim* da Erwin Panofsky (24), che il pensiero medievale vada accostato a quell'architettura per essere letto con

---

cattedrale di Saint-Lazare ad Autun (1130), o nel portale della Gloria della cattedrale di Santiago de Compostela (1188).

(21) È nell'evangelario Vaticano Ottoboniano lat. 74, f. 193v. Fu pretesto per una delle difettose (e comunque *négligeables*: del genere 'dove stava il *Templum Iustitiae*'?) congetture sulle *Quaestiones de iuris subtilitatibus* nel remoto studio di A. Gaudenzi, *Il Tempio della Giustizia a Ravenna e Bologna e il luogo in esso tenuto dal diritto longobardo*, in « *Mélanges Fitting* », Société Anonyme de l'Imprimerie Générale du Midi, Montpellier 1908, II, pp. 701-35, che la data al 1077-1082 e la riproduce fuori testo dopo la p. 718. È riprodotta anche in Kantorowicz, *I due corpi del re*, cit., ill. n. 20. La 'spada dell'equità' è formula che prendo (con perplessità) da Gaudenzi (p. 723) che la riferisce ad una esecuzione di pena segnata dal motto « *Cesaris ad nutum dampnant lex iusque tyrannum* ». Vale la pena di notare che la Giustizia raffigurata in alto a sinistra tiene in mano una precoce bilancia.

(22) Notizie in Kantorowicz, *I due corpi del re*, cit., p. 97, nt 73, che ne dà anche una riproduzione (ill. n. 19).

(23) Si può vedere riprodotta in J.-C. Schmitt, *Le corps des images. Essais sur la culture visuelle au Moyen Âge*, Gallimard, Paris 2002, p. 57.

(24) E. Panofsky, *Architettura gotica e filosofia scolastica*, a cura di F. Starace, Liguori, Napoli 1986.

essa dentro la stessa logica esegetica. È l'interpretazione stessa dell'allegoria dell'*Exordium* che spinge ad integrare in un unico sforzo di comprensione la sua natura, la funzione assegnatagli dall'autore e la sua struttura di immagine scritta, ricalcata su altre che usano senza mediazioni i mezzi della rappresentazione figurativa (25).

Un primo indizio è di pugno dell'autore. Proprio come farebbe un visitatore, curioso del significato di una complicata allegoria gotica, il nostro giurista domanda cosa rappresentino quelle figure, e c'è chi gliene dice i nomi (26). Non si tratta quindi, nella logica del racconto, di una *sua* visione, di una fantasia formatasi nella *sua sola* immaginazione, ma di 'una cosa che c'è davvero', e che altri vedono con lui. Voglio dire che l'autore delle *Quaestiones* non prospetta una evanescente apparizione, ma riproduce nello scritto una *cosa* vista, sia pur restando al coperto della mediazione retorica del *ludus theatralis* con la quale inizia la sua narrazione. Nella oggettività narrativa del racconto quelle figure esistono *graphice [verbis] depictae* (27), come possono esserlo le figure scolpite di un portale, o quelle miniate in una lettera incipitaria (28). Resta dunque, in

---

(25) Un'immagine « chiaramente predisposta ad essere visualizzata » è stato scritto di recente ad altro proposito, che al di là del rapporto tra scritto ed immagini, mostra « uno stesso schema retorico », una « corrispondenza di struttura », « la stessa procedura compositiva » (L. Bolzoni, *La rete delle immagini. Predicazione in volgare dalle origini a Bernardino da Siena*, Einaudi, Torino 2002, pp. XXII-XXIII).

(26) « Quarum omnium nomina mihi diligenter inquirenti designata sunt » (*Quaestiones d.i.s.*, cit., *Exordium*, 3, 36-37).

(27) Come Gellio diceva avesse fatto lo stoico Crisippo: « Quod apte Chrysippus et graphice imaginem Iustitiae modulis coloribusque verborum depinxit » (Aulo Gellio, *Noctes Atticae*, XIV, 4, cit., p. 438). L'autore delle *Quaestiones* dice di avere *visto*; descrive quindi con parole *scritte* quella visione, scegliendo una maniera che è quella propria delle *rappresentazioni figurative*. Non tanto diversamente, nel *Colloquio spirituale* di Simone da Cascina, Lina Bolzoni ha trovato « immagini delineate con parole [che] potevano con molta precisione essere tradotte in immagini visive: sembravano costruite proprio per questo, o addirittura nate da questo » (Bolzoni, *La rete delle immagini*, cit., p. 61).

(28) Lo scritto delle *Quaestiones* trasmette immagini non diversamente da quanto farebbe un bossorilevo o un mosaico. Poi, una forma di virtualità se ne impossessa, ed esso diventa interamente e soltanto allegoria o metafora: perché quando una rappresentazione complessa e articolata esprime per mezzo di codici

sostanza, che siamo in presenza di una *imago Dominae Iustitiae*, apertamente concepita in funzione di un progetto giuridico, che possiamo mettere in serie con quelle che seguiranno, prodotte da artisti famosi e oscuri, in affreschi, bassorilievi, statue, tele o illustrazioni di libri. Se così è, bisogna ragionare brevemente su ciò che l'allegoria suggerisce, cioè sul *programma* che essa rivela.

Questa rappresentazione di *Domina Iustitia*, al pari delle altre che la seguiranno dal Trecento in avanti, va presa sul serio. Non siamo in presenza di un fronzolo erudito, né di ornamenti retorici. Quell'immagine, per come è strutturata, può essere letta in primo luogo come una autentica *cognitio* della Giustizia, nel suo rapporto con la *ratio* e con l'*aequitas*. Una anagogia del *ius (ratio scripta, aequitas constituta)* eleva l'ignoto autore ad 'intendere' la *Iustitia*.

Per cogliere il tipo di concettualizzazione della Giustizia proposta nelle *Quaestiones*, va osservato che la disposizione verticale delle tre figure (*Ratio, Iustitia, Aequitas*) sembra adottare una delle formule espositive tante volte usate dalle arti figurative (già dal IX secolo) per la rappresentazione della Trinità. Mi riferisco alla 'formula triadica', che pone una sopra l'altra figure distinte, o al 'Trono di Grazia' che, conservando l'assetto verticale delle tre persone, le allaccia in un'immagine coordinata e ne suggerisce l'unitarietà<sup>(29)</sup>. L'assetto di quella visione ci dice che la Giustizia, pur distinta da *ratio* ed *aequitas*, è una sola cosa con esse, mentre le virtù che la contornano sono insieme suoi attributi, suo compendio e sua emanazione. Non diversamente, nel Trono di Grazia del salterio di Cambridge<sup>(30)</sup>, le tre persone della Trinità, poste al centro e intrecciate nella consueta sequenza dall'alto (Padre, Spirito, Figlio), sono circondate da figure (angeli che recano il sole e la luna, figure

---

convenzionali una nozione astratta, può avvenire che noi perdiamo la coscienza di essere davanti a carta scritta o pietra scolpita, per entrare nella logica di una comunicazione puramente concettuale.

<sup>(29)</sup> L'argomento è proposto in una convincente ricerca, sostenuta da un ragguardevole corredo iconografico, di F. Boespflug e Y. Zaluska, *Le dogme trinitaire et l'essor de son iconographie en Occident de l'époque carolingienne au IVe Concile de Latran (1215)*, in « Cahiers de civilisation médiévale », 37, 1994, pp. 181-240.

<sup>(30)</sup> Cambridge, Trinity College, Ms. B. 11.4, fol. 119. Cfr. Schmitt, *Le corps des images*, cit., p. 49.

oranti, potenti prostrati), secondo uno schema del tutto omologo [fig. 2]. E uno schema omologo, forse ancora più evidente, era già nell'Evangelario di Ottone III [fig. 3] che si conserva tra i tesori del Capitolo ad Aachen <sup>(31)</sup>.

L'autore delle *Quaestiones* sembra servirsi proprio di quello schema per comunicare la sua *descriptio*, che è costitutiva di un'idea di Giustizia. L'idea che ha in testa trova un riferimento iconografico noto, comprensibile, familiare a chi lo leggerà, e di quello si serve <sup>(32)</sup>. Ed è possibile che proprio questo testo giuridico sia stato in qualche modo 'presente' nella successiva tradizione iconografica della Giustizia: un testo che si appoggia su immagini, immagini che si appoggeranno su un testo.

Il nostro giurista ci fa sapere anche che la *ratio*, principio ispiratore, considera ogni cosa, ovunque sia, e spazia ben oltre il campo del diritto e del giusto; mentre la *Iustitia*, con le virtù che la assecondano, è più attenta alle cose che le stanno vicine <sup>(33)</sup>; laddove l'*aequitas* — che da essa in qualche modo discende — ha quasi una funzione servente. Peraltro la *Iustitia* è intrecciata alla *ratio* (che le giace sulla testa) e all'*aequitas* (che tiene in braccio), a formare quasi un'unica entità. Uomini saggi ed esperti la agevolano riducendo le

---

<sup>(31)</sup> Mi riferisco alla miniatura che rappresenta Ottone III in un evangelario databile intorno al 1000, che si conserva nel *Domschatz* di Aachen (vedila riprodotta in Schild, *Alte Gerichtsbarkeit*, cit., p. 15). Mostra l'Imperatore che ha sopra di sé il Cielo (una mano celeste gli tocca il capo) e sotto di sé la Terra che lo sostiene come una cariatide. Cielo, Imperatore e Terra sono in sequenza verticale e 'intrecciati'. Sono attornati da *sei figure* (il tetramorfo e due dignitari). Sotto di loro, quattro figure sono disposte come fossero raffigurate in un architrave, mentre il gruppo che le sovrasta evoca l'idea di un timpano.

<sup>(32)</sup> Ancora tra XIV e XV secolo, dentro il rapporto tra predicazione e immagini, si possono incontrare nei dispositivi del *Lignum vitae* e delle *Torri della Sapienza*, o nei cicli pittorici di elevazione religiosa o civile presenti a Pisa o a Siena, le immagini vive cui corrispondono gli schemi espositivi del predicatore. Testi e raffigurazioni rivelano ricorrenti strutture comuni ed usano uno « schema che distribuisce il materiale e nello stesso tempo contribuisce a crearlo [...] Si tratta di schemi che hanno sede nella mente e che prendono forma attraverso vari strumenti » (Bolzoni, *La rete delle immagini*, cit., p. 61).

<sup>(33)</sup> « Et Ratio quidem non his que continebantur eo templo solis erat attenta, set prospectu communi quicquid ubique est animadvertit, acie directa cuncta speculando. Iustitia vero una cum prole generosa solis his que illic aderant invigilare contenta erat » (*Quaestiones d.i.s.*, cit., *Exordium*, 3, 37-42).

leggi ad equità, mentre fuori dal *Templum* si trova un « praeceptor aut iuris interpret » che rispondendo alle *quaestiones* di un « non modicus auditorum cetus », espone il diritto e lo fa conoscere <sup>(34)</sup>.

Una simile concettualizzazione della giustizia, in quella metà del XII secolo, corrisponde già da sé a una presa di posizione ricca di conseguenze, coerente con le idee insieme moderne e polemiche che l'autore si accinge a manifestare nel prosieguo dell'opera. Come tutte quelle che verranno dopo di essa, questa allegoria non va del tutto separata dalla giustizia praticata — quella delle accuse, delle liti, dei compromessi e delle rivalse — perché sembra rimandarvi con una implicita intenzione critica e un sottinteso di larvata rivendicazione. È in questo senso una *Giustizia ottativa* <sup>(35)</sup>, come altre che la seguiranno, mentre ce ne saranno altre ancora che ci appariranno *espositive, edificanti, esortative, deploratorie o ammonitive*.

È evidente che l'immagine della *Iustitia faultrix* disegnata nelle *Quaestiones de iuris subtilitatibus* male s'accorda con quella praticata in Italia nel corso del XII secolo <sup>(36)</sup>. Male s'accorda con l'immensa varietà delle giurisdizioni e dei riti possibili, con l'estrema diffusione della transazione, del compromesso e dell'arbitrato, con l'assoluta prevalenza di *pratiche* (negoziabili) su ogni tipo di regola processuale certa, per non dire di forme stabili e garantite. Male s'accorda, infine, con il ruolo secondario, e talora quasi ininfluente, in cui quel sistema di giustizia relegava la teoria giuridica e l'opera dei giuristi.

<sup>(34)</sup> *Quaestiones d.i.s.*, cit., *Exordium*, 5-6.

<sup>(35)</sup> Nell'*Exordium* delle *Quaestiones* il giurista dipinge una Giustizia che ha poco a che fare con quella reale delle prassi quotidiane. Siamo in presenza di un *programma*, dicevo sopra, quasi una *rogatio*, oppure un 'sogno', se si vuole forzare il contesto fantastico in cui quell'immagine è rappresentata. Si potrebbe dire, banalmente, che in essa si esprime una idealizzazione, oppure, più propriamente, che vi si annida un'ideologia: vanno lette entrambe come propensione per un diverso futuro.

<sup>(36)</sup> Sembra vero anche a me che nell'età della glossa i *doctores* avessero poca attenzione, e forse poco interesse, per l'esperienza giuridica pratica. Ma l'autore delle *Quaestiones* sembra andare contro corrente. La sua invettiva contro l'ordine giuridico ereditato dai regni barbarici, la polemica contro le cattive leggi 'personali' e le innumerevoli consuetudini, l'invocazione di una scienza giuridica risanatrice, non si intonano con l'ipotesi di un giurista noncurante di quel che si veniva facendo dagli arbitri o nelle *curiae*.

Se poi volgiamo lo sguardo ai giudizi *de facinore*, emergono almeno tre non piccoli motivi di contraddizione tra quel che l'autore delle *Quaestiones* vedeva accadere intorno a sé e quel che diceva di aver visto entrando nel tempio della Giustizia. Penso all'azione, alla prova, ai poteri del giudice. La giustizia praticata sembrava avere poca familiarità con il sofisticato mondo delle azioni, dominio dei giuristi e nucleo determinante in cui si poteva pregiudicare la natura stessa del processo e, talora, la piega che avrebbe preso <sup>(37)</sup>; ne aveva ancora abbastanza, invece, con il carattere ordalico della prova <sup>(38)</sup>;

---

<sup>(37)</sup> Non è senza senso che negli stessi anni in cui il nostro ignoto autore scriveva le *Quaestiones de iuris subtilitatibus*, un altro ignoto autore componeva il *Tractatus criminum*, la prima esposizione monografica, per così dire, della materia penale dopo la rinascita della scienza giuridica nel secondo millennio (una edizione critica, preceduta da accurati *Prolegomena*, ci viene ora da G. Minnucci, *Tractatus criminum saeculi XII*, Monduzzi, Bologna 1997). Nel *Tractatus criminum* tema centrale sembra proprio la questione dell'azione penale, imperniata sulla logica romanistica dell'*accusatio* ed orientata, di fatto, verso un'opzione per lo *iudicium publicum*. Anche qui una testimonianza ottativa, si direbbe, nel mezzo di una realtà praticata che stava da tutt'altra parte. Va aggiunto, tuttavia, che proprio nella prima metà del XII secolo si fa largo imperiosa — sia nelle *curiae*, sia nella produzione normativa locale — una pratica che associa allo *iudicium publicum* la necessità di agire *ex officio* (senza composizione, e con pene retributive) quando si tratta di tradimento, violazioni di pace, omicidi, ferimenti, incendi, furti, rapine, falsi, adulteri, rapimenti di donne ed 'altre simili turpitudini'.

<sup>(38)</sup> Nella prima metà del XII secolo erano tutt'altro che desueti i *pravi ritus* del duello, dell'ordalia per la verità, della *cruentatio*, del *sacramentum purgatorium*, più frequenti nelle cause *de crimine*, ma documentati anche in quelle civili (Ch. Wickham, *Legge pratiche e conflitti. Tribunali e risoluzioni delle dispute nella Toscana del XII secolo*, tr. it., Viella, Roma 2000, p. 136). Avevano resistito per secoli a (parziali) condanne sinodali, conciliari e papali (per es., *Decretum*, 2.5.20 e 22) e continuavano a resistere, a dispetto della loro crescente incompatibilità con i tempi nuovi. Saranno infatti i tempi nuovi — con l'avvento di una diversa egemonia culturale e morale — insieme alla 'razionalizzazione' dell'ordine giuridico ed al senso di giustizia testimoniato (per esempio) nell'*Exordium* delle *Quaestiones de iuris subtilitatibus*, a far scomparire quelle consuetudini probatorie. Il merito — grazie alla storiografia 'normativista' — se lo prenderà Innocenzo III, che nel 1215, dando seguito alle deliberazioni del Concilio Lateranense IV con la decretale *Sententiam* (X. 3.50.9) proibì agli ecclesiastici di pronunciare *sententiae sanguinis*, di immischiarsi in *vindictae sanguinis*, di astenersi da qualsiasi attività (medica, ma anche giudiziaria) che comportasse tagli o bruciature, di coonestare in qualsiasi modo riti ordalici (acque bollenti e gelide, ferri incandescenti ed altre simili *purgationes*), ammonendoli infine ad obbedire ai precedenti (numerosi) divieti

ne aveva persino troppo poca, infine, con l'idea dello *iudex publicus*, e comunque con un giudice che impersonasse l'*antistes* <sup>(39)</sup> della *Iustitia*, capace di superare il 'dominio' delle parti per applicare *aequitas* e *rationes* <sup>(40)</sup>.

Considerato questo quadro, l'autore delle *Quaestiones* — col suo senso 'romanistico' delle cose <sup>(41)</sup> — sembra avere di mira, tra l'altro, il grossolano processo portato *olim* da quei popoli che con la forza si impossessarono dell'Italia, imponendole regole irragionevoli

riguardanti i duelli. Questa lunga vicenda è stata minutamente setacciata da sconfinata letteratura. Io mi limito a segnalare J. Gaudemet, *Les ordalies au moyen âge: doctrine, législation et pratique canoniques*, in « Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions », XVII, *La preuve*, II. *Moyen âge et temps modernes*, Éd. Librairie Encyclopédique, Bruxelles 1965, pp. 99-135 (ora anche in Id., *La société ecclésiastique dans l'Occident médiéval*, Variorum, London 1980, n. XV), e la sintesi con bibliografie dedicata alla questione da G. Chiodi, *Il duello giudiziario nella Bologna del '200. Intorno al caso di uno studente milanese*, in *Duelli, faide e rappacificazioni. Elaborazioni concettuali, esperienze storiche*, Atti del Seminario (Modena 2000) a cura di M. Cavina, Giuffrè, Milano 2001, pp. 158 sgg.

<sup>(39)</sup> Il primo sacerdote. L'immagine del « *iudex antistes Iustitiae* » stava nella citazione di Crisippo fatta da Aulo Gellio (*Noctes Atticae*, cit., XIV, 4, p. 438): dal significato della figura della Giustizia creata da retori e pittori — scrive Gellio — Crisippo dedusse che il giudice « *qui Iustitiae antistes est, oportere esse gravem, sanctum, severum, incorruptum, inadulabilem, contraque improbos nocentesque inmisericordem atque inexorabilem, erectumque et arduum ac potentem, vi et maiestate aequitatis veritatisque terrificum* ». Sulla simmetria speculare delle qualità del giudice (o del *Princeps iudex*) messe in *feedback* con quelle della Giustizia avrò modo di tornare. L'avrebbero rilevata, perché congeniale alle loro ideologie, giuristi come Bonaguida da Arezzo, Jacques Cujas, François Hotman, Guillaume Budé (cfr. E.H. Kantorowicz, *I due corpi del re*, cit., p. 95), ma altri se ne possono aggiungere, da Baldo degli Ubaldi ad Andrea Alciato, da Joos Damhouder a Benedict Carpzov.

<sup>(40)</sup> Leggo in Ch. Wickham, *Legge, pratiche e conflitti*, cit., p. 264, che perfino Bulgaro — che come gli altri tre dottori non disdegnava di mischiarsi alla pratica facendo ogni tanto da giudice — si trovò a sentenziare, nel 1159, « *partim convencione et consensu utriusque partis, partim ratione* ».

<sup>(41)</sup> Gli sta a cuore un modello 'romano' di potere e di ordine. Bisogna, dice, unificare leggi, diritto e *potestates* sotto un unico *imperium*, ovvero adattarsi all'idea che esistano molti regni, se non si ha la forza di cancellare i « *multa diversaque iura* ». E l'imperatore, come già fecero i suoi lontani predecessori, impari a giovare del diritto, ora che ci sono scuole e giuristi che possono farglielo conoscere, e con quello, corretto e aggiornato da chi sa farlo, governi popoli e terre (*Quaestiones d.i.s.*, cit., II, *De iure naturali, gentium et civili*, 16, 176-183 e V, *De veteri iure enucleando*, 9, 74-83).

(« [quae] ipsi dicunt leges ») e il giogo di leggi personali e consuetudini, così numerose e disparate da far dire che « totidem fere leges habeamus quot domos » (42). Un processo viziato da irrazionalità per il modo in cui si avvia o mette insieme le prove, ma anche snaturato — *adulterinus* (43) — quanto al rilievo e all'intento. Perché il suo intento può essere frustrato dall'*exactio pecuniae*, che esclude la pena anche là dove « agitur de crimine ». Mentre il suo rilievo — e lo si percepirà sempre di più nel tempo — è umiliato dal dominio delle parti che fanno e disfano, tendono a rendere *mercalis* ogni diritto per poi liquidarlo, disarmano il giudice accordandosi e lasciando cadere le accuse. Così facendo esse traviano il processo, consegnandolo ad una logica distorta (44). Tanto più *in criminalibus*, quando per incoraggiare la concordia e per andare verso la *pax*, ci si allontana dalla *iustitia*, favorendo incresciose collusioni tra il colpevole e chi lo accusa (45).

Di lì a qualche decennio, la *ratio* avrebbe sempre più fatto pesare nell'*ordo iuris* l'implicito *normativo* presente nel suo 'côté romanistico', incardinando la giustizia nella sfera politica e riferendola esclusivamente al potere. La *Iustitia* si sarebbe quindi corredata di strumenti nuovi, cessando di essere soltanto un 'principio ispira-

(42) *Quaestiones d.i.s.*, cit., II, *De iure naturali, gentium et civili*, 16, 165-170.

(43) « Sunt enim omnia adulterina iura que consistunt in sola exatione pecuniae, sive de civili agatur sive de crimine » L'espressione stavolta non viene da un giurista ma da Ralph Niger, *an English chronicler* che scrive nella stessa fase delle *Quaestiones*, seppure in altro contesto, propugnando gli stessi principi (leggila in L. Schmutge, "Codicis Iustiniani et Institutionum baiulus". *Eine neue Quelle zu magister Pepo von Bologna* in « Ius Commune », 6, 1977, p. 3). Nell'ormai famoso passaggio dedicato alla *Iudicum insolentia* del suo *Moralia regum*, esalta la razionalità e l'equità delle leggi (romane) insieme all'opera dei *boni iudices*, non tralasciando di stigmatizzare i *pravi ritus iudiciorum* (le pratiche ordaliche, nel gergo giuridico di quella fase): sta in H. Kantorowicz, *Rechtshistorische Schriften*, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe 1970, pp. 241-244.

(44) Simili pratiche fanno sì che alcune delle virtù *filiae iustitiae* non trovino ingresso nel giudizio: non la *veritas*, né l'*observantia*, e nemmeno la *vindicatio*.

(45) Già in quel torno di tempo, o pochissimo dopo, si fa strada, specie nella sensibilità della Chiesa, qualche perplessità sulla ragionevolezza di una giustizia penale che si riduca, di regola, agli accordi tra le parti. Bisogna *detegere* la *collusio* per « subtilius perscrutare » che non nasconda ragioni inammissibili. Guardare bene se accusato e accusatore « inter se fecisse gratiam [et sit concordia comparata] [...] non ex charitate, sed ex praemio eorum », dice la decretale *Scripta* (X.5.22.1).

tore', o un'idea. Da virtù che era si sarebbe trasformata in categoria politica e etica, da mediatrice ideale <sup>(46)</sup> in attrice primaria: strumento privilegiato della emersione di una forma politica nuova che, per assicurare l'ordine e guadagnare egemonia, assorbirà progressivamente dentro la funzione giustizia le sparse maniere di risoluzione dei conflitti, imponendo il diritto della *respublica* e dando vita al penale. L'affermazione di poteri cittadini di tipo nuovo nel corso del Duecento e poi l'avvento dello Stato moderno le conferiranno uno statuto etico-politico a sua volta produttivo di nuove simbologie, metafore e rappresentazioni.

## 2. *L'avvento del penale. La Giustizia non è più una virtù*

La seconda metà del Duecento è fase di straordinario interesse nella vita culturale, politica e giuridica delle città dell'Italia centro settentrionale. Nel giro di pochi decenni gli ordinamenti podestarili sono investiti da una crisi profonda, il conflitto per il potere si fa violento, le prassi giudiziarie *in criminalibus* si trasformano insediando il giudice (pubblico) alla guida del processo, i giuristi riorientano la propria funzione misurandola sui conflitti delle città e il diritto viene afferrato dalla politica.

È la fase in cui la convergenza tra le pratiche degli *iudices potestatum* e le teorizzazioni di giuristi come Guido da Suzzara e Alberto da Gandino, installa nel sistema cittadino un ordine penale pubblico <sup>(47)</sup>, ed è allora che *il penale*, in quanto tale, fa la sua apparizione e si insedia nell'ordine giuridico coi suoi caratteri di necessità, pubblicità, retributività. Non si tratta soltanto del passaggio da una procedura ad un'altra, come da tempo è stato notato, ma

---

<sup>(46)</sup> Nella raffigurazione delle *Quaestiones de iuris subtilitatibus*, dice E.H.Kantorowicz, *I due corpi del re*, cit., p. 96, « la *iustitia* è un'idea o una dea. È infatti una 'premessa extra-giuridica' del pensiero giuridico. E come ogni idea, essa ha anche una funzione mediatrice, come *iustitia mediatrice*, fra le leggi divine e quelle umane, o fra la ragione e l'equità ».

<sup>(47)</sup> Il punto d'appoggio tecnico dell'operazione sta nella manipolazione della titolarità dell'azione penale; quello 'etico-politico' nella necessità che i delitti non restino senza punizione. Un'analisi ravvicinata è in M. Sbriccoli, « *Vidi communiter observari* ». *L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in « Quaderni fiorentini », 27, 1998, pp. 231-68.

della costruzione di una dimensione giuridica nuova, conseguenza della trasformazione della natura stessa dei poteri pubblici. In quegli anni si avvia una protoforma di Stato che trova proprio nel processo penale il primo dispositivo per la sua affermazione. Il nuovo giudice, che cessa di essere un arbitro per farsi accusatore e decisore, inquirente e giudicante, è il suo primo institore; la Giustizia non ha più molto da mediare tra cielo e terra e c'è da dubitare che resti ancora, nel senso antico, una Virtù.

Dovrei ricordare a questo punto che l'avvento del penale non si consuma in un *fiat*, e che l'egemonia del potere punitivo pubblico impiegherà qualche secolo a divenire (formalmente) monopolio della potestà punitiva degli Stati. Quell'egemonia, pur crescendo nel tempo, farà lungamente i conti col *gravamen* della negoziazione, con la vischiosità delle pratiche, con l'indeterminatezza del *ius* e con l'incostante condotta dei giudici. Ma non è il caso che io riesponga qui riflessioni che ho già più volte proposto altrove <sup>(48)</sup>.

Quel che va detto, tornando al fine di questo scritto, è che — almeno in area italiana, in quella fase — un sistema penale così fatto proietta un'idea di Giustizia a più facce. Quella che procede dall'alto è risoluta ma moderabile, frenata nei fatti da una miriade di poteri secondari diffusi, soggetta all'influenza di famiglie, professioni, ceti, poteri corporati e privilegi, impedita dalle sue debolezze strutturali e sovente costretta a fermarsi sulla soglia delle autonomie comunitarie. Quella minuta, quotidiana e locale è implacabile e spicciativa con i *sans aveu*, ma ampiamente negoziata nei confronti degli appartenenti alla comunità, per i quali il penale resta 'trattabile': risarcitorio per le vittime e 'medicinale' per gli autori, in genere paternalistico e se del caso indulgente.

Come è possibile chiudere in una sola <sup>(49)</sup> *imago Iustitiae* una

---

(48) Chi volesse potrebbe riferirsi alla sintesi più recente: M. Sbriccoli, *Giustizia criminale*, in M. Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Laterza, Roma-Bari 2002, pp. 163-205.

(49) Una sola *imago Iustitiae*? Si sa, e ne analizzeremo il senso, che la Giustizia ha correntemente gli identificativi della bilancia e della spada. Ma non sempre le immagini della Giustizia sacrificano al modello. Abbiamo le Giustizie tutelari che sostituiscono il globo alla bilancia (vedi nota 89), ma non solo. Intorno al 1335 (o piuttosto 1354?), quando la bilancia era già tante volte comparsa nelle mani della Giustizia, Niccolò da Bologna illustra la *Novella in libros Decretalium* di

realtà così articolata, quando si sa che essa corrisponde largamente all'idea che i consociati hanno della giustizia penale?

### 3. *Il modello triadico a Padova e Siena*

Quando, tra 1304 e 1306, Giotto dipinge la sua *Iusticia* [fig. 4] nella Cappella degli Scrovegni a Padova, l'avvento del penale si è già consumato, l'incriminazione è da tempo arnese di lotta politica e i processi hanno sempre più spesso i caratteri ferrigni dell'inquisitorio aggressivo. Eppure, la sua Giustizia, virtù in mezzo ad altre, ha ancora l'impronta della triade *Ratio, Iustitia, Aequitas* che un secolo e mezzo prima era stata 'sculpita' nel Tempio delle *Quaestiones de iuris subtilitatibus*. L'allegoria giottesca echeggia la Vergine Maria (ha la corona chiusa della *Regina Coeli*, il velo virginale e il manto della *Mater misericordiae*, largo e lungo fino ai suoi piedi) ed è posta

---

Giovanni d'Andrea con una Giustizia coronata che ha la spada nella destra, nella sinistra un libro e *Nerone l'iniquo* sotto i piedi (vedila in E. Gombrich, *Immagine simboliche. Studi sull'arte del Rinascimento*, Einaudi, Torino 1978, tav. 77); Kissel, *Die Iustitia*, cit., p. 25, ne pubblica una praticamente replicata nel XV secolo: nel libro che tiene si leggono, tra altre, le virtù dell'elenco ciceroniano (vedi nota 15); una giustizia con corona, spada e libro che soverchia Nerone si trova miniata in un altro codice del XIV secolo, ed è documentata da Schild, *Gerechtigkeitsbilder*, cit., p. 107. Molto tempo dopo, tra 1529 e 1535, Domenico Beccafumi dipinge due piccole Giustizie nella Sala del Concistoro del Palazzo Pubblico a Siena, una con spada e corona (come duecento anni prima aveva già fatto Lorenzetti nelle stanze dei Nove), l'altra senza spada, ma con bilancia e compasso, certo evocando Isaia 28, 17: «Et ponam in pondere iudicium et iustitiam in mensura». Da attribuire a Beccafumi è una Giustizia con spada e palma (attributi in conflitto, si direbbe), con appoggiata sul capo una bilancia che la inquadra col bilico inclinato, densa di allegorie complicate, che sta a Lille, *Musée des Beaux-Arts*. Agli antipodi cronologici di questa ne troviamo un'altra (1160 ca) che non ha ovviamente la spada e che invece che pesare raddrizza e assesta, avendo al posto della bilancia un archipendolo e una squadra; Kissel, *Die Iustitia*, cit., p. 30, vi vede *Winkelmesser und Senkblei*, un goniometro ed un filo a piombo. Cesare Ripa (*Nova iconologia [...]* arricchita di molti discorsi pieni di varia eruditione, P.P. Tozzi, Padova 1618, riedita a cura di P. Buscaroli, prefaz. di M. Praz, Fogola, Torino 1986, II, p. 92) rappresenterà proprio con identici archipendolo e squadra l'allegoria dell'*Ordine dritto e giusto*, facendo riferimento ad un modello egizio narrato da Pierio Valeriano. Ripa attribuisce l'archipendolo anche all'*Etica* e al *Giudizio*, al quale assegna inoltre squadra, regolo, e compasso.

in una cappella tricuspidata, praticamente la stessa in cui metterà, nel 1310, la *Madonna in trono* degli Uffizi. Essa non regge la bilancia, come talora si è detto, perché la bilancia (che è ovviamente 'alla greca' <sup>(50)</sup>) è retta in mezzo al giogo da un sottilissimo (e volutamente 'invisibile') filo che funge da bilico e scompare in alto: là dove stava la *Ratio* nel Tempio delle *Quaestiones*, e dove noi possiamo intuire la presenza di un *Iudex* supremo, o collocare la trascendenza <sup>(51)</sup>. Non regge la bilancia, dicevo, ma la governa <sup>(52)</sup>, e procura che 'sia pari', proprio come faceva l'*Aequitas* delle *Quae-*

---

<sup>(50)</sup> In uno studio sulle allegorie della Giustizia non dovrebbe mancare un discorso sulla bilancia. Io dirò poco. Niente della psicostasi degli egizi, della sua diffusione a Roma, della bilancia del Giudizio e di quella dell'Arcangelo Michele. Ripeterò una cosa che già si sa: la bilancia, in età medievale e moderna, sta come garante e vettore dell'equità, è il tramite delle parti ben fatte, lo strumento che dice il *tantumdem*: è l'antonomasia della giustizia commutativa e dello scambio eguale, metafora potente della giustizia negoziata. Quindi deve essere alla greca (bilico, giogo, e due piatti), perché la stadera romana (gancio, stilo, romano e un piatto) misura a fronte di un criterio prestabilito dalla pezzatura del romano: è un'altra idea di giustizia, adatta a sistemi in cui domina in assoluto la legge, che con le sue regole inflessibili fa appunto la parte del romano: metafora possibile della giustizia egemonica. Mi limito a indicare due titoli: M. Larocque, *Le symbole de la balance*, La Pensée Universelle, Paris 1991; Ch.-N. Robert, *Naissance d'une image: la balance de l'équité*, in « Justices. Revue générale de droit processuel », 9, 1998, pp. 53-64, e faccio parlare Joos Damhouder: « Porro bilanx (quam in Iustitiae sinistra conspicis) iudicis accuratam causarum et partium indagacionem, observationem, cum plena earundem cognitione significat, sicut de causarum differentia et veritate prius cognoscat, quam ad iudicandum sese accingat » (J. Damhouder, *Praxis rerum criminalium* (1554), Ap. Io. Ant. Bertanum, Venetiis 1572, cap. CLIV, n. 3, ante med.). Sul capitolo CLIV della *Praxis rerum criminalium* di Damhouder, dedicato alla simbologia delle Giustizie raffigurate, vedi il § 7 e la nota 133.

<sup>(51)</sup> Di un *filo della trascendenza* discute E. Mâle, *L'art religieux de la fin du Moyen âge en France. Étude sur l'iconographie du Moyen âge et sur ses sources d'inspiration*, A. Colin, Paris 1908, p. 314.

<sup>(52)</sup> Tengono pari la bilancia sostenendo lievemente i piatti la *miserecordia* e la *pietas* nel Trittico smaltato di Stablo riprodotto da Kantorowicz (vedi nota 22): le mani della *Iusticia* giottesca interpretano quelle due parti. Una tradizione che permane a lungo vuole che la Vergine (madre indulgente) cerchi quando può di 'flettere' il giudizio di Dio (padre severo): qui può essercene l'occasione (cfr. A. Tenenti, *L'attesa del giudizio individuale nell'iconografia del Quattrocento*, in Id., *Crederenze, ideologie, libertinismi tra medioevo ed età moderna*, Il Mulino, Bologna 1978, pp. 33-34.

*stiones*, che provvedeva a che i piatti restassero in equilibrio <sup>(53)</sup>. A ben guardare, nell'allegoria degli Scrovegni, non è la Giustizia che pesa, perché chi pesa deve *reggere* la bilancia, come facevano — e come faranno — tutte le altre Giustizie raffigurate <sup>(54)</sup>: in effetti, quella Giustizia scolara nell'*Aequitas*. Del resto, l'esile giogo appena accennato e quel bilico filiforme che riducono l'attrezzo ai soli piatti (essi sì ben visibili), ottengono l'effetto che certamente Giotto ha cercato: la sua Giustizia appare essa stessa come una bilancia: ne ha la postura, e le sue mani sono raffigurate quasi nell'atto di 'soppesare' i due angeli che stanno sui *lances*, come per 'proporzionare' le loro rispettive azioni mentre, in ossequio alla giustizia distributiva, l'uno premia un giusto e l'altro punisce un reo.

Preso a sé, la *Iusticia* di Giotto sembra orientarsi, come dicevo, verso una forma sostanziale di ragionevole equità: attenta alle ragioni di ognuno, indulgente per inclinazione ma severa se necessario, e che ciascuno abbia il suo. È la giustizia della bilancia. Essa pesa torti e ragioni, procura e verifica l'equivalenza degli scambi, mostra chi avendo di meno deve avere di più. Chi *iuste iudicat*, si leggeva nel *Decretum*, ha in mano una bilancia ed usa insieme la giustizia e la misericordia: la prima per rendere giustizia al peccatore, la seconda per mitigargli la pena <sup>(55)</sup>. La bilancia è l'oggettivazione della giustizia negoziata, il tramite della transazione e dell'accordo: è essa che permette di trasformare in risarcimento e soddisfazione il danno ed il torto.

È evidente, perciò, che Giotto non aveva in mente la giustizia *penale*, e tanto meno quella tutt'altro che indulgente che si veniva praticando ai suoi tempi. La serie degli Scrovegni, del resto, raffigura la Giustizia in mezzo ad altre virtù, in una concezione che rinvia a quella aristotelica: virtù civica per eccellenza dalla quale discendono

---

<sup>(53)</sup> « [...] lance prorsus equabiles per manus Equitatis trutinabat »: pesava a piatti messi perfettamente in equilibrio dalle mani dell'equità » (*Quaestiones d.i.s.*, cit., *Exordium*, 4, 43-47).

<sup>(54)</sup> Tranne l'altra che da questa deriva, affrescata a Siena da Ambrogio Lorenzetti.

<sup>(55)</sup> « Omnis, qui iuste iudicat, stateram in manu gestat, et in utroque penso iustitiam et misericordiam portat; sed per iustitiam reddit peccanti sententiam, per misericordiam peccanti temperat poenam: ut iusto libramine quaedam per aequitatem corrigat, quaedam vero per miserationem indulgeat » (*Decretum*, I, 45, 10).

le altre, fatta di obbedienza alle leggi e di uguaglianza; leggi divine e naturali, chiarisce l'interprete cristiano, e un'uguaglianza che è piuttosto equità. Al primo sguardo, verrebbe da dire, non si va molto oltre il didascalico e l'edificante, perché quella figura resta nell'ambito della *Iustitia virtus*, è allegoria di una costruzione ideologica e non sembra interferire in alcun modo con la realtà della politica, o con la giustizia in corso nelle città italiane. Nella fascia sottostante, però, si vedono scene che fanno pensare a benessere e *pax*, con fanciulle che danzano alludendo alla *iocunditas* (richiamata nell'iscrizione) e cavalieri che vanno e vengono, suggerendo insieme armonia e prosperità: una chiara allusione ai benefici effetti della buona giustizia.

Ciò detto, non deve neanche sfuggire il fatto che l'*Iniustitia*, collocata nella Cappella in posizione rivale, è rappresentata da un tiranno unghiuto ed armato <sup>(56)</sup>, inscritto in una fortezza merlata (ma già segnata da crepe), circondato da una selva, che è « immagine antica e immediatamente comprensibile del male e dell'errore » <sup>(57)</sup>, con ai piedi scene di uccisioni e spoliazioni, alle quali sembrano assistere uomini d'armi incuranti o impotenti. Una piccola protoallegoria del governo ingiusto. Se, come è ovvio, interpretiamo l'intenzione dell'artista alla luce di *entrambe* le raffigurazioni, va detto che per Giotto deve aver avuto un senso disporre una Giustizia inerme a fronte di un'Ingiustizia armata. Una lieve eco di quel che accadeva da qualche decennio in tante città italiane, e che sarebbe poi dilagato nella *tota Ytalia* <sup>(58)</sup>, sembra così risuonare in quelle immagini.

Mi sposto per un po' a Siena, ultimi anni trenta del Trecento.

« La *Iustitia* lorenzettiana, come è noto, presuppone il modello lasciato oltre trent'anni prima da Giotto a Padova, nello zoccolo

---

<sup>(56)</sup> Cfr. Schild, *Gerechtigkeitsbilder*, cit., p. 135, e Robert, *Une allégorie parfaite*, cit., p. 67. Certo non un giudice, come pare si sia ritenuto per molto tempo.

<sup>(57)</sup> Segno dello stato di peccato, di smarrimento e traviamiento, anticamera dell'Averno già in Virgilio, prima ancora che in Dante: A.M. Chiavacci, *Commento alla Commedia*, I. *Inferno*, Mondadori, Milano 1991, pp. 8-9.

<sup>(58)</sup> « [...] hodie Ytalia est tota plena tyrannis ». Come ben si sa, Bartolo da Sassoferrato l'avrebbe scritto (riecheggiando Dante) esattamente cinquant'anni dopo, nella chiusa del suo *De regimine civitatis*.

della Cappella degli Scrovegni: che, opponendo *Iusticia* e *Iniustitia*, regine delle rispettive serie di vizi e virtù e corredate dall'illustrazione dei loro effetti, è un vero e proprio incunabolo del ciclo senese » (59).

Da qualche tempo s'è riaccesa una larga, vivace e attraente discussione che sta passando al vaglio di una fertilissima revisione *Il buono e il cattivo governo e i loro effetti*, dipinto da Ambrogio Lorenzetti tra il 1337 ed il 1340 per le stanze dei Nove nel Palazzo Pubblico di Siena. Non è il mio campo e non c'entrerò, per manco d'ali. Guardo solo alla Giustizia rappresentata da Lorenzetti, quella legata al *Buon governo* e raccordata da tanti legami al Comune *sibi princeps* [fig. 5]; guardo alla sua morfologia ed all'intreccio di concetti giuridici di cui è costituita.

Essa mi appare come l'ultimo rigoglioso *exemplum* di quella 'tradizione' compositiva triadica il cui lontano primo seme sta nella costruzione dei Troni di Grazia che raffiguravano la Trinità. Quella tradizione non è probabilmente estranea alle sequenze verticali tante volte replicate in timpani, catini, pavimenti o fronti d'altare, romani e gotici; la avvertiamo, felicemente onorata, nella visione delle *Quaestiones de iuris subtilitatibus* che riesce con quello schema figurativo a dirci che *Ratio*, *Iustitia* ed *Aequitas* sono in un rapporto di tale connessione e dipendenza da poter essere 'disegnate' in un intreccio *facticius* che, mantenendole distinte, le risolve tuttavia nell'*unicum* della Giustizia. Non mi sembra perduta nella Giustizia patavina di Giotto, che 'ripete' a modo suo la sequenza *ratio-Giustizia-equità*, riproponendola con geniali allusioni (per intenderci, non alla bizantina, non alla 'gotica') nella concatenazione verticale di *filo/trascendenza-Giustizia-piatti/equità*.

Nella versione di Lorenzetti, per quanto ormai remota dai modelli originari, spira una certa aria di famiglia. Lo scheletro è ancora quello. La *Sapientia* (« che è il sinonimo o il sostituto della *Ratio* del *Templum Iustitiae* » ha scritto esattamente Kanto-

---

(59) M.M. Donato, *Ancora sulle 'fonti' del Buon Governo di Ambrogio Lorenzetti: dubbi, precisazioni, anticipazioni*, in S. Adorni Braccesi e M. Ascheri (a cura di), *Politica e cultura nelle Repubbliche italiane dal medioevo all'età moderna*. Firenze, Genova, Lucca, Siena, Venezia, Atti del Convegno (Siena 1997), Istituto storico italiano per l'età moderna e contemporanea, Roma 2001, p. 54.

rowicz <sup>(60)</sup>) tiene il filo <sup>(61)</sup> che fa da bilico ad una bilancia che ‘inquadra’ sotto di lei la *Giustizia*, la quale governa i piatti *all’equitativa*, correggendoli con un delicato gioco dei pollici, che è poi quello che faceva anche l’*aequitas* delle *Quaestiones*; alla Giustizia, per la via della bilancia, è ricordata la *Concordia* che tiene sulle ginocchia una grande piolla, attrezzo che smussa lo scabro, parifica e appiana: il più classico *officium aequitatis*. Ancora una volta la concatenazione è *fisica* <sup>(62)</sup>, le figure sono allacciate, o direttamente o per intermediari copulativi. Il percorso è sempre ‘a cascata’, le *virtutes* trascolorano e mutano nel tempo da una compagine all’altra, ma con slittamenti ridotti, che non le allontanano dall’area concettuale stabilita *olim* nel modello delle *Quaestiones* <sup>(63)</sup>.

La Giustizia, scrive Kantorowicz che ne rimase proprio colpito, « è ritratta in grandezza maggiore del naturale, veramente una *puella erecta in coelum, e aspectu vehementi et formidabili* » <sup>(64)</sup>. È possibile che nella sua raffigurazione ‘fuori scala’ ci fosse un’allusione a *Thémis*, la divinità greca che rende sacro il contratto tra i membri di una stessa comunità, il cui nome richiama etimologicamente la costanza di un ordine stabile, e che era una Titanessa <sup>(65)</sup>. Questa *Iustitia generalis*, per usare una categoria aristotelica, è rappresentata

<sup>(60)</sup> Kantorowicz, *I due corpi del re*, cit., p. 97.

<sup>(61)</sup> L’idea del filo che regge la bilancia, che quasi incornicia la Giustizia, verrà ripresa (fuori tempo, fuori contesto, ai limiti dell’anacronismo) da Domenico Beccafumi, che più di una volta si è lasciato influenzare dalle concezioni di Lorenzetti, nella *Giustizia* di Lille (vedi nota 49).

<sup>(62)</sup> Guardando la Sapienza di Lorenzetti, « comprendiamo finalmente — ha scritto Kantorowicz, *I due corpi del re*, cit., p. 97 — che cosa avesse in mente l’autore delle *Quaestiones* quando diceva che la Ragione è ‘reclinata sul capo della Giustizia’ ». Più che reclinata, traducendo alla lettera, si dovrebbe dire *sdraiata* sul capo della Giustizia (*in vertice recumberebat*): la *Sapientia* di Lorenzetti non lo è, e il suo *contatto* con la Giustizia è mediato dalla bilancia.

<sup>(63)</sup> Stavolta la sequenza è: *sapienza - Giustizia - piatti + piolla/equità*.

<sup>(64)</sup> Kantorowicz, *I due corpi del re*, cit., p. 97

<sup>(65)</sup> *Thémis* era di origine divina. Nell’epopea si intende per *thémis* la prescrizione che fissa i diritti e i doveri di ognuno sotto l’autorità del capo del *génos*. La radice sanscrita del suo nome raccoglie una famiglia di significati che incorpora *luogo, legge, regola, base, fondamento, stabilire e stabilità* (cfr. E. Benveniste, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, II. *Potere, diritto, religione*, Einaudi, Torino 1976, pp. 359 sgg.). Nella pittura vascolare regge talora una bilancia.

contestualmente alle sue tre epifanie (o ai suoi tre *modi*, come predicava proprio in quegli anni Domenico Cavalca <sup>(66)</sup>), impegnate a vendicare, distribuire e commutare. Dei due angeli che, posti sui piatti della bilancia alla maniera di Giotto, si incaricano delle tre funzioni, quello di destra consegna ai cittadini metri e misure <sup>(67)</sup> perché possano regolare e controllare la correttezza degli affari e degli scambi, e praticare, restando in pace, la giustizia commutativa; quello di sinistra, punendo un malvagio con la spada e onorando un virtuoso con la corona, iscrive in una metafora della giustizia distributiva ('ognuno avrà quel che merita') il tropo di quella punitiva <sup>(68)</sup>. Ma non basta. La mera somma di premi, punizioni e retti traffici potrebbe non realizzare veramente il *bonum commune*: la *Iustitia magna*, se posso chiamarla così, che quelle sue *species* compendia e trascende, ci mette allora del suo. Essa (che non ha spada, e non regge la bilancia) applica la sua *voluntas* al gioco dei piatti per correggerli all'occorrenza *proportione comparata, sive geometrica*, che vuol dire in spirito di equità. La giustizia infatti, altro non è che *aequitas* che prende forma per un *atto di volontà* <sup>(69)</sup>.

Tutto questo, irradiandosi *per ligamina* cospira a produrre concordia. È vero che la *Concordia* di Lorenzetti sembra avere a che

<sup>(66)</sup> « La Giustizia è in tre modi, ovvero si divide in tre parti [...] vendicativa, che sta in punire [...] commutativa, che sta in non ingannare e soddisfare i debiti [...] distributiva, che sta in distribuire il bene ed il male, ed onore e vergogna, a ciascheduno, secondo che è degno » (*Lo specchio della croce*, a cura di T.S. Centi, Studio Domenicano, Bologna 1992, p. 87).

<sup>(67)</sup> Assolutamente convincente la lettura data da Donato, *Ancora sulle 'fonti' del Buon Governo di Ambrogio Lorenzetti*, cit., pp. 56-57. L'angelo consegna una canna e uno stajo. Devo ringraziare Maria Monica Donato per le indicazioni che ha saputo darmi nel corso di una sola breve conversazione.

<sup>(68)</sup> Vale la pena di notare che anche qui, intenzione o caso, oltre a quella che la sovrasta ed a quella che le sottostà, abbiamo *sei figure* che affiancano la Giustizia. Tre da un lato, tre dall'altro, secondo uno schema retorico-figurativo (stavolta osservato solo quanto al numero) che abbiamo già incontrato e incontreremo ancora.

<sup>(69)</sup> L'equità « [...] redacta in voluntate dicitur iustitia [...] »; ovvero: « [...] si talis equitas in voluntate hominis perpetuo sit, iustitia dicitur [...] »; o anche « [...] equitas [...] quae et iustitia est ita demum, si ex voluntate redacta sit: quicquid enim equum, ita demum iustum si est voluntarium [...] » (cfr. E. Cortese, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, II, Giuffrè, Milano 1964, p. 4 nt. 5).

fare più che altro con la *paritas* <sup>(70)</sup>. Ma proprio perché quel « livellato corteo di cittadini », così come fa anche la pialla, « specifica *Concordia* in un senso ‘egualitario’ » <sup>(71)</sup>, essa non può dirsi estranea all'*aequitas*, e di fatto non ne prescinde <sup>(72)</sup>. Essa raccoglie, riunisce e tiene le corde che scendono dai due piatti, che sono il *pensum aequitatis*; è quindi essa il terminale, per così dire, del buon equilibrio delle ‘tre giustizie’ al quale bada *Domina Iustitia* aggiustando *aeque* la bilancia. Potrei aggiungere che ‘senza equità non c’è concordia’ ed andare avanti per un pezzo.

Il fatto è che queste allegorie della Giustizia — e quella di Siena con le altre — mandano tutte un messaggio di *integrata coesione*: tutto si tiene, ogni idea rappresentata si intreccia alle altre, nessun valore si realizza se gli altri valori non operano. Allo stesso tempo, i ‘discorsi’ che l’affresco contiene fanno necessariamente i conti da una parte con la *respublica*, che vuole la sua parte di celebrazione legittimante e quindi di ‘alto linguaggio civile’; dall’altro con la gente che lo guarderà, che si trova a miglior agio con le ‘figurette’ e con le ‘scene’, piuttosto che con le metafore erudite, per le quali ha bisogno di *tituli*. Ne viene che l’approccio interpretativo più affidabile per quest’opera — come per tutte le altre del suo genere — sembra

---

<sup>(70)</sup> Nella logica della giustizia, la concordia è *inter pares* (per es. *concordia fratrum*). Un cenno nel Bartolo citato in Kantorowicz, *I due corpi del re*, cit., p. 97, nt. 77.

<sup>(71)</sup> Donato, *Ancora sulle ‘fonti’ del Buon Governo di Ambrogio Lorenzetti*, cit., p. 58, nt. 33.

<sup>(72)</sup> Un risalente insegnamento fondava l’equità sull’uguaglianza (*aequitas idest aequalitas*), ed un celebre *dictum* di Cicerone (*Topica*, 4, 23) la designava come ciò che “in paribus causis paria iura desiderat”. Ma non bisogna dimenticare che Cicerone (come anche Aristotele), prima di finire per allusioni nell’affresco di Lorenzetti è stato mille volte mediato. Da Agostino, che lo aggiorna legando lo spirito di unità e la concordia alla *città*; da Tommaso, che riferendosi ad un testo agostiniano, distingue fra concordia e pace: « La vera concordia [...] non è un generico e occasionale consentire reciproco, ma la stabile e ordinata cooperazione di tutti » (P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 1, *Dalla civiltà comunale al Settecento*, Laterza, Bari 1999, p. 20). Non poteva avere Cicerone la concezione della *città come ordine e corpo* (Costa, *Civitas*, cit., pp. 13 sgg.) che ci viene incontro dall’affresco, ed anche la nozione di *aequitas* che vi troviamo non può dirsi ‘visione ciceroniana dell’*aequitas*’: quella è una visione medievale, costruita da giuristi che avevano sì letto Cicerone e Aristotele, ma con intelletto medievale.

quello che cerca di misurarsi con la sua ‘tradizione iconografica’ e con le circostanze politiche in cui venne concepita, dalle quali non va separato il ‘pubblico’ a cui era destinata. E se è certo che la *struttura complessa della raffigurazione* incorpora in alcune sue parti il ‘debito’ nei confronti del pensiero politico classico (mediato peraltro dall’esperienza giuridica medievale), convengo tuttavia con chi ci ricorda che l’*explanandum* sta sulla parete, e non nei libri degli *auctores* <sup>(73)</sup>.

Ma nell’affresco di Lorenzetti c’è una seconda Giustizia. La vediamo sulla destra, ultima delle virtù cardinali, cinta come le altre sue compagne da una corona; impugna una spada che appoggia sulla testa tagliata di un giustiziato e tiene nella mano sinistra un’altra corona. Volendo restare nelle simmetrie dei rimandi ai retroterra colti, ove la *Iustitia magna* alludesse a *Thémis*, questa alluderebbe a *Dike* <sup>(74)</sup>, se quella fosse la giustizia *generale* di Aristotele, questa potrebbe essere la giustizia *particolare* <sup>(75)</sup>. L’affresco ci dice a) che si tratta della giustizia virtù cardinale; b) che ha il compito di punire (spada in pugno) e premiare (corona in mano), divenendo con ciò il *pendant* dell’angelo del piatto di sinistra, allegoria della giustizia distributiva; c) che insieme alle restanti virtù cardinali (alle quali si sono aggiunte *Magnanimitas* e *Pax*, realizzando il cruciale numero di sei <sup>(76)</sup>) fa da *adessor* al Comune, seduta con le altre sul suo stesso

<sup>(73)</sup> Donato, *Ancora sulle ‘fonti’ del Buon Governo di Ambrogio Lorenzetti*, cit., p. 55 e p. 57.

<sup>(74)</sup> *Dike* è la giustizia nelle relazioni tra soggetti (originariamente tra famiglie). Il suo valore corrisponde al “fatto di mostrare con autorità di parola ciò che deve essere, cioè la prescrizione imperativa della giustizia”. Poi *Dike* diventa, in greco, la giustizia stessa, e quando “interviene per mettere fine al potere della *bía*, la forza, allora *Dike* si identifica con la *virtù della giustizia*, e colui che ha la *Dike* dalla sua è *díkaios*, giusto” (Benveniste, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, cit., II., p. 363 e p. 366).

<sup>(75)</sup> *Etica Nicomachea*, V, 4. La giustizia particolare è una virtù, e si definisce a partire dall’ingiustizia che commette colui che prende più di quanto gli spetti, con riguardo all’onore, alla ricchezza e alla sicurezza. La giustizia particolare può essere ben compresa in rapporto alla nozione di uguaglianza (*isotès*).

<sup>(76)</sup> È il numero ricorrente delle virtù di corteo: per esempio nella raffigurazione delle *Quaestiones de iuris subtilitatibus* e nelle altre, precedenti o coeve, che presentavano la stessa struttura. Ricorrerà anche in alcune delle successive rappresentazioni della Giustizia, tanto da far pensare che il numero cruciale sia in realtà

lungo sedile, che al centro ‘eccede’ e dà forma a un trono; d) che non ha bilancia: non sembra quindi riferirsi alla giustizia praticata, ma restare dentro il paradigma della *Iustitia virtus*. Accade talora che le virtù *cardinali* siano pensate come ‘sostegno’, pilastri o basamento, delle istituzioni che ispirano <sup>(77)</sup>: è possibile che a qualcosa del genere alluda anche Lorenzetti: come se dicesse che il Comune ‘perdurerà’ finché, praticando le quattro virtù che gli siedono accanto, conserverà a Siena la giustizia e la pace, che stanno ai due estremi capi del sedile, quasi al rischio permanente di *exire de civitate*.

Ma io devo tornare alla giustizia criminale. Il ciclo ne propone qualche traccia, ma non ne fa un punto di riferimento sensibile. Dominato dall’idea tutta politica di quella che Kantorowicz ha definito *Iustitia in abstracto*, preoccupato di lavorare piuttosto sull’idea di *concordia*, concentrato sulla questione della conservazione della *libertas* senese, non sembra dare peso ai mutamenti che nel frattempo avevano messo in correlazione le nascenti tirannie con lo strumento ‘operativo’ del processo nuovo.

#### 4. *La spada*

Chi dal canto suo mostra di aver colto il carattere nuovo della giustizia penale è Andrea Pisano, autore di una Giustizia inserita in una formella a rombo nella seconda balza del campanile di Giotto a Firenze [fig. 6], e poi di un’altra formella con una solenne Giustizia impancata, per la sua porta del battistero di San Giovanni, a pochi passi dalla prima [fig. 7]. Siamo nel mezzo degli anni trenta del Trecento: tra il 1334 (circa) <sup>(78)</sup>, anno della prima opera, e il 1336,

---

il sette, la cui autorità ci è nota, costituito dal *sex* unito all’*unum*. Spingendo ancora più oltre le implicazioni della congettura verrebbe da dire che se qui il sette è realizzato con il Comune, altrove esso si realizza con una *Iustitia* sentita come *unum* anche là dove la sua epifania è ‘tripartita’ (nelle diverse combinazioni di intreccio con *ratio*, *sapientia*, *transcendentia*, *aequitas*, o *concordia*).

<sup>(77)</sup> In un esempio tra tanti, Giovanni Pisano, nei primissimi anni del Trecento, aveva scolpito per il pulpito del duomo di Pisa un gruppo con le quattro virtù cardinali che sorreggono la Chiesa (vedi nota 87).

<sup>(78)</sup> Questa datazione, in realtà, non si riferisce al lavoro di Andrea Pisano, ma è legata all’ipotesi che quella Giustizia sia stata ideata da Giotto nell’ambito

anno della seconda. La prima Giustizia veste alla romana, la seconda siede col ginocchio protruso. Entrambe reggono una bilancia e impugnano una spada.

Per la prima volta la Giustizia viene raffigurata, oltre che con la tradizionale bilancia, con un'eloquente spada: non la prima in assoluto in età medievale <sup>(79)</sup>; certamente la prima posta *in ambiente pubblico*, su monumenti che simbolizzano l'anima della città <sup>(80)</sup>. Si avviano un modello figurativo, ed un *uso* di esso, destinati ad una lunghissima durata.

Perché una spada? Restringere la decodificazione al solo versante della minaccia, o nell'allusione al carnefice, non è soltanto riduttivo ma fuorviante. Quella spada è principalmente rivelazione del *ius gladii* <sup>(81)</sup>. Di recente rivendicato dai poteri pubblici cittadini,

della progettazione del campanile, databile intorno al 1334. Non ho alcun elemento per pronunciarmi su quest'ipotesi, né mi interessa di verificarla, fosse solo nei libri, perché non dimentico di essere uno storico del diritto. Posso solo dire che la Giustizia degli Scrovegni e questa del campanile si rifanno a due concezioni giuridiche tra loro diversissime.

<sup>(79)</sup> Mi riferisco soltanto alle rappresentazioni della Giustizia, e non ad altre: infatti, la coppia bilancia-spada era già da tempo praticata nella ricca iconografia dell'arcangelo Michele. Un esempio di giustizia con la spada (e si tratta proprio di un *gladium* romano) si trova sul sarcofago di Clemente II (1247), che sta nel duomo di Bamberg; è una giustizia che ha anche il ginocchio protruso (Kissel, *Die Iustitia*, cit., p. 35).

<sup>(80)</sup> Nella fase in cui Andrea Pisano riceve l'allogazione della porta sud, il battistero di San Giovanni è da tempo, per Firenze, edificio primario, religioso e civico, nel quale si svolgono molte delle più solenni cerimonie pubbliche. Di lì a non molto anche in Orsanmichele, luogo di riferimento politico, oltre che religioso, delle corporazioni cittadine, iniziato nel 1337, comparirà un bassorilievo di Andrea Orcagna con una Giustizia con bilancia e spada databile al 1359: cfr. Schild, *Gerechtigkeitsbilder*, cit., p. 126. Se si va in cerca di primati, però, non bisogna dimenticare la (perduta) giustizia di Giotto per il Palazzo dei Podestà di Firenze che aveva verosimilmente una spada (non so se anche una bilancia) e che precede certamente il 1334.

<sup>(81)</sup> C'è nella nozione romana dello *ius gladii* un elemento di 'straordinarietà' molto congeniale alla fase in cui si afferma *de consuetudine*, e per esigenze politiche, un processo penale *contra ius civile*, secondo la celebre espressione di Alberto da Gandino, *Tractatus de maleficiis*, rubr. *Quomodo de maleficiis cognoscatur per inquisitionem*, ed. H. Kantorowicz, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, vol. II, *Die Theorie. Kritische Ausgabe des Tractatus de maleficiis nebst textkritischer Einleitung*, W. De Gruyter, Berlin u. Leipzig 1926, p. 39.

esso viene così 'notificato' alla città, attraverso un'*imago Iustitiae* assai espressiva, perché tutti sappiano che la giustizia non è più *soltanto* quella amichevole, negoziale, *iusta* ed arbitrare che c'era prima. Le lotte politiche degli ultimi ottant'anni hanno trasfigurato la natura stessa della giustizia *d'antan*, perché hanno travolto le istituzioni comunitarie ed i vecchi assetti concordati del potere. La nuova *Respublica* che ne è nata rivendica il diritto di *punire* i delitti perché ritiene di avere il dovere di tutelare se stessa, il prestigio delle leggi, la pace pubblica e la pubblica utilità: alla bilancia unisce la spada<sup>(82)</sup>, assume la signoria del processo penale e dichiara l'inesorabilità della pena<sup>(83)</sup>. Si crea così quell'*humus* protostatuale necessario a nutrire il penale, che prende forma e poi emerge « au sein de la 'justice' »<sup>(84)</sup>. I materiali tecnici necessari vengono dal diritto romano, e romano è il quadro ideologico che fa del *ius puniendi* una prerogativa dell'*imperium*. Il *ius gladii* è squisitamente arnese romanistico<sup>(85)</sup>.

Se ne accorge Andrea (o Giotto, se è vero che l'ideazione è sua) e mette nella formella del campanile una Giustizia vestita con tunica e pallio, sullo sfondo di un allusivo *opus reticulatum*, con in mano proprio un *gladium*, la spada del soldato romano con lama corta,

---

(82) L'idea veniva da lontano, nasceva ovviamente a Roma, ma aveva avuto i suoi mediatori prossimi già nel secolo precedente. Per esempio Ralph Niger, nei *Moralia regum*, al cap. *De iudicum insolentia*: « Quippe gladius utilis est et admodum decens et usus eius necessarius, et ad propulsandam iniuriam, et ad pacis custodiam, et ad transgressionum ultionem. Verumtamen in manu furiosi debacchatur interdum ad innocentium interneconem. Quanto enim utilior est legitimus usus eius ad rei publice commoditatem, cum bene dirigitur, tanto perniciosior est abusus eius, quando irruente malitia ad malum porrigitur [...] » (Ho messo in corsivo i termini chiave. Vedilo in Kantorowicz, *Rechtshistorische Schriften*, cit., pp. 241-42).

(83) Sbriccoli, « *Vidi communiter observari* », cit., pp. 259 sgg.

(84) Felice immagine che prendo a Ph. Robert e R. Lévy, *Histoire et question pénale*, in « *Revue d'histoire moderne et contemporaine* », 32, 1985, p. 484.

(85) B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Giuffrè, Milano 1998, pp. 229 sgg., per le sue origini nell'ambito della giustizia militare romana, e P. Costa, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Giuffrè, Milano 1969, pp. 345 sgg. per il transito della spada dal significato coattivo dell'arma a quello metaforico di 'potere secolare, politico, statale'.

piatta, a due tagli e appuntita. Come si può vedere, qui non siamo alle allusioni suggestive delle Giustizie *edificanti*, o alla didattica delle Giustizie *espositive*, né ai neoplatonismi delle quattro virtù cardinali. Nella sua semplice essenzialità, il *dictum artificis* di Andrea/Giotto suona come un'analisi colta dei caratteri profondi della giustizia nuova. Questa Giustizia è quasi del genere *ammonitivo* e non fa prologhi in cielo, né spazia lontano. Essa dice ai fiorentini (e *statuisce* di fronte ad essi) che le loro consuetudini penali faranno i conti con una giustizia criminale che non si contenta più della sola bilancia, perché s'è intrisa dei caratteri tipici di un ordine giuridico fondato sulla *potestas plena* e sull'*imperium*. I suoi riferimenti vanno alla giustizia praticata e guardano vicino.

Ha caratteri simili la Giustizia del battistero. L'*opus reticulatum* passa dallo sfondo alla panca e la spada resta un *gladium*. La veste, invece, come sembra giusto, diventa fiorentina: potevano suonare stonati i panni 'stranieri' pensati per l'immagine del campanile: espliciti, certo, ma forse poco adatti a suscitare *feeling* tra la gente.

La spada, in entrambe le raffigurazioni, è *tenuta come un'insegna*, quale in effetti è, statica e perfettamente verticale. È sguainata<sup>(86)</sup> ma non è brandita, né *admenata*, come dicevano certi statuti che ne punivano l'esibizione intimidatoria. In poche parole, io credo che nella concezione di quelle immagini (e, di regola, anche nelle immagini che seguiranno per qualche secolo) la spada non venga mai rappresentata come un'*arma*<sup>(87)</sup>. Intanto, come ho già detto, perché

<sup>(86)</sup> A parte quella di Giovanni Pisano, che commento nella nota che segue, non ricordo di aver visto Giustizie con la spada inguainata, né Giustizie che esibendo la spada nuda (che da *gladium* si trasformerà col tempo in *ensis*, più lunga e diritta, a due tagli), portassero tuttavia anche il fodero. La spada essendo segno del *ius gladii* e simbolo di *potestas*, non è pensabile che venga rinfoderata, come non può essere 'riposto' il potere, quando c'è.

<sup>(87)</sup> È invece soltanto un'arma lo spadone nel fodero al quale, tenendo una bilancia con la destra, sembra appoggiarsi la Giustizia scolpita da Giovanni Pisano, tra il 1302 ed il 1312 per il pergamano del duomo di Pisa. La statua fa parte del gruppo delle quattro virtù cardinali che sorreggono la Chiesa. Siamo dunque nell'area della *Iustitia virtus*, senza che ci sia spazio teorico per il *ius gladii*: lo spadone qui non è un simbolo, ma proprio uno spadone nel suo fodero, serve per difendere la Chiesa ed è questo che lo identifica concettualmente come un'arma. Per chiarire ulteriormente il mio discorso posso aggiungere che anche la spada dell'arcangelo Michele è un'arma. Talvolta rappresentata come una spada di fuoco,

è principalmente la metafora di una *potestas*. Poi perché ridurla all'arma strumento del carnefice escluderebbe la giustizia civile da uno dei tratti dell'allegoria, cosa che non regge. Infine perché la spada porta nella sua storia e nella sua mitologia — in diretto rapporto allo specifico della giustizia — altre e diverse funzioni, incorporando differenti significati, nessuno dei quali ha a che fare con essa in quanto arma.

La spada, teste Salomone e la sua memorabile giustizia, può servire per dividere e fare le parti. È *discrimen* per separare il giusto dall'ingiusto, nell'analisi che ne fa a metà del Cinquecento Joos Damhouder, il celebre criminalista <sup>(88)</sup>. È anche strumento per *risolvere* questioni, secondo la metafora nata davanti al re Gordio quando Alessandro il Grande *sciolse*, tagliandolo, quell'inestricabile nodo. Ma la spada, nelle mani della Giustizia, impugnata 'a modo di scudo' come fa la *Iustitia tutrix* <sup>(89)</sup>, significa anche soccorso, difesa

gli serve per guidare le sue schiere angeliche e per battersi contro draghi e demoni, perché Michele è un soldato. Nella splendida tela di Luca Signorelli, *Vergine col bambino e santi*, 1510-1512, che sta a Cortona nella raccolta dell'Accademia Etrusca, l'arcangelo è in aspetto di *miles*, veste una lorica coriacea e tenendo una spada nella destra, pesa con la sua bilancia i giusti, che volano verso Maria, ed i malvagi, che rovinano nell'inferno.

<sup>(88)</sup> « Vides praeterea iustitiam dextra districtum tenentem gladium, quo nobis significatur aequum iudicem post causas plene cognitatas debere assumere gladium, quo causam iniquam ab aequa dissecat, quo innocentem defensum, tutum et tranquillum reddat » (Damhouder, *Praxis rerum criminalium*, cit., cap. CLIV, n. 3, post med.).

<sup>(89)</sup> Il gesto è codificato: la Giustizia non ha bilancia e tiene la spada con la destra, orizzontalmente, parallela alla linea delle spalle ed alla loro altezza, sopra la testa o appena sotto il collo, mentre con la sinistra regge un globo. È la *Iustitia tutrix*, il cui 'prototipo' viene dipinto da Andrea di Bonaiuto nel *Trionfo di San Tommaso d'Aquino* per il cappellone degli Spagnoli a Santa Maria Novella (1365-67). La Giustizia tutelare è la prima a sinistra di chi guarda, nella schiera di arti, dignità e virtù raffigurate ai piedi del Dottor Angelico.

All'inizio del Quattrocento una *tutrix* viene 'sgraffita' nel pavimento del Duomo di Siena, su disegno (forse) di Martino di Bartolommeo (la riproduce Schild, *Gerechtigkeitsbilder*, cit., p. 129, che però la attribuisce a Duccio di Buoninsegna e la data al 1310, quando il Duomo non era stato ancora 'prolungato' e quella parte di pavimento non esisteva ancora). Le *tutrices* del Pollaiuolo (una, del 1484, sulla pietra tombale di Sisto IV nei Musei Vaticani a Roma ed una, del 1498, sulla tomba di Innocenzo VIII in San Pietro a Roma, entrambe col ginocchio

e protezione: una Giustizia oggi perduta <sup>(90)</sup>, affrescata da Giotto nel palazzo dei Podestà a Firenze, mostrava di poter difendere (o restaurare) il Comune anche con la spada: metafora politica, si dirà, e non giudiziaria, ma sappiamo quanto sia difficile tenere separate le due sfere, specie quando esse vengono saldate insieme nella complessità di un'allegoria. Una giustizia (penale e civile) forte ed operosa è ragione di pace e prosperità per la *Respublica*, ma è anche promessa di riparo per il perseguitato, di tutela per l'indifeso, di ragione per il vessato e di risarcimento per la vittima. Giustizia e politica intrecciate insieme, per l'appunto.

Dove la spada sembrerebbe ridiventare un'arma è nella sua *ineluttabile* allusione all'esecuzione di giustizia. Una spada è una spada. Se nelle originarie raffigurazioni della Giustizia essa è in realtà soltanto una metonimia (la spada sta per il potere di usarla), il fatto di essere materialmente un'arma ha reso inevitabile che venisse percepita in seguito come lo strumento dell'esecuzione <sup>(91)</sup>, piuttosto che come allusione al potere di punire. Man mano che ci si allontana dalla fase comunale e dalla coscienza della rivendicazione del *ius gladii* da parte della *Respublica civitatis*, un plausibile slittamento semantico trasforma la metonimia in simbolo: la spada,

---

protruso; un'altra che sta agli Uffizi ed è del 1470) hanno spada e globo, ma la spada è tenuta in posizione di 'guardia', e non di 'scudo'. Una significativa immagine (1556) mostra Carlo V rappresentato come *Iustitia tutrix* (spada in guardia, globo, ginocchio protruso e nudo), circondato da nemici (vedila in F.A. Yates, *Astrea. L'idea di Impero nel Cinquecento*, Einaudi, Torino 1978, ill. 2). Alla Giustizia tutelare fa cenno, elencandone un po' alla grossa sparpagliati esempi, la pionieristica prolusione maceratese di L. Zdekauer, *L'idea della Giustizia e la sua immagine nelle arti figurative*, Tip. Bianchini, Macerata 1909, pp. 47-48.

<sup>(90)</sup> Ancora una *Iustitia virtus*, certamente, ma stavolta armata, a quanto dice Vasari. Quest'opera, « perduta ma a grandi linee ricostruibile fu modello [...] per gli affreschi senesi » di Ambrogio Lorenzetti (Donato, *Ancora sulle 'fonti' del Buon Governo di Ambrogio Lorenzetti*, cit., p. 61).

<sup>(91)</sup> Sappiamo peraltro che, almeno in area italiana, dove prima che altrove si affaccia il simbolo, le esecuzioni capitali avevano a che fare molto più con la corda che con la spada, sia in età medievale che in età moderna. Per le non frequenti decapitazioni in età moderna si usava talora un'ascia *ministerialis* (la mannaia) dalla forma pratica e funzionale (manico lungo, taglio a falce di luna). Una consuetudine (non so quanto praticata nei fatti) accordava ai nobili il privilegio di essere eseguiti con la spada, arma nobile e cavalleresca, piuttosto che con l'ascia, utensile di mestiere.

pensano in molti, fa parte del corredo della Giustizia per significare che essa reprime, castiga, si fa temere. « La Iustice n'a pas sans cause les balances et le cousteau en une main, mais es deux » scrive Pierre Ayrault alla fine del Cinquecento <sup>(92)</sup>: è perché si capisca che essa è costituita per servirsi insieme, o separatamente, della bilancia o della spada, a seconda di ciò che ritenga utile e necessario, caso per caso <sup>(93)</sup>. E aggiunge più avanti, a proposito della spada e del suo senso, che « i pittori, i poeti, i retori gliela mettono nuda nella mano, perché non debba attardarsi a sfoderarla quando deve colpire per prima » <sup>(94)</sup>.

È la lettura intuitiva, è stata e resta la più popolare, ha svolto nella pedagogia pubblica la sua utile funzione <sup>(95)</sup>. Del resto, il fatto che fosse 'sbagliata' perché divenuta inconsapevole delle origini 'giurisdizionali' del simbolo, non cambia di molto il significato politico dell'operazione messa in atto con le pubbliche raffigurazioni

<sup>(92)</sup> P. Ayrault, *L'ordre. Formalité et instruction judiciaire [...] conferé au stil et usage de nostre France* [1587], Chez Laurens Sonnius, Paris 1604, I, V., 12, p. 106.

<sup>(93)</sup> « C'est pour donner à entendre qu' elle est fondée à se servir et aider cumulativement, ou à part, de la balance, ou du glaive, selon qu' elle en advisera les occasions utiles et necessaires » (Ayrault, *L'ordre*, cit., *ibidem*).

<sup>(94)</sup> « [...] l'espée que donnent les peintres, les poètes, les rhetoriciens à la Iustice, ils la luy donnent nuë en la main, non au fourreau: afin aussi de donner à entendre à l'opposite, qu' il ne faut pas tousiours user de scrupule et de longueur, mais aller quelquesfois au devant, et frapper le premier » (Ayrault, *L'ordre*, cit., *ibidem*).

<sup>(95)</sup> Che la spada, nell'iconografia della Giustizia, veicolasse comunque l'idea della giustizia armata, della minaccia e della vendetta pubblica, non poteva dispiacere a governanti e giudici. In questo spirito, Niccolò Machiavelli osservava che « [...] e' Viniziani, in tutti questi luoghi ne' quali si rinsignoriscono, fanno dipignere un San Marco [vuole dire un leone alato] che in scambio di libro ha una spada in mano, d'onde pare che sieno avveduti ad loro spese che ad tenere li stati non bastano li studi e e' libri » (N. Machiavelli, *Lettera ai Dieci da Verona* del 7 dicembre 1508, in *Legazioni e commissarie*, a cura di S. Bertelli, III, Feltrinelli, Milano 1964, p. 1202). C'è da credere, quindi, che da un certo momento in poi, la prevalenza della lettura più facile abbia fatto perdere a sovrani, sudditi, giuristi e artisti, la coscienza del significato originario ed autentico di quella spada, anche se — per la resistenza del modello codificato — continueranno ad essere assai rare le Giustizie che mostrano di *minitari gladio*. Fatti comprensibili, se solo si pensa che la consapevolezza del significato originario di quella spada è stata smarrita anche da più di un moderno iconologo.

della Giustizia, né altera nella sostanza il senso *complessivo* della loro intenzione comunicativa.

### 5. *Se la giustizia celebra se stessa*

Le immagini della Giustizia allegorica si impongono, significano e dicono, nelle fasi in cui la giustizia praticata affronta le sue crisi o le sue svolte. Nei periodi intermedi, mentre si assestano i cambiamenti, trionfano ripetitività e maniera: le allegorie si inseguono, si citano tra loro, celebrano altre allegorie. Invariabilmente, comunque, staccano i piedi da terra e prendono le distanze dai fatti, cessando di rappresentare ‘il conflitto’ e tagliando i fili che legano la giustizia alla politica. Avviene che si rifugino negli interni e vadano a decorare stanze, e non sempre per assolvere (almeno) ad un compito esortativo o di monito <sup>(96)</sup>.

Una lunga bonaccia figurativa succede, in Italia <sup>(97)</sup>, agli anni tempestosi della prima metà del Trecento. L’avvento del penale è ormai consolidato ed il ‘nuovo’ processo che lo incarna è entrato da tempo nell’orizzonte delle cose ordinarie; la brutale giustizia politica degli anni delle ‘discordie’ s’è sciolta nelle ‘pacificazioni’ dei Signori, tanto che la repressione politica diviene, diciamo così, una risorsa tenuta in riserva. Peraltro, accordato ai poteri pubblici il diritto di ‘fare la giustizia’ a modo loro nel penale alto, le comunità e i loro giudici hanno nel frattempo recuperato terreno. La negoziazione, che non è mai scomparsa dal processo penale o dai suoi dintorni, si installa nelle pieghe del processo e ne contende almeno due aspetti all’egemonia degli apparati statali in formazione: la gestione delle azioni e l’irrogazione delle pene. È il penale delle pratiche <sup>(98)</sup> che,

---

<sup>(96)</sup> Cosa che avviene invece in numerosi edifici pubblici destinati a funzioni di giustizia: cfr. Robert, *Une allégorie parfaite*, cit., pp. 27 sgg.

<sup>(97)</sup> Come s’è visto, il mio riferimento va esclusivamente, per ora, all’area italiana, alle dinamiche politiche italiane, alla *precoce* emersione duecentesca del penale nelle città italiane. La pratica del penale pubblico (che è come dire il penale *tout court*), nel resto d’Europa, si rende visibile quasi un secolo dopo (un po’ prima in Francia e nelle Fiandre): questo può voler dire che l’iconografia della Giustizia, al di là delle Alpi, abbia avuto qualche manifestazione significativa, per es. nel XV secolo, mentre da noi sonnacchiava.

<sup>(98)</sup> Sbriccoli, *Giustizia criminale*, cit., pp. 173 sgg.

per dirla un po' alla grossa, è nel dominio dei giudici e si esercita con la (loro) bilancia, molto più che con la spada.

Gli artisti fanno fatica a rappresentare una giustizia siffatta. La sua grigia complessità la rende allo stesso tempo difficilmente ridicibile ad una cifra allegorica eloquente, e poco interessante. Una giustizia avviata ad una *routine* fatta insieme di sorda burocrazia e di privilegiati compromessi non sembrava un gran soggetto, né prometteva successo a chi fosse riuscito a rappresentarla per quel che era e significava.

Nel 1496, alla fine di un secolo pressoché vuoto di raffigurazioni di qualche rilievo <sup>(99)</sup>, Pietro Vannucci inizia ad affrescare la Sala dell'Udienza del Collegio del Cambio nel Palazzo dei Priori di Perugia, la sua città. Vi dipinge in alto una bellissima Giustizia con bilancia e spada, grande e solenne, che guarda in basso e vigila sulla giustizia corporativa che lì si celebrava. Nessuna allusione alle regole della commutativa, come sarebbe potuto avvenire se invece che in una città egemonizzata dai Baglioni e sotto il protettorato di Alessandro VI ci fossimo ancora trovati nella severa Perugia delle Arti e degli *Ordinamenta populi*.

Conosceva molto bene gli affreschi del Cambio, Raffaello. Quando viene chiamato a lavorare nelle stanze vaticane, dipinge una splendida Giustizia per la Stanza della Segnatura (anch'essa un luogo di giudizi), che a quella del Perugino deve l'impostazione e

---

<sup>(99)</sup> Kissel, *Die Justitia*, cit., non dà esempi del XV secolo, a parte la 'cinquecentesca' *Giustizia con la gru* di Albrecht Dürer, disegnata per una carta da gioco tra il 1495 e il 1499 (p. 43). Così anche Robert, *Une allégorie parfaite*, cit., mentre Jacob, *Images de la Justice*, cit., ne segnala più d'una, ma di area francese. Alberto Tenenti, scrivendo dell'*Attesa del giudizio individuale nell'iconografia del Quattrocento*, cit., pp. 27-44, non fa riferimento a fonti italiane. Schild, *Gerechtigkeitsbilder*, cit., documenta tre 'piccole' Giustizie quattrocentesche: quella di Taddeo di Bartolo (1415) nell'Antecappella di Palazzo Pubblico a Siena (p. 87); quella del trittico di Jacobello da Fiore (1421) che sta a Venezia nella Galleria dell'Accademia (p.146); un tarocco inciso a Ferrara nel 1465 (p. 128). Io segnalo, ma non considero, che Luca della Robbia, Jacopo della Quercia, Benedetto da Maiano, Mino da Fiesole, Filarete, hanno scolpito piccole giustizie di contorno, nel corso del Quattrocento, per altari, sepolcri, fregi ed arredi civici. Spicca soltanto la Giustizia che Jacopo della Quercia ha posto nella Fonte Gaia di piazza del Campo a Siena: ha un'aria dolce e mite, regge la bilancia con la mano che tiene sul cuore e non impugna la spada, sostenendola appena con le dita.

l'idea. Di suo ci mette un « *Ius suum unicuique tribuit* », ed una spada levata ad ammonire: ne viene che possa essere letta insieme come virtù cardinale che milita e difende e come « personificazione che presiede agli studi di diritto »<sup>(100)</sup>, tanto più che tutta la Stanza della Segnatura è consacrata alle arti del sapere, divino, razionale e giuridico: lì è *La Scuola di Atene* e lì sta *L'istituzione del diritto civile e del diritto canonico*.

Ma ormai le immagini si sono fatte convenzionali. Sono allegorie dalle quali solo un deliberato accanimento ermeneutico potrebbe spremere segnali o intenti. In ogni caso, non si troverà in esse alcuna allusione ai fatti che intanto avvenivano concretamente nella giustizia che si praticava, né in quella celebrata in quelle stanze, né in quella somministrata là fuori. Retorica. La parola che accuratamente ho eluso ragionando sulle rappresentazioni che a loro modo entravano nel dibattito sulla Giustizia 'alta' o nelle tensioni prodotte da quella 'bassa', può essere usata adesso, parlando di queste.

Qualcuno si attarda a reillustrare Aristotele (la commutativa e la distributiva, accanto alla divina) come fa il Pinturicchio — anche lui con retorica muta, ma con straordinari risultati figurativi<sup>(101)</sup> — dipingendo in Vaticano le stanze occupate da Alessandro VI Borgia, tra il 1492 e il 1494.

E proprio in quel 1494, mentre lui lasciava gli appartamenti del Papa, e Pietro Perugino stava per concordare coi Priori il disegno della Giustizia del Cambio<sup>(102)</sup>, in una lontana città ai margini dell'Impero germanico, un'altra Giustizia, alla vigilia di una drammatica crisi del penale, sperimentava per la prima volta l'umiliazione della benda.

---

<sup>(100)</sup> Gombrich, *Immagini simboliche*, cit., p. 127.

<sup>(101)</sup> Nella Sala delle Arti liberali dell'Appartamento Borgia, il Pinturicchio ha dipinto anche un'insolita Retorica a modo di Giustizia assisa in trono, con la spada nella destra e nella sinistra un sole dorato appeso a un filo (la chiarezza, dice Ripa, *Nova iconologia*, cit., I, p. 79). Una spada ed un sole tengono anche due mammoli ritti ai piedi del trono.

<sup>(102)</sup> « L'artista ebbe per il suo disegno l'approvazione preventiva dei Priori » ci dice senza dare altro conto L. Zdekauer, *Iustitia. Immagine e idea*, in « *Bullettino Senese di Storia Patria* », 20, 1913, fasc. 3, p. 412.

## 6. *La benda in Germania, al seguito della legge*

Ho detto, all'inizio di questo scritto, che Sebastian Brant, e con lui l'incisore che traduce in immagini i suoi versi, non avevano alcuna intenzione di unire la benda agli altri emblemi che tradizionalmente accompagnavano le raffigurazioni della Giustizia.

Il senso dell'illustrazione [fig. 1], infatti, letto alla luce della didascalia in versi che l'accompagna, va in tutt'altra direzione, perché quel folle sembra obbedire ad una intenzione beffarda. Mostra di voler oltraggiare, compiendo un gesto da 'mondo alla rovescia', in omaggio al costume della pazzia e in coerenza con lo spirito derisorio e ammonitore del *Narrenschiff* di Sebastian Brant. Fosse per lui, la Giustizia avrebbe solo bilancia e spada. La benda è uno sberleffo provocatorio rivolto a coloro che stanno alterando la sua natura, allontanandola dalla tradizione per metterla, accecata e impotente, nelle mani di trasgressori che vogliono abusare della sua *benignitas*, e sotto il giogo di poteri nuovi che ne distorceranno la funzione.

Peraltro, a stare al *carmen* che accompagna l'immagine, il destinatario dell'intenzione satirica non è la Giustizia ma il folle. Rappresenta le schiere di coloro che provocano la giustizia con liti temerarie, che pretendono senza diritto, che si rifiutano di comporre le cause e poi tirano in lungo il giudizio, che si illudono di piegare le leggi a loro piacimento <sup>(103)</sup>. Dissennati che bendano la Giustizia nella speranza che essa non veda i loro torti, ma che finiranno per assaggiare lo scardasso <sup>(104)</sup>: lo stolto della vignetta ne ha uno infilzato nel deretano e sta già mettendo il piede su uno di quelli posti a terra come altrettante trappole.

Ma la singolare dinamica dell'illustrazione e la lettura decontestualizzata che se ne farà *da subito*, sposteranno il *focus* dallo stolto

<sup>(103)</sup> S. Brant, *Stultifera Navis*, 71, *Carmen de litigantibus in iudiciis*, princ. Cfr. anche H. Fehr, *Das Recht im Bilde*, E. Rentsch Verlag, Erlenbach-Zürich 1923, p. 159.

<sup>(104)</sup> « Gar dick der haechlen er entpfint, / Wer staetes zancket wie ein kindt/ Und meint die worheit machen blindt »: *Si troverà lo scardasso a provare / chi ami come un bimbo litigare / e gli occhi voglia a Verità bendare*. È l'incipit del carne che accompagna l'illustrazione del folle che benda la Giustizia (traduzione di F. Saba Sardi, *Introduzione*, cit., p. 180).

che si illude di sfuggire alla Giustizia impedendole di vedere, alla Giustizia stessa, che assumerà il ruolo della protagonista. *Dame Justitia* diventa il soggetto della raffigurazione proprio perché ‘agita’ dall’atto del buffone: vittima di un gesto che nel repertorio dei segni, in età medievale e moderna, richiama la canzonatura, la beffa, il dilleggio. La tradizione dell’irridere con la benda è infatti risalente, autorevole, e di immediata e sicura decifrazione per i contemporanei. Più di una volta, di sicuro, avevano potuto vedere raffigurato il ‘Cristo deriso’, bendato e schiaffeggiato<sup>(105)</sup>, tanto che quel modo di burlare era passato perfino nei giochi dei ragazzi. E bisogna aggiungere che la Giustizia dilleggiata è nello stesso momento *Iustitia corrupta*, perché la benda sfigura, toglie l’identità, induce una cecità che è anche metafora della perdita di senno. L’interpretazione dei decenni a venire, lontana dal contesto, dirà che il pazzo, con quel gesto, rendeva la Giustizia del tutto simile a se stesso.

Non mi tratterò in considerazioni sulle ‘radici’ della benda. Non sulle sue presenze remote, sulla concezione ‘egizia’ indagata da Panofsky, sulla benda di cupido o quella della fortuna; niente sulla benda della Sinagoga, o quella dei giustiziati, né farò ipotesi sull’oscurità che essa evoca (notte, morte) o sull’accecamento che induce (insania, vegggenza). Niente di tutto questo, perché ritengo che la folgorante comparsa di una benda sugli occhi della Giustizia nel Cinquecento abbia poco a che fare con la sparsa storia di altre bende che appartengono a tutt’altri contesti. La storia della benda della Giustizia non ha preistoria, se non, per la ragione che ho detto poco sopra, nella *derisio Christi*. Essa comincia nel 1494, è peculiare, nasce per caso e procede in tre fasi — o con tre passi — tutti e tre a loro modo inaspettati e sorprendenti.

### *Il primo passo.*

È certo che la benda fa la sua prima apparizione, in relazione

---

<sup>(105)</sup> Luca 22, 63-64, Marco 14, 65. Si può vedere Ch. Bellanger, *Le Christ outragé: une iconographie judiciaire? Autour des images de la Dérision du Christ en Occident à la fin du Moyen Âge*, in C. Gauvard e R. Jacob (a cura di), *Les rites de la justice. Gestes et rituels judiciaires au Moyen Âge occidental*, Le Léopard d’Or, Paris 1999, pp. 145-71. Lo schema di comunicazione rappresentato è, in tutti e due gli eventi, la degradazione derisoria di qualcosa di sacro e supremo.

con la Giustizia, proprio in quel 1494, nella *Stultifera Navis* stampata a Basilea. Letta di sicuro in chiave derisoria, ma dentro l'inversione folle/justizia di cui dicevo sopra, deve avere avuto un successo popolare straordinario. L'enorme circolazione che ebbe il *Narrenschiff*, fatta di decine di ristampe, traduzioni, versioni dialettali e in lingua, di rappresentazioni popolari e di fogli volanti che ne ripetevano i versi, diffuse un'immagine — quella della Giustizia cieca — facile da capire e di pronta presa presso ceti popolari probabilmente non entusiasti dei loro giudici. Quell'immagine, fraintesa ma efficacissima, aveva tutto il necessario per radicarsi rapidamente in un consolidato senso comune.

*Il secondo passo.*

Ne abbiamo la prova nell'illustrazione [fig. 8] che viene messa in fronte al primo testo ufficiale a stampa della *Constitutio Criminalis Bambergensis* pubblicato nel 1507 <sup>(106)</sup>. Vi si vedono sei scabini e un giudice, tutti bendati e col cappello a sonagli del folle, che siedono ad amministrare giustizia, mentre una mano dal cielo regge un cartiglio con scritto « Auff boese gewonheyt urteyl geben / Die dem rechten wider streben / Ist diser plinden narren leben » <sup>(107)</sup>. La cosa è sbalorditiva: la prima edizione ufficiale della legge Bamberghense cita clamorosamente *in exordium* il folle del *Narrenschiff* e nella didascalia in versi scimmietta stile, metrica e lingua del suo *Carmen de litigantibus in iudiciis*.

Il senso dell'operazione è chiarissimo. La Bamberghense, detta poi *Mater Carolinae*, avviava in quella parte della Franconia una radicale riforma del penale — di contrastatissima applicazione — che consisteva nel mettere una legge penale ispirata al diritto comune al posto delle consuetudini punitive e processuali di quelle regioni. Il diritto praticato di Bamberg doveva cedere ad un diritto

---

<sup>(106)</sup> *Bamberghische halzgerichts ordenung*, stampata col sigillo del Vescovo di Bamberg, s. l. (ma Bamberg) 1507. La legge si deve a Johann Freiherr von Schwarzenberg, che presiedeva il Tribunale vescovile nella città di Bamberg. Era il primo risultato normativo seguito alla fallita Dieta di Worms del 1495 ed alla *Wormser Reformation* del 1498 voluta da Massimiliano I di Asburgo.

<sup>(107)</sup> « Emettere sentenze sulla base di cattive consuetudini, di quelle che contrastano il diritto, è la vita di questi pazzi ciechi ».

‘dotto’, sconosciuto, sentito come straniero; un processo inquisitorio strutturato e poco trattabile prendeva il posto di prassi miste con ampi spazi di negoziazione; gli antichi scabini, giudici indigeni senza troppa scienza, sarebbero stati rimpiazzati da giudici formati sul diritto romano <sup>(108)</sup>. Non era rivolgimento da poco. Le resistenze erano state, e si annunciavano, furibonde. Ecco allora la stupefacente azione preventiva di attacco alle consuetudini, e ai giudici ignoranti e ‘ciechi’, giocata alla maniera (stessa grafica, stesso verseggiare, stesso stile facile e popolare) del *Narrenschiff* di Sebastian Brant. È evidente che in questa fase la benda ha ancora una connotazione visibilmente negativa. È il segno della *cecità*, che sta da sempre nella sfera semantica dell’ignoranza e della dissennatezza, esposta alla derisione. Ma qualcos’altro di inatteso sta ancora per avvenire.

*Il terzo passo.*

Il terzo passaggio che, in una vasta area di lingua tedesca e di tradizioni imperiali, conduce all’affermazione della benda come *attributo della Giustizia* (insieme a bilancia, spada e ginocchio nudo o protruso) va messo in relazione all’entrata in vigore in tutto il territorio dell’Impero <sup>(109)</sup> della *Costituzione Criminale Carolina*, voluta da Carlo V e promulgata nel 1532. È il nuovo ordine penale

---

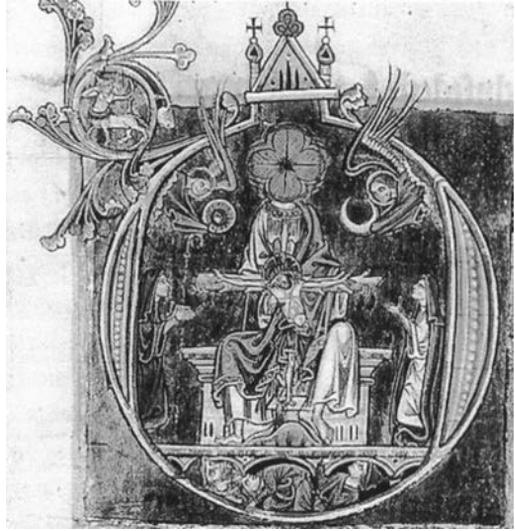
<sup>(108)</sup> In una successiva illustrazione dello stesso volume viene raffigurato il Tribunale dei saggi: il giudice ha cappello di vaio e verga ed i sei assessori discutono compostamente; uno mostra al giudice un’opinione in un libro giuridico, un altro ha un cappello da baccelliere. Il giudice, per mezzo di una sorta di fumetto, esorta i suoi colleghi « Richt wir nach dises buches lere/domit verwar wir seel und ere » (Giudichiamo con la dottrina di questo libro, per salvarci l’anima e l’onore). La scena è disseminata di cartigli che richiamano la Bibbia (Esodo, 22, 17: « Non lasciar vivere il malfattore »; Proverbi 17,15: « Assolvere il reo e condannare il giusto sono due cose abominate dal Signore », ed altre simili edificazioni).

<sup>(109)</sup> La legge *Carolina* venne recepita, talora soltanto per alcune parti, anche oltre i territori dell’Impero, specie in aree e città che erano state imperiali in passato. In diverse realtà della Federazione elvetica, per esempio, venne adottata — senza formale recezione o pubblicazione — non come penale sostanziale ma come norma processuale. Notizie in P. Caroni, *Quellen und Texte zur Rechtshistorischen Vorlesung*, I, n. 245: *Die Rezeption der Constitutio Criminalis Carolina (1532) in der Eidgenossenschaft*, Universität Bern, Bern 1983, pp. 140-41.



*Figura 1 - Il folle benda la Giustizia*  
1494, Sebastian Brant, *Das Narrenschiff*.

---



*Figura 2 - Trono di Grazia  
Sec. XIII, Cambridge,  
Salterio del Trinity College.*



*Figura 3 - Il Cielo, Ottone II, la Terra  
973, Scuola renana.  
Aquisgrana, Evangelario.*

---



*Figura 4 - La Giustizia  
1305, Giotto. Padova,  
Cappella degli Scrovegni.*



*Figura 5 - La Giustizia  
1337-1340, Ambrogio Lorenzetti.  
Siena, Palazzo pubblico.*

---



*Figura 6 - La Giustizia*  
1334, Andrea Pisano (e Giotto?).  
Firenze, *Campanile di Giotto*.



*Figura 7 - Iustitia*  
1336, Andrea Pisano. Firenze,  
*Porta sud del Battistero di San Giovanni*.

---

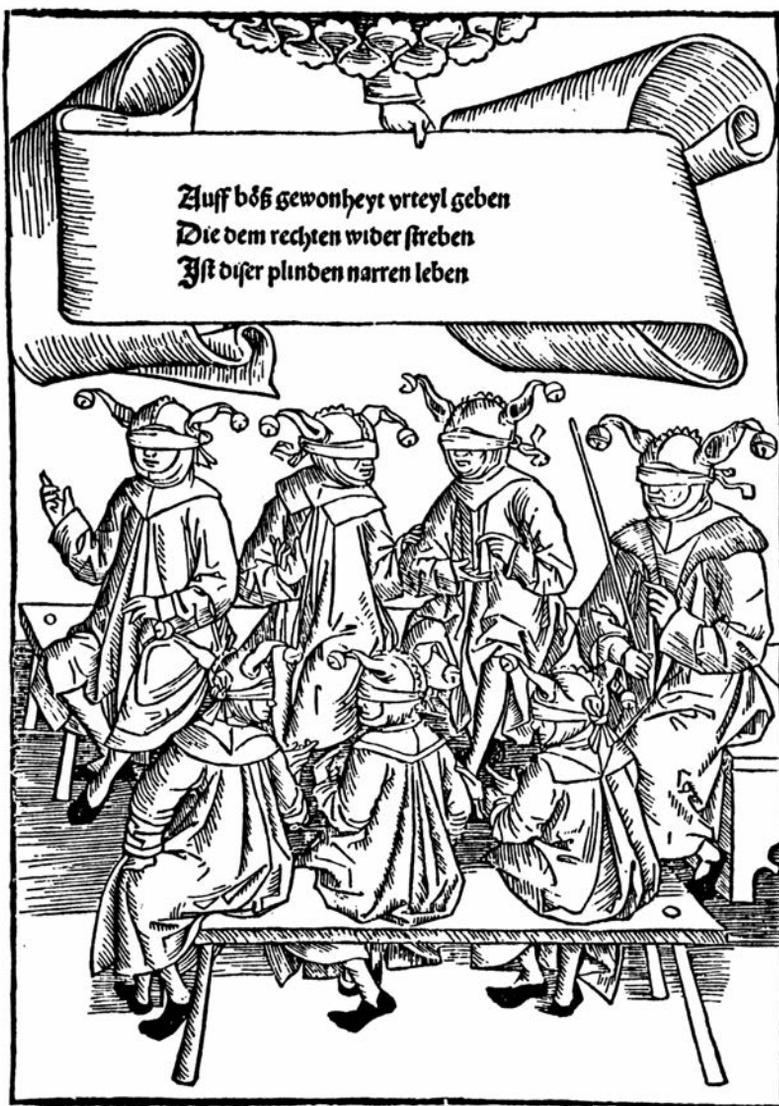


Figura 8 - Il Tribunale dei cattivi giudici  
1507, Illustrazione del *Bambergische halzgerichts ordenung*.

---

*Figura 9* - La Giustizia con i potenti  
ai suoi piedi  
1543, H. Gieng. Berna,  
*Fontana di Giustizia.*



*Figura 10* - La Giustizia calpesta i potenti  
1561, L. Perroud. Soleure,  
*Fontana di Giustizia.*

---



*Figura 11 - La Giustizia bifronte*  
1554, Illustrazione della *Praxis rerum criminalium* di Joos Damhouder.



*Figura 12* - Giustizia dolente  
1514-1519, P. Vischer. Norimberga, *Sebalduskirche*.

---

che si vuole instaurare in quelle regioni a fare da regista per l'ultima sorprendente svolta.

Con un'inaspettata e teatrale inversione della polarità del messaggio, il Potere ne capovolge la valenza comunicativa e mette una benda sugli occhi attenti e penetranti della *sua* Giustizia. Volta le spalle alla logica della derisione, infrange il divieto sacrale della cecità/stoltezza, e 'rivendica' la benda. Lancia una sorta di *Augenbindes Pädagogik*, prima arrogante e minacciosa, poi sempre più rassicurante, messa in atto con una puntigliosa esibizione di Giustizie bendate nelle curie e nelle carceri, nel *Rathaus* e nei mercati, sulle 'fontane di giustizia' e su colonne bene in vista nei principali crocevia o nelle piazze più frequentate. Di una mossa tanto paradossale quanto provocatoria come questa, bisogna indovinare la molla e lo scopo.

La molla sta probabilmente nell'impulso, non infrequente in chi ne è il bersaglio, a trasformare un marchio di derisione in una ostentazione<sup>(110)</sup>, non diversamente da quanto avvenne ai riformati di Olanda che assunsero con orgoglio il dispregiativo nome di *Gueux*, ai francesi che rivendicano come segno di identità collettiva la canzonatura del *Coq gaulois*, ai *Piagnoni* di Savonarola o a Cromwell, con le sue 'teste rotonde'. Lo scopo era quello di rappresentare ai governati, con insolente iattanza all'inizio, il carattere della giustizia nuova.

Una cosa, soprattutto, viene proclamata ai sudditi, perché la sappiano: la nuova Giustizia penale non vi guarda più, non vi riconosce, quindi non saprà chi siete quando verrete in giudizio. Il vecchio ordine nel quale appartenere alla comunità era tutto, e l'essere 'qualcuno' consentiva un rassicurante negoziato anche *in criminalibus*, non esiste più. Si erige una Giustizia di pietra che, bendata, ha ai suoi piedi Papa, Re, Sultano e Governanti locali, e

---

<sup>(110)</sup> Questo meccanismo è evocato da Jacob, *Images de la Justice*, cit., p. 233, che però, nella inconsapevolezza del contesto storico-giuridico che lo ha prodotto, lo ritiene inspiegabile. Lo affronta « au dossier de la mutation du système iconographique dont il constitue une pièce capitale » (p. 234), senza badare al fatto che la benda della Giustizia, nel pieno Cinquecento e in area tedesca, appartiene ad un altro dossier: quello della politica del diritto, delle immagini pubbliche, della pedagogia e della propaganda. Non avverte che siamo in presenza di uno dei primi capitoli della storia della supremazia della legge.

un'altra che li calpesta [fig. 9 e fig. 10] <sup>(111)</sup>: volete mai che Giustizie come queste possano ancora riservare l'antico *favor* ai membri stimati della comunità, all'onesto artigiano, al bottegaio conosciuto da tutti o al servitore garantito dal padrone?

Ce lo ricorda Joos Damhouder, in un testo fondamentale, sfuggito agli iconologi della *Iustitia*, che commenta la celebre *Giustizia con due volti*, l'uno bendato l'altro no, messa ad illustrare la sua *Pratica criminale* [fig. 11]: la giustizia senza benda, scrive, cede a quelli che cercano di corrompere la sua integrità, perché li riconosce come « fautores, amici, consanguinei, familiares, divites », li guarda e concede il suo favore; ma se è bendata sarà ostile: « ab aliis vero frustra sollicitatur, sive potius imploratur, ut sunt despectum, odium, innocentia, paupertas &c., quibus se obdurat, quibus faciem nebulosam, invitam, procacem et adversantem exhibet » <sup>(112)</sup>. La *facies nebulosa* <sup>(113)</sup> della Bendata promette una metamorfosi del penale che la legge *Carolina* non imporrà se non nel lungo tempo, e mai compiutamente; ma è proprio da quella benda che subito si avvia lo scontro con l'altra giustizia, quella dei corpi sociali che 'dicevano il diritto secondo gli usi', e tuttavia erano anch'essi *amatores iustitiae* <sup>(114)</sup>.

<sup>(111)</sup> Per es. nelle Fontane di Giustizia di Berna (1543) [fig. 9] o di Soleure (1561) [fig. 10] alle quali vanno aggiunte quelle di Neuchâtel (1547), Moudon (1560), Lausanne (1584) e Boudry (1610): cfr. Robert, *Une allégorie parfaite*, cit., p. 98, al quale devo la conoscenza delle immagini, ma che segue un altro ordine di idee.

<sup>(112)</sup> Damhouder, *Praxis rerum criminalium*, cit., cap. CLIV, n. 4, p.t. Joos Damhouder commenta distesamente nel penultimo capitolo della sua *Praxis rerum criminalium* la complicata immagine della Giustizia bifronte (metà bendata, metà no) inconsapevolmente riprodotta nei più recenti studi di tanti iconologi. Hanno attinto alla fonte sbagliata: la *Praxis rerum civilium* (1567) a cui fa da frontespizio, invece della *Praxis rerum criminalium*, che reca il testo e le immagini fin dalla prima edizione (J. Bellerum, Antverpiae 1554). Si sono così preclusi la possibilità di interpretare Giustizia, benda, spada e bilancia, alla luce delle considerazioni di un giurista primario, colto e attento, coevo alle questioni, che molto dice.

<sup>(113)</sup> Di Astrea, l'incarnazione della Giustizia che lasciò il mondo inorridita dalla sua malvagità, si diceva che visse con il volto fasciato dalle nuvole di giorno e dalle stelle di notte. Una benda anche quella, che le permetteva di non vedere le brutture della terra: cfr. R.V. Cristaldi, *La benda della giustizia*, in « Quaderni catanesi di studi classici e medievali », III, 6, 1981, p. 370.

<sup>(114)</sup> A Basilea, osserva Enea Silvio Piccolomini che è lì negli anni Trenta del

La *Carolina*, più ancora della *Bambergensis*, interpreta una fase forte della giustizia egemonica di apparato<sup>(115)</sup>, prodotta dalla volontà del Principe e realizzata *con la legge*. L'intenzione che la sosteneva era quella di affermare il primato di una giustizia penale fondata su norme certe, costruite sulla dottrina penale elaborata nelle *Practicae criminales* della tradizione del *ius commune*, marginalizzando consuetudini, pratiche comunitarie di giustizia negoziata, arbitrio di giudici, leggi locali ed usi consolidati delle diverse curie<sup>(116)</sup>. Il processo che quella legislazione impone nell'area tedesca è governato dal giudice (ora più che mai *antistes* della Giustizia), formalizzato e scritto, estraneo, perché intriso di diritto romano e canonico.

I fautori del nuovo ordine sanno che l'operazione è irta di difficoltà e che troveranno fiere resistenze<sup>(117)</sup>. Le popolazioni, le autorità locali, molti Principi e Vescovi che governano città e regioni, sono ostili — e lo dimostreranno con qualche successo — ad una giustizia penale non più governata dalle antiche regole riconosciute e da pratiche penali domestiche, sottratta in gran parte alle

---

Quattrocento come segretario del Concilio, non si amministra la giustizia secondo le leggi scritte come già accade in Italia, ma si 'dice' il diritto nell'assemblea pubblica, seguendo la consuetudine: «[...] vivunt sine certa lege, consuetudine magis quam scripto iure utentes, sine iuris perito, sine notitia Romanorum legum [...] Rigidi tamen et severi sunt, amatoresque iustitiae». Cito da P. Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Il Mulino, Bologna 2000, p. 159.

<sup>(115)</sup> Sbriccoli, *Giustizia criminale*, cit., pp. 167 sgg.

<sup>(116)</sup> Lo stesso criterio egemonico sembra ispirare la creazione (che è del 1495, l'anno del primo progetto di legge penale per l'Impero di Massimiliano) del *Reichskammergericht*, il Tribunale Camerale dell'Impero, al quale si assegnava la funzione di orientare la giurisprudenza delle Corti, al fine di uniformare la loro azione, nella prospettiva dell'unificazione del diritto dell'Impero.

<sup>(117)</sup> Massimiliano I, che avviò alla fine degli anni novanta del Quattrocento il primo tentativo di realizzare una generale riforma della giustizia criminale, cedette alla dura opposizione delle comunità e dei Principi, che gli impedirono di metterla in vigore. Dopo altre resistenze ed altri rifiuti manifestati in numerose diete, l'operazione riuscirà a Carlo V, che pagò tuttavia il pedaggio di numerosi aggiustamenti per andare incontro, si direbbe oggi, alle esigenze dei poteri diffusi. Malgrado ciò, dopo la sua entrata in vigore la *Carolina* venne disattesa in più luoghi, e contraddetta da diverse legislazioni locali successive (J.H. Langbein, *Prosecuting Crime in the Renaissance. England, Germany, France*, Harvard University Press, Cambridge Mass. 1974, spec. pp. 197-98).

giurisdizioni locali, alla loro logica, al loro stile di conduzione; una giustizia che si annuncia non negoziabile, priva di mediazioni, non maneggiabile, incurante della qualità delle persone, dell'appartenenza, delle benemerienze, della reputazione, e perciò repressiva, vindice, non pedagogica, non medicinale, potenzialmente 'irrimediabile' <sup>(118)</sup>; una giustizia, infine, gestita da apparati formati da giudici 'nuovi', talora forestieri, che la legge vincola con solenne giuramento <sup>(119)</sup>, secondo una logica che appare eversiva delle

---

<sup>(118)</sup> Con il nuovo regime dettato da Carlo V non arriva soltanto un processo penale inquisitorio minuziosamente regolato quanto alla raccolta, valutazione e acquisizione delle prove, con vincoli strettissimi per il giudice; arriva anche un sistema di incriminazione di difficilissima elusione, correlato ad un massiccio incremento della criminalizzazione primaria, ed alla previsione di severissime pene. L'abolizione delle *pravae consuetudines* e la riduzione del giudice a servo della legge faranno il resto. Bisogna dire che ci si preoccupa anche degli accusati, dei loro diritti e dei rischi che possono correre se i giudici non si comportano con correttezza e secondo prudenti regole, soprattutto nella fase d'avvio del processo.

Sulla *Carolina*, sui suoi contenuti e sulla sua fortuna, si possono vedere, tra tanti, il classico studio di F. Schaffstein, *Die Carolina in ihrer Bedeutung für die strafrechtliche Begriffsbildung*, (1932), ora in Id., *Abhandlungen zur Strafrechtsgeschichte und zur Wissenschaftsgeschichte*, Scientia, Aalen 1986, pp. 65-86; il coscenziato contributo di G. Schmidt, *Sinn und Bedeutung der Constitutio Criminalis Carolina als Ordnung des materiellen und prozessualen Rechts*, in « Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, GA », 83, 1966, pp. 239-57, ma soprattutto i saggi recentemente raccolti in P. Landau, e F.Ch. Schroeder (a cura di), *Strafrecht, Strafprozess und Rezeption. Grundlagen, Entwicklungen und Wirkung der Constitutio Criminalis Carolina*, Klostermann, Frankfurt a. M. 1984.

<sup>(119)</sup> L'art. 3 della *Constitutio Criminalis Carolina* reca la formula del giuramento, chiave di volta dell'innovazione complessiva introdotta dalla legge imperiale a fronte delle precedenti *practicae* fondate sull'equa discrezionalità del giudice e sul suo *arbitrium procedendi, interpretandi, decidendi*: « Ego iuro — recita la formula — quod debeo ac volo in poenalibus causis iustitiam administrare, iudicare, et sententiam diffinitivam ferre ac promulgare humili iuxta ac potenti, pauperi aequae ut diviti, neque id intermittere vel amicitiae, vel inimicitiae, vel utilitatis, vel doni, vel rei cujusquam alterius gratia. Et praesertim volo *Caroli* [...] *Constitutioni integre fideliterque parere, et pro virili ac viribus meis illam conservare et exequi, sine dolo et fraude* ». Cito dalla versione latina di Justin Gobler (Augustissimi Imperatoris Caroli Quinti *De capitalibus iudiciis Constitutio*, germanice primo evulgata nuncque a Justino Goblero in latinum versa et aequo *Commentario* aucta, Oporin, Basileae 1543), ripubblicata insieme alla *Paraphrasis* di Georg Remus, nota come *Nemesis Carolina* (D. Karuli V. Imperatoris [...] *Leges capitales*: a Georgio Remo *Paraphrasi expositae scholiisque illustratae*, Christophorus Corvinus, Herbormae Nass. 1600), ad Heidelberg, a spese di J.C.B. Mohr, nel 1837.

precedenti pratiche inveterate e condivise. E proprio nella figura del giudice delineata dalla *Carolina* si specchia l'immagine della nuova giustizia penale che poi rimbalza nelle raffigurazioni che di quella giustizia vengono allestite e diffuse <sup>(120)</sup>.

I tempi ed i luoghi della diffusione sono probanti. Le Giustizie bendate appaiono in pubblico poco dopo la promulgazione della *Carolina* — nessuna prima del 1532 <sup>(121)</sup> — e tutte nell'area dove essa è in vigore o ricevuta e praticata. Mai nessuna in Italia, tanto per dire. Il corredo è quello solito (bilancia, spada, ginocchio), ma molte di esse esibiscono un'aria bellicosa, con inattesi tratti militari <sup>(122)</sup>: vestono con armature alla tedesca o alla romana, hanno aspetto di virago, appaiono ostili ed aggressive, brandiscono minacciosamente la spada. Le popolazioni dovranno imparare presto che la nuova giustizia è prima di tutto repressione: la *dulcis Virgo* di Giotto o l'incantevole *puella* di Lorenzetti non riuscirebbero ad avvertirle.

Le Bendate stanno in piedi. Rarissime, e quasi solo nella pittura, quelle sedute. Joos Damhouder, in quella sua polemica contro la *Iustitia mundana*, scriverà che chi amministra la giustizia deve stare seduto, per irrogare le sue censure con animo sereno e libero, perché

---

<sup>(120)</sup> I giudici penali saranno integri, probi, onesti e prudenti, preparati e idonei, comanda il primo articolo della *Carolina*, e giureranno di attenersi alla legge dell'Imperatore Carlo, fedelmente, integralmente, in modo onesto e imparziale; e lo stesso faranno gli Scabini e gli altri giudici minori: anch'essi obbediranno alla legge *Carolina* fedelmente e integralmente, sostenendola ed eseguendola con tutte le loro energie morali e intellettuali, *absque dolo et fraude* (art. 4): il che, per chi ha orecchie, vuol dire 'senza fare come una volta, quando *si diceva il diritto* eludendo le *leges* per praticare un *arbitrium* che veniva considerato giustizia'.

<sup>(121)</sup> Erwin Panofsky, *Studi di iconologia. I temi umanistici nell'arte del Rinascimento* (1939), Einaudi, Torino 1975, p. 151 ha potuto scrivere (ma non ha citato la fonte) che « la giustizia con gli occhi bendati si trova per la prima volta intorno al 1530 », grazie a E. von Moeller, *Die Augenbinde der Justitia*, in « Zeitschrift für christliche Kunst », 18, 1905, n. 4, col. 115, il quale ha trovato una giustizia bendata sul frontespizio di un'edizione della *Wormser Reformation* (legge ispirata alla dottrina penale di diritto comune), stampata a Frankfurt nel 1531 dal tipografo Christian Egenolph. Il contenuto del volume, insieme al fatto che quella giustizia tiene la bilancia in equilibrio davanti ad un ricco e un povero, inseriscono perfettamente l'insegna del tipografo Egenolph nella filiera che dal folle del *Narrenschiff* conduce fino alle bendate che propugnano i tempi nuovi segnati dalla legge *Carolina*.

<sup>(122)</sup> Sulla 'verGINE armata' vedi S.F. Matthews Grieco, *Ange ou diablesse. La représentation de la femme au XVIe siècle*, Flammarion, Paris 1991, pp. 111 sgg. e p. 162.

nella *quies* del *recte sedendo* l'anima trova sapienza e prudenza <sup>(123)</sup>: le giustizie erette, in tutta evidenza, vogliono significare ben altro. Infine, queste Giustizie di pietra, bendate, minacciose e levate, vengono disseminate, come ho già detto, in luoghi pubblici, frequentati e simbolici: piazze e fontane, municipi e tribunali, così che guardando le Giustizie messe a presidiare il 'fuori', i sudditi si facciano un'idea adeguata della giustizia che si pratica dentro <sup>(124)</sup>. Perché chi alza gli occhi e guarda la Giustizia vi vede piuttosto il giudice, e medita su cosa può aspettarsi da lui.

L'offensiva avrà successo. L'idea egemonica che pretendeva di ridurre la giustizia alla mera applicazione della legge penale farà strada, anche grazie alla pedagogia delle Bendate. Né le faranno soverchio ostacolo le difficoltà che la *Carolina* avrebbe incontrato nel farsi accettare. Dentro lo sviluppo e l'affermazione di quella idea egemonica, le immagini hanno ovviamente un ruolo ridotto e secondario. Ma per quanto accessorie e strumentali, hanno anch'esse contribuito al dispiegamento di una giustizia penale di apparato in costante crescita, vettore dell'idea che alla legge si deve obbedire perché è la legge, e che in questo sta la giustizia <sup>(125)</sup>.

---

<sup>(123)</sup> « Iustitia in solio residens indicat omnem iustitiae administratorem debere sedere [...]. Hoc est, debere inferri censuram animo quieto, libero, et ab humanis affectibus desecato [...]. Et recte sedendo debet iudex sententiam pronuntiare. In quiescendo enim et sedendo anima fit sciens et prudens, Aristotele teste [...] » (Damhouder, *Praxis rerum criminalium*, cit., cap. CLIV, n. 2, princ.).

<sup>(124)</sup> Robert, *Une allégorie parfaite*, cit., pp. 119 sgg., ha dedicato un capitolo del suo libro alla *Politique des fontaines*, ed ha anche fatto cenno agli interni dei palazzi di giustizia nei quali veniva praticata una speciale pedagogia rivolta ai giudici, mirata ad elevarli con alti esempi edificanti, ma soprattutto a tenerli lontani dalla corruzione. I luoghi dove si giudica si riempiono di giudizi di Cambise, di calunnie di Apelle, di Cristi davanti a Pilato, di giustizie famose come quelle di Salomone e di Traiano (ivi, pp. 27 sgg.) non diversamente da quando le chiese medievali brulicavano di giudizi universali, di apocalissi e di pene dell'inferno.

<sup>(125)</sup> Questo era l'*obtinendum*: che singoli e comunità si persuadessero che la giustizia era quella. A questo proposito, incontro (commentato da Paolo Prodi, *Una storia della giustizia*, cit., p. 374), un pensiero (il 326) di Blaise Pascal, formulato ben altrove e un secolo dopo, ma singolarmente consonante: « È pericoloso — scrive Pascal — dire al popolo che le leggi non sono giuste poiché esso non le obbedisce se non a motivo che le crede giuste. E perciò bisogna al tempo stesso dirgli che bisogna obbedirle perché sono leggi, così come bisogna obbedire ai superiori, non perché sono giusti, ma perché sono superiori. In tal

## 7. *La metamorfosi della benda e le virtù del ginocchio*

Man mano che cresce l'egemonia della giustizia misurata con la legge, la benda trascorre inavvertibilmente dalla minaccia alla rassicurazione. Quegli stessi sudditi ai quali all'inizio la Bendata sembrava dire « non ti vedo, non saprò chi sei », via via che le vecchie pratiche arbitrarie cedono il passo <sup>(126)</sup>, potrebbero tendere a 'rileggere' il suo messaggio nel senso di « non guardo nessuno, sarò imparziale ». Rilettura non scontata. Che la giustizia non debba guardare in faccia a nessuno è un'idea da Stato di diritto, da soggetto giuridico unificato, da società laicizzate. Nel pieno di quel Cinquecento, le comunità, gli integrati, i protetti fanno fatica a considerare 'giusta' una giustizia che non distingue, che non considera, che non guarda bene in faccia alle persone e alla loro *qualitas*, qualsiasi cosa abbiano fatto. L'imparzialità li inquieta. L'idea di uguaglianza giuridica di cui sembra incinta la giustizia nuova piace a pochissimi e spaventa tutti gli altri.

L'interpretazione della benda come attributo di 'neutralità' (non guarda in faccia a nessuno: è imparziale), corrente nel corso del XIX secolo, si fa strada, *tra i dotti*, sullo scorcio del XVI. Se ne trovano tracce in Alciato che effigia un *Princeps iudex* nel 1531 come giudice integro e imparziale *pro tribunale sedente* <sup>(127)</sup>, al quale dopo

---

modo ecco prevenuta ogni sedizione, se si riesce a far intendere ciò e che questa è propriamente la definizione della giustizia » (B. Pascal, *Pensieri*, a cura di V.E. Alfieri, Rizzoli, Milano 1952, p. 129).

<sup>(126)</sup> Non mi stanco di dire che l'abbandono delle pratiche arbitrarie della giustizia negoziata conosce un cammino lento, lungo, contrastato, pieno di contraddizioni, di *revirements* e di eccezioni. Approderà molto tardi, dopo che una rivoluzione europea avrà scardinato il sistema cetuale ed i rapporti tra ineguali che ne ostacolavano la marcia, ma anche allora, come sappiamo, non scomparirà del tutto dalla scena.

<sup>(127)</sup> A. Alciato, *Emblematum liber*, Steyner, Augusta Vindelicorum 1531, *In Senatu boni Principis*. L'immagine del giudice severo e incorrotto, resa chiudendogli gli occhi (mentre la Giustizia deve vederci benissimo) veniva da lontano. Alciato, in un'altra sede, aveva ripreso la celebre descrizione della Giustizia fatta da Crisippo, che era già servita ad Aulo Gellio (vedi nota 14), aggiungendo che « [...] memoriae traditum est, magistratuum statuas a Thebanis ita solere formari, ut sine manibus essent, principum vero clausis oculis: nimirum eam iustitiae naturam esse ostendentes, ut incorrupta sit, nec pretio precibusve, aut alienae ulli voluptati cedat » (A. Alciato, *Oratio in laudem iuris*, in *Omnia opera in quatuor tomos digesta*, Th. Guarinum, Basileae 1582, vol. III, 1023-1026).

vent'anni, nell'edizione lionese degli *Emblemata* del 1551, qualcuno metterà una postuma benda <sup>(128)</sup>; o in Cesare Ripa, che qualche decennio dopo compie un'operazione del tutto simile <sup>(129)</sup>. Alciato e Ripa sono due italiani: un giurista di straordinaria qualità ed un più modesto erudito che ha fatto fortuna e fama con l'*unum opus* della sua vita. Trattano *a parole* di un attributo che in Italia non troverà nemmeno un esempio figurativo <sup>(130)</sup>. Il fatto è che l'Italia, che aveva preceduto di quasi un secolo il resto d'Europa nell'emersione del penale e nella creazione di un penetrante processo ad azione pubblica, quanto all'affermazione di una giustizia egemonica di apparato marcava da tempo un prolungato stallo che le stava infliggendo un severissimo ritardo.

Ma torniamo al nodo della Giustizia che non vede. C'è tra gli interpreti dell'allegoria chi dice che la benda vanifica tutti gli altri attributi, perché una Giustizia cieca ignora cosa dice la bilancia e non sa dove dirigere la spada. Ha ragione invece Chaïm Perelman che con approccio, diciamo, un po' meno positivista (o forse soltanto meno goliardico), ritiene che « pour la justice, seule la pesée compte », e che proprio la benda garantisce che essa si atterrà alla pesata, senza farsi impressionare da nient'altro <sup>(131)</sup>. Non diversa-

<sup>(128)</sup> Robert, *Une allégorie parfaite*, cit., p. 80. L'edizione che reca l'aggiunta della benda è: *Andreae Alciati Emblematum flumen abundans*, M. Bonhomme, Lugduni 1551, che si vale di una dell'anno prima: *Andreae Alciati Emblemata, denuo ab ipso autore recognita*, G. Rovilium, Lugduni 1550.

<sup>(129)</sup> Anche Cesare Ripa, nella sua celebre *Iconologia* passa per due fasi significativamente diverse. Nella *Iconologia ouero descrizione dell'imagini universali cauate dall'antichità et da altri luoghi*, Eredi Gio. Gigliotti, Roma 1593, descrive la *Giustitia Secondo Aulo Gellio* (« [...] occhi di acutissima vista [...] »), e poi nella *Nova iconologia* (1618), indica gli attributi di « [...] quella sorta di giustizia che esercitano ne' Tribunali i Giudici et gli esecutori secolari ». Si tratta in sostanza della giustizia penale praticata: « Donna vestita di bianco, habbia gl'occhi bendati [...] tenga la spada e le balance » (*Nova iconologia*, cit., I, p. 188).

<sup>(130)</sup> Giustizie bendate (rare, bisogna dire) si vedranno in Francia, nelle Fiandre o in Vallonia, ma mai nessuna ne ho trovata in Italia. Lorenzo Sinisi mi ha mostrato tempo fa due copie identiche di un'edizione veneziana dei *Commentari* di Giason del Maino, decorate con una piccola Giustizia che aveva la benda in una copia, ma non nell'altra. La tiratura con la Giustizia bendata era destinata al mercato tedesco.

<sup>(131)</sup> « Pour la justice, seule la pesée compte. Le bandeau qui recouvre

mente Cesare Ripa lodava l'idea di bendare la Giustizia per impedirle di « adoperare per giudice il senso nemico della ragione »<sup>(132)</sup>.

Più complesso l'approccio di Damhouder<sup>(133)</sup>. La sua è una critica di fondo alla giustizia mondana in genere, della quale conosce bene la pratica ed ha compreso le strategie. Intanto ha capito il senso originario della benda: la giustizia *fasciolata*, vuole essere neutrale<sup>(134)</sup>, ma nel suo *rigor* sarà arcigna ed ingiusta, perché irrimediabilmente negata all'*aequitas*; la sua cecità le vieta di « benigne cognoscere » o di « praebere aspectum amicum et intentos oculos ». Quella *oculata*, da parte sua, conosce i rischi della *partialitas* e della *corruptio*. Equilibrio suggerisce quindi Damhouder, ma non dopiezza. Ho rappresentato una giustizia bifronte, scrive, anche per deprecare quei giudici che non si vergognano di assumerla come condotta: severi fino alla crudeltà con gli indifesi, i poveri, i miserevoli, ma indulgenti e condiscendenti fino alla corruzione con gli amici, i ricchi, i potenti.

Joos Damhouder, se mi spiego, è un militante del sistema delle

---

traditionnellement les yeux des statues de la justice atteste que celle-ci ne tiendra compte que du résultat de la pesée. Elle ne se laissera pas impressionner par d'autres considérations » (Ch. Perelman, *Cinq leçons sur la Justice*, in « Giornale di metafisica », 21, 1966, n. 2-3, p. 214).

<sup>(132)</sup> « [...] il giudice dev'essere senza macchia di proprio interesse, od altra passione: tien gli occhi bendati, non guardando alcuna cosa della quale s'adopri per giudice il senso nemico della ragione » (C. Ripa, *Nova iconologia*, cit., p. 188).

<sup>(133)</sup> Il discorso che segue ed i frammenti che cito nel testo vengono dalla trattazione *De justitia* che il criminalista di Brugge mette alla fine (cap. CLIV) della sua *Praxis rerum criminalium*. Parte da una *effigies iustitiae graphice proposita*, quella bifronte che riproduco nella [fig. 11], della quale dà subito, per così dire, la *legenda*: in alto la *Iustitia bifrons*, sulla sua destra *oculata*, dall'altra parte *fasciola obvincta, et caeca*. Sotto, alla sua destra: *Favor, cognatus. Argentum. Causidicus advocatus. Tutor, receptor*. Alla sua sinistra: *Despectus, miseria. Paupertas. Innocentia, veritas. Vidua, pupillus*. Ai suoi piedi (al centro dell'immagine, sotto di lei): *Unusquisque. Popellus, aut Communitas* (qui chiarisce: simbolizzata dal *rusticus* che dorme, sta la *misera et calamitosa plebecula, cui unusquisque nomen imponitur*). Da ultimo la bocca dell'inferno dalla parte *oculata* e la scala del paradiso dalla parte *caeca* (Damhouder, *Praxis rerum criminalium*, cit., cap. CLIV, *exordium*).

<sup>(134)</sup> Talora, scrive (ivi, n. 3, post prin.), la giustizia viene dipinta interamente cieca, con entrambi gli occhi bendati, perché non veda le parti ed a nessuno mostri un'espressione di odio o di favore.

pratiche: ha fatto lungamente l'avvocato, ha scritto <sup>(135)</sup> una *Praxis* che tutta la penalistica europea userà per un paio di secoli, è stato persino cancelliere criminale nella sua Brugge: la giustizia che guarda solo la legge non gli può piacere e, se posso dire, non la capisce neanche tanto. Quella che lui sostiene, purtroppo, « solius Dei est, et eorum qui Dei iustitiam hic aemulantur ». È la giustizia variegata e accorta che deve restare memore dell'equità: « aequae blanda, aequae oculata, aequae attenta, aequae percupida ».

### *Ad genera Iustitiae*

Nelle Giustizie di pietra, a ben guardare (è il caso di dirlo), c'è posto anche per l'*aequitas* e per il corteo delle sue sorores: la *benignitas*, la *magnanimitas*, la *clementia*, che è virtù regale e che molto si addice alla *Iustitia*.

Venti anni fa, nel corso del *Colloque* tolosano che ho ricordato in una nota all'inizio, il mio vecchio e compianto amico Herman Bianchi, criminologo attento alla storia, tenne una breve relazione dal tono colloquiale, nella quale fece gocciolare una piccola frase: « the Lady is sometimes lifting her skirt in order to show a bare knew ». « Non ho trovato l'interpretazione giusta — aggiunse — forse l'artista cerca di farci credere che la giustizia sia una donna venale e corruttibile? » <sup>(136)</sup>. Non altro. Da allora non ho mai più trovato un cenno al ginocchio della Giustizia nei libri recenti e remoti che mi è capitato di leggere. E dire che si trovano ovunque raffigurazioni della Giustizia che esibiscono il ginocchio nudo (quasi sempre il destro), o che lo ostentano con una protrusione innaturale: capita anzi spesso [figg. 6 e 7] che la veste stessa della Giustizia venga adattata, con insolite fogge, in modo che il ginocchio stia scoperto, perché la Dama ha le mani impegnate e non ha modo di alzare la gonna. Altre volte [fig. 12] il ginocchio viene scoperto con

---

<sup>(135)</sup> Che l'abbia proprio scritta non si può dire. Ma la storia della *Practijcke criminele* di Philipp Wielants dalla quale D. molto ha preso è nota, e non devo riraccontarla.

<sup>(136)</sup> H. Bianchi, *The Scales of Justice as Represented in Engravings, Emblems, Reliefs and Sculptures, in Early Modern Europe*, in G. Lamoine (a cura di), *Images et représentations de la Justice du XVIe au XIXe siècle*, Université de Toulouse-Le Mirail, Toulouse 1985, pp. 7-12.

un gesto che diventa il *focus* dell'intera immagine <sup>(137)</sup>, cosa che difficilmente sfugge all'osservatore.

Quasi tutte le Giustizie bendate scoprono il ginocchio: di solito grazie alla foggia dell'abito nel quale spacchi orlati o fibbie ben messe formano un specie di finestra da cui quello si affaccia, oppure avanzando la gamba per farlo fuoruscire dalla sottana, o addirittura grazie ad una stravagante invenzione sartoriale che con un curioso artificio li mette in prepotente mostra tutti e due <sup>(138)</sup>.

Il ginocchio protruso della Giustizia ha anch'esso una palese ricorrenza. È visibilmente ed innaturalmente protruso quello della piccola Giustizia raffigurata nel 1247 sul sarcofago di Clemente II che sta a Bamberg <sup>(139)</sup>; lo è quello della Giustizia di Andrea Pisano sulla porta del Battistero a Firenze [fig. 7], che è del 1336. Quello della Giustizia che orna il sarcofago inferiore della Cappella Colleoni a Bergamo <sup>(140)</sup> è così spinto in avanti da apparire deforme, turbando la bellezza della *Iustitia puella*. C'è da aggiungere che la statua, così come si vede, è identificabile come 'Giustizia' quasi solo dal ginocchio, non avendo la bilancia (ma la mano sinistra conserva l'atto di reggerla) e tenendo con le sole dita della destra l'impugnatura di una spada che forse aveva la lama, o forse no. Dovrei guardare da vicino questa statua. Certo è che se essa fosse stata concepita fin dall'inizio con quella allusione alla bilancia (la postura della sinistra) e con quella spada senza lama, saremmo in presenza di una straordinaria giustizia messa tutta nel ginocchio, e cioè ridotta a clemenza.

Clemenza. Perché il ginocchio scoperto, mostrato e offerto sta a significare che la Giustizia può essere anche clemente, e che la clemenza è suo attributo ordinario, in mezzo agli altri: la Giustizia è

<sup>(137)</sup> La Giustizia dolente che orna la tomba del santo nella Sebalduskirche a Norimberga (1514-1519), pubblicata da Kissel, *Die Iustitia*, cit., p. 42, afferra la veste e la tira su per scoprire il ginocchio, stringendola con le dita serrate in un gesto che dice dolore e sgomento, e che è il centro drammatico della rappresentazione.

<sup>(138)</sup> È il caso della Fontana di Giustizia che sta a Bienne (secolo XVI), riprodotta in Robert, *Une allégorie parfaite*, cit., p. 99.

<sup>(139)</sup> È la stessa immagine in cui appare anche un precoce *gladium* (vedi nota 79).

<sup>(140)</sup> È del 1501, dice Robert, *Une allégorie parfaite*, cit., p. 101, che la riproduce.

giusta con la bilancia, potente e severa con la spada, imparziale e terribile con la benda, ma anche clemente e benigna col ginocchio. Vedremo perché.

Ragiono da molto sul ginocchio della Giustizia, ma solo ora uno studio di Sergio Bertelli <sup>(141)</sup>, che affronta (*entre autres choses*) l'iconografia dei re ritratti mentre mostrano le gambe, mi mette sulla strada giusta. Anche lui, orientato *olim* in altra direzione (i re gli sembravano mostrare la gamba in segno di *fortitudo* ma anche per alludere alla loro *vis generatrix* <sup>(142)</sup>) s'è poi instradato in quella buona, grazie a una semplice domanda. Ma andiamo per gradi.

I re, ma si direbbe meglio i titolari di elevata *potestas*, vengono spesso rappresentati con una gamba scoperta, o nell'atto di mostrarla <sup>(143)</sup>. Il segno ricorre nell'iconografia dei re di Francia, specie da Luigi XIV in poi, ma già Vasari, nel 1555, aveva dipinto Cosimo de' Medici con le gambe scoperte fino al ginocchio nelle stanze di Leone X al Palazzo dei signori. Rimontando nel tempo, Bertelli ne trova ancora: un Re Numa del 1501, e un altro ignoto re in una *Chronica Hungarorum* del 1488. Ed ecco la domanda: i sovrani mostrano veramente la gamba, oppure la scoprono perché si veda il ginocchio?

La risposta è nelle cose e nella tradizione classica. Nelle cose, perché basterebbe mettere la messe di immagini regali accanto alle schiere di immagini della Giustizia per convincersi che il ginocchio esibito che hanno in comune ben si salda con la virtù della clemenza (*clementia regis, clementia iustitiae*), che è anch'essa patrimonio comune di Giustizia e Re. Ma al di là di questo argomento, ancora

<sup>(141)</sup> Sergio, che ha qui la mia gratitudine, mi ha lasciato leggere il primo capitolo di un suo libro che sta per uscire, dal quale traggio quasi tutto quel che dirò da qui in avanti. Il libro sarà intitolato: *Teste, gambe e piedi regali; le mammelle della sposa; il ventre della Vergine*.

<sup>(142)</sup> S. Bertelli, *Il corpo del re. Sacralità del potere nell'Europa medievale e moderna*, Ponte alle Grazie, Firenze 1990, p. 156.

<sup>(143)</sup> Le gambe accavallate (incrociate) invece indicherebbero severità e intransigenza: il contrario della *magnanimitas* e della *clementia* (Schmitt, *Le miroir du canoniste*, cit., pp. 1471-495, p. 1482 e p. 1484). Nel secolo XII, scrive Schmitt, i re — che si rappresentano con 'una gamba leggermente piegata all'indietro' [in realtà è l'altra che è spinta in avanti per esibire il ginocchio] — vengono sovente raffigurati con le gambe accavallate (p. 1485).

congetturale, c'è la tradizione classica. La letteratura antica trabocca di luoghi in cui le ginocchia sono la sede della *pietas*, della *magnanimitas*, della *clementia* del potente. Ogni volta che si chiede pietà, o soccorso, o intercessione, si abbracciano le ginocchia di qualcuno. Gli esempi sono legione, e stanno in Omero e nei tragici, negli storiografi e nei poeti, e non si arrestano né in Grecia né a Roma. Arrivano all'età moderna, costellano il Rinascimento nella letteratura e nella pittura, persistono nel Cinque e nel Seicento. Gli esempi offerti, « dal Sodoma a Schiavone, a Veronese, a Zuccari [...] che in ordine cronologico si spingono fino a Le Brun e a Maffei, sono per noi estremamente importanti — scrive Bertelli — perché dimostrano come ancora alla fine del Seicento si conoscesse il significato del ginocchio nudo ».

Il ginocchio rinvia dunque alla clemenza (al perdono, o alla stessa *aequitas*) e corona l'immagine della Giustizia agendo quasi da clausola. Né crea contraddizione con gli altri *propria Iustitiae*, perché la clemenza è prerogativa del *posse*, e quindi entra nel concerto delle altre 'virtù' al seguito della spada: dove sta la spada può (o deve) stare il ginocchio, e così è, fin dalle primissime rappresentazioni della Giustizia gladiata <sup>(144)</sup>. Un attributo che sarebbe annegato nell'implicito degli altri ottiene così la sua sede propria. L'allegoria progredisce (la benda valorizza la bilancia (Perelman), dal verdetto della bilancia dipende l'azione della spada, che non dimenticherà il carisma del ginocchio) ed assume una circolarità che le dà compiutezza.

---

<sup>(144)</sup> Come ho già detto sopra: sul sarcofago di Clemente II a Bamberg (dove il ginocchio protruso della Giustizia gladiata è forse anche *allusio* al nome del Papa), o nella Giustizia gladiata della porta di Andrea Pisano nel battistero di San Giovanni a Firenze.



GIOVANNI ROSSI

DOTTRINE GIURIDICHE  
PER UN MONDO COMPLESSO

AUTONOMIA DI ORDINAMENTI E POTERI  
PAZIONATI IN UN *CONSILIUM* INEDITO DI TIBERIO  
DECIANI PER LA COMUNITÀ DI FIEMME (1580)



## 1. *Premessa: l'autonomia di una valle alpina*

L'organizzazione istituzionale che ha storicamente caratterizzato la valle di Fiemme <sup>(1)</sup> propone allo storico un campo d'indagine ideale: essa presenta infatti al contempo elementi comuni con quelli di molte altre comunità alpine ma anche peculiarità sue proprie che ne hanno distinto in qualche misura l'evoluzione rispetto a quella di realtà territoriali solo in parte paragonabili ad essa. Del resto, le tappe salienti della storia di questa valle, almeno a partire dal XII secolo, cioè dal periodo in cui compaiono le prime sporadiche testimonianze scritte in proposito, sono relativamente ben conosciute, affidate alle assidue cure di benemeriti cultori di storia locale <sup>(2)</sup>.

Appare tuttavia degna di nota la quasi assoluta carenza di ricerche dedicate all'analisi storico-giuridica delle vicende che hanno

---

(1) Si tratta della valle che corrisponde al medio corso dell'Avio, torrente che nasce dal ghiacciaio della Marmolada e sbocca nell'Adige, posta con orientamento SO-NE tra la val di Fassa, a monte, e la val di Cembra, a valle, nel Trentino nordorientale.

(2) Cure certamente benintenzionate, anche se non sempre interamente condivisibili sotto l'aspetto della bontà del metodo adottato e quindi della scientificità dei risultati. Le migliori trattazioni in proposito — non esenti peraltro da limiti e carenze — rimangono ancora quelle offerte in anni ormai lontani da T. von Sartori-Montecroce, *Die Thal- und Gerichtsgemeinde Fleims und ihr Statutarrecht*, in « Zeitschrift des Ferdinandeums für Tirol und Voralberg », s. III, XXXVI, 1892, pp. 1-223 e da G. Delvaj, *Notizie storiche della valle di Fiemme*, Tip. Comitato Diocesano Trentino, Trento 1903<sup>2</sup> (rist. anast. 1990). Fonte preziosa di notizie solitamente ben documentate si rivela Nicolò Vanzetta (1787-1839), professore di letteratura italiana presso l'Università di Innsbruck: N. Vanzetta, *Notizie che contribuiscono alla storia della Valle e Comunità di Fiemme dall'anno 1110, fino al 1363 sotto alla guarentia dei Conti del Tirolo, e fino al 1665, sotto a quella degli Arciduchi d'Austria*, s.e., s.l., s.d. (il manoscritto si conserva nell'Archivio della Magnifica Comunità di Fiemme a Cavalese, d'ora in poi AMCF, *Nicolò Vanzetta*, 1). Sulla loro scia vari profili storici, perlopiù in modo tratlazio ed assai poco originale, hanno ripetuto le basilari nozioni in merito ai principali tornanti storici nella vita della comunità.

segnato la vita della Comunità degli *homines vallis Fiemmarum* <sup>(3)</sup>. A dispetto del fatto che le fonti documentarie abbiano assunto nel tempo in via quasi esclusiva la forma di atti giuridici (diplomi e privilegi principeschi, raccolte di consuetudini e testi statutari, atti giudiziari) <sup>(4)</sup>, è mancata sinora una riflessione sul ruolo che il diritto ha giocato lungo i secoli nella costruzione dell'identità di questa realtà alpina.

Nel caso degli abitanti della valle di Fiemme le fonti sono univoche nel mostrarceli assai precocemente <sup>(5)</sup> organizzati come una entità dotata di individualità propria, che come tale agisce e viene percepita dall'esterno, con una precisa fisionomia che emerge con chiarezza sin dalle prime testimonianze documentarie. Nei patti gebardini del 1111 <sup>(6)</sup>, nel diploma enriciano, concesso dal vescovo Enrico III di Metz nel 1314, così come in ogni altra occasione di cui si conservi traccia, osserviamo infatti il riferimento costante ad una struttura comunitativa ancora in embrione ma palesemente presente e vitale, che consente agli uomini della valle di trattare direttamente con il principe vescovo di Trento forme e limiti di una subordinazione politica certo indiscussa <sup>(7)</sup> ma che si dimostra nei fatti a maglie assai larghe. Il riconoscimento dell'autorità sovraordinata dei

---

<sup>(3)</sup> Per un primo liminale approccio, rimasto pressoché isolato, cfr. G. Diurni, *Analisi storica degli istituti giuridici comunitari*, in *La Magnifica Comunità di Fiemme dal Mille al Duemila*. Atti del Convegno di Cavalese (Trentino), (30 settembre-2 ottobre 1988), s.e., Trento 1991, pp. 31-47.

<sup>(4)</sup> Ciò non rappresenta certo una peculiarità distintiva della valle di Fiemme, specie per l'età medievale; cfr. il quadro tracciato in P. Cammarosano, *Italia medievale. Struttura e geografia delle fonti scritte*, La Nuova Italia Scientifica, Roma 1991.

<sup>(5)</sup> Cfr. in tal senso S. Collodo, *Profilo storico della Magnifica Comunità di Fiemme*, in *La Magnifica Comunità di Fiemme dal Mille al Duemila*, cit., pp. 19-29.

<sup>(6)</sup> Di tali convenzioni non è rimasto alcun originale, ma soltanto copie notarili trecentesche, tra l'altro mendose là dove indicano come date dei due atti il 1110 e il 1112; cfr. ora in argomento I. Giordani, *I patti Gebardini secondo la copia del 24 giugno 1322 conservata alla Biblioteca Civica di Trento*, in « Studi Trentini di Scienze Storiche », LXXIX, 2000, pp. 3-32.

<sup>(7)</sup> Circa il fondamento del potere politico del vescovo di Trento esso va ricercato, com'è noto, nei diplomi di donazione del *comitatus* tridentino rilasciati a suo favore dagli imperatori Enrico II (1004) e Corrado II (1027): cfr. per tutti J. Kögl, *La sovranità dei vescovi di Trento e di Bressanone*, Artigianelli, Trento 1964, specie pp. 3-26.

vescovi trentini non impedisce infatti il permanere di spazi di autonomia molto ampi, nei quali ha modo di esprimersi compiutamente l'autodeterminazione dei 'vicini', raccolti nelle regole a loro volta riunite nei diversi quartieri nei quali si articola la Comunità. Su di essa si costruisce e si rinsalda il sentimento dell'appartenenza ad un unico *populus*, capace di reperire il cemento della sua identità nella memoria della costante condivisione di una vicenda storica dipanatasi nei secoli.

La Comunità di Fiemme ci appare dunque fondata *ab initio* su di un'autonomia originaria ed incarna in modo esemplare una peculiare dimensione del mondo medievale <sup>(8)</sup>, con la sua organizzazione istituzionale semplice e rudimentale ma a ben guardare efficiente, longeva e resistentissima e con lo scarno complesso di grezze norme consuetudinarie che la disciplina. La sua ragion d'essere come soggetto autonomo d'imputazione di situazioni soggettive, attive e passive, quale ben presto si accredita nei rapporti con il vescovo di Trento ed i conti del Tirolo, si spiega proprio e soltanto in virtù di un modo peculiare di porsi del dato giuridico, che conduce alla dispersione sul territorio di molteplici soggetti titolari della potestà normativa, a vari livelli e per diversi fini, in nome del bene supremo della massima plasticità ed infrastrutturalità del diritto.

L'esperienza giuridica dell'età di mezzo trova infatti la sua più tipica espressione in una policentrica dislocazione di ordinamenti tra loro autonomi, in un pullulare non preordinato bensì disordinato e perfino caotico ma vitalissimo di realtà particolari ancorate al solido terreno della effettività, all'insegna di un pluralismo spinto fino alla frammentazione estrema degli ordinamenti e dei corpi normativi da questi prodotti così come delle compagini politico-istituzionali ad essi corrispondenti <sup>(9)</sup>.

---

<sup>(8)</sup> In realtà un'autorevole corrente storiografica ha inteso ricondurre l'origine delle forme di auto-organizzazione politico-giuridica delle comunità rurali e montane al periodo preromano; secondo tale ricostruzione la lunga parentesi romana avrebbe condotto ad una loro superficiale apparente 'normalizzazione' senza però annullarne la specificità, poi riemersa in epoca medievale: cfr. G.P. Bognetti, *Studi sulle origini del comune rurale*, a cura di F. Sinatti d'Amico e C. Violante, Vita e Pensiero, Milano 1978, specie pp. 3-37 e pp. 302-315.

<sup>(9)</sup> Mutuo la cornice concettuale di questa analisi dalla felice ricostruzione

2. *Il giurista 'legge' il reale: la potestà normativa originaria del « populus » in Baldo*

Guardando all'ordinamento della valle di Fiemme siamo insomma di fronte alla concreta esperienza di un assetto giuridico tipicamente medievale, quale è stato poi descritto e compiutamente concettualizzato dai giuristi dotti, capaci di tradurre la viva realtà di istituti consuetudinari di lunga durata, del tutto estranei al diritto romano, in articolate teorie in qualche modo ricondotte all'interno dello *ius commune*, frutto insieme di una attenta osservazione del reale e di grande sapienza tecnica. Nell'esercizio corale della loro attività di *interpretatio*, svolta all'occorrenza piegando strumentalmente il significato delle norme reperite nelle compilazioni giustiniane per adattarle alla realtà fattuale ed alle sue inderogabili esigenze, Glossatori e Commentatori civilisti mostrano un'accentuata sensibilità verso il mondo della prassi, valorizzato nei suoi elementi più genuini e duraturi, anche a costo di contraddire, nella sostanza se non nella forma, l'insegnamento romano.

Non sembra allora fuor di luogo né eccessivo mettere in relazione i motivi profondi che legittimano nei confronti del principe l'esperienza comunitaria semindipendente vissuta dagli abitanti della piccola e periferica valle alpina con la concettualizzazione raffinata e di grande spessore teorico circa il fondamento e la natura dell'autonomia normativa dei diversi *populi* svolta da un giurista del calibro di Baldo degli Ubaldi, nella seconda metà del Trecento, in sede di commento alla *l. Omnes populi* (D.1,1,9): i piani sono diversi ed apparentemente lontanissimi, ma il modo di sentire e di vivere il dato giuridico del professore perugino e della comunità di valle trentina appare del tutto analogo; un filo rosso evidente congiunge la *scientia iuris* del maturo *ius commune* e le rozze e lacunose consuetudini delle genti alpine.

La riflessione baldiana pare in effetti voler descrivere ed avallare proprio la diffusissima presenza di realtà particolari, che non si sottraggono all'alto *imperium* dell'autorità sovraordinata né lo negano, ma che rivendicano pur all'interno di quella cornice uno

---

dei tratti salienti della esperienza giuridica medievale formulata da P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari 1995.

spazio di autodeterminazione insopprimibile ed intangibile<sup>(10)</sup>. Vi si trova espresso con efficacia il sentimento di mille diverse e multiformi comunità locali, che fanno comunque tutte valere un'esigenza di autonomia che scaturisce dai fatti e nei fatti si giustifica, con l'orgoglio derivante dalla precisa coscienza d'incarnare un'esperienza radicata profondamente nelle cose secondo uno stabile assetto che unisce *ab immemorabili* quel gruppo antropico e la terra sulla quale e della quale vive: « no. ergo quod populi possunt sibi facere statuta [...] nam sicut populus potest habere propriam consuetudinem [...] a qua non est recedendum: quia habet vim naturae [...] unde tenor: et ordo consuetudinis et statuti non debet praetermitti [...] nam ordo rei dicitur forma rei, quae non debet praevariari: etiam in actu favorabili [...] Modo restat videre nunquid in tali statuto requiratur auctoritas superioris, et videtur quod non: quia populi sunt de iure gentium ergo regimen populi est de iure gentium, ut supra, eo. l. Ex hoc iure, sed regimen non potest esse sine legibus et statutis: ergo eo ipso quod populus habet esse: habet per consequens regimen in suo esse: sicut omne animal regitur a suo spiritu proprio et anima, et si bene se regit, non potest superior se impedire: quia propter bene viventes non sunt factae leges prohibitoriae: sed propter errantes, nam si naturaliter ea quae legis sunt, faciunt, ipsi sibi sunt lex, et sanis non opus est extranea medicina. Si ergo statuta sunt bona secundum exigentiam et conservationem publicam illius loci, non indigent alio direttore: quia confirmata sunt ex propria naturali iustitia. Praeterea quantum unumquodque habet de forma essentiali tantum habet de virtute activa, sed populus habet formam ex se. Ergo et exercitium conservandi se in esse suo, et in forma propria, nam hoc est naturale et permissum quod unumquodque studeat conservationi sui esse [...] »<sup>(11)</sup>.

Ciascun popolo può dunque creare per sé il proprio diritto,

---

<sup>(10)</sup> Alla base sta il « sublime sillogismo » di cui parlava Francesco Calasso in pagine famose: F. Calasso, *Medio evo del diritto. I. Le fonti*, Giuffrè, Milano 1954, pp. 500-501. Si sofferma sul passo J. Canning, *The political Thought of Baldus de Ubaldis*, Cambridge University Press, Cambridge 1987, specie pp. 104-113.

<sup>(11)</sup> Baldo degli Ubaldi, *Commentaria in primam Digesti Veteris partem*, apud Iuntas, Venetiis 1572, *ad l. Omnes populi, 9. ff. de iustitia et iure* (D.1,1,9), f. 14r, nn. 3-5.

poiché tale potestà normativa si ancora nello *ius gentium* (« quia populi sunt de iure gentium ergo regimen populi est de iure gentium ») e viene sottratta così alla sfera dell'arbitrio politico del principe: il diritto (senza che a questo livello vi sia vera differenza qualitativa a seconda che si tratti di diritto orale o scritto, consuetudinario o statutario <sup>(12)</sup> e quindi senza alcuna riserva mentale negativa nei confronti della consuetudine) serve a fornire quella struttura ordinata e stabile (l'« ordo rei » che si rispecchia nell'« ordo consuetudinis et statuti ») di cui il corpo sociale abbisogna in base ad una regola universale posta dalla natura stessa, conforme alla « naturalis iustitia » che rimanda in ultima istanza a Dio e deve quindi considerarsi inderogabile. Non casualmente il serrato ragionamento del giurista risulta costellato di riferimenti al mondo naturale e compare la fortunatissima metafora della società paragonata al corpo umano, con la collegata immagine delle *leges prohibitoriae*, emanate dal *superior* per correggere eventuali patologie sociali. Ad esse, che vengono applicate alla comunità allo stesso modo e con le stesse finalità con cui la medicina si somministra all'organismo malato, bisogna dunque ricorrere soltanto ove necessario. In tale visione al principe non spetta neppure l'autorità di attribuire (e quindi di negare, se del caso) tale *potestas* normativa, che può essere esercitata senza bisogno di preventiva autorizzazione del superiore (infatti « [...] populus habet formam ex se. Ergo et exercitium conservandi se in esse suo, et in forma propria »), ma residua

---

(12) « Praeterea populus potest inducere ius tacitum sine consensu, et scientia superioris, nam inducit consuetudinem nesciente superiore, ut in c. 1. de consti. lib. VI, ergo potest inducere ius expressum idest statutum quia ius expressum et tacitum, ubi non attenditur forma verborum, sed consensus, idem operantur: quia conveniunt in causa et radice et potentia, ergo in effectu » (*ibid.*, n. 7); troviamo espresso lo stesso concetto anche altrove: « Secundo quaero in quo differat consuetudo a statuto. Respondeo quod in hoc, quia statutum est voluntas populi declarata, sicut et lex sed consuetudo est voluntas tacita ex diuturno usu populi proveniens. Unde cum populus declarat voluntatem alicuius usus, dicitur statutum » (Baldo degli Ubaldi, *Praelectiones in quatuor Institutionum libros*, apud Iuntas, Venetiis 1576, ad §. *Omne autem ius, Inst. de iure naturali, gentium et civili* (Inst. 2,12), f. 5v, n. 6). Del resto, è ben chiaro in dottrina che la semplice redazione per iscritto di norme consuetudinarie non ne muta la natura: « Adverte tamen, si consuetudo super aliquo usu est introducta, si postea de ipsa consuetudine fiet statutum, non propterea sublata est consuetudo secundum Doctores » (ivi, n. 7).

unicamente il compito di vigilare sul suo corretto esercizio e di intervenire ove il *populus* mostri di non essere in grado di individuare quale sia il proprio bene e produca regole errate ed inique.

Il giurista sa bene che una simile ricostruzione teorica deve confrontarsi dialetticamente anche con posizioni dottrinali di segno opposto, a loro volta espressione di istanze politiche assai rilevanti e non tace l'obiezione di quanti ritengono comunque necessario ottenere l'approvazione del *superior* e riportano la titolarità della *iurisdictio* in capo al magistrato, quale unico legittimo rappresentante del principe, reputando il *populus* in quanto tale radicalmente privo di ogni autonomo potere normativo <sup>(13)</sup>. La soluzione infine proposta sembra comunque dare voce ad un consapevole sforzo di salvare il principio di autonomia, attraverso un'incalzante serie di *distinguo* che consentono di evitare l'applicazione generalizzata ed improvvida del principio (formalizzato in ambito canonistico da Innocenzo IV) per cui « [...] a populo removetur omnis iurisdictio, ergo removetur iurisdictio statuendi, unde dicit Innocentius quod penes populum iurisdictio nulla residet hodie » <sup>(14)</sup>. Si afferma al contrario la sussistenza di una variegata gamma di situazioni politico-istituzionali, nelle cui pieghe trovano spazio anche ambiti di sostanziale autonomia, fatti sempre salvi i diritti del *princeps*, anzitutto con riguardo alla sfera della regolamentazione dei rapporti negoziali tra privati (ivi compreso il correlato ambito della loro tutela giurisdizionale): « et ideo de iure communi sic distinguendum est aut princeps vetat statutum suo magistratu inconsulto, et tunc non valet statutum [...] Aut princeps non vetat, et tunc refert aut statutum venit in derogationem iurisdictionis principis, puta quod non appelletur in casibus in quibus appellatio est permessa, et tunc non valet statutum factum super hoc directe vel indirecte [...] Aut non veniunt in derogationem iurisdictionis superioris et tunc refert.

---

<sup>(13)</sup> « Praeterea ego video quod populus non potest unum minimum actum iurisdictionis exercere, nisi interveniat magistratus unde non potest apud populum aliquis emancipari [...] sed statuta condere est iurisdictionis: quia qui statuit, ius dicit, immo facit: quod plus est quam dicere ius vel reddere [...] » (Baldo degli Ubaldi, *Commentaria in primam Digesti Veteris partem*, cit., ad l. *Omnes populi*, n. 9).

<sup>(14)</sup> Ivi, n. 13. Il riferimento è al commento innocenziano al *Liber Extra*, ad c. *Cum accessissent*, *Extra, de constitutionibus* (c.8,X,1,2).

Aut quis statuit super reservatis superiori, ut super legitimatione spuriorum, et non valet, et intelliguntur reservata omnia, quae concernunt supremam potestatem [...] aut quis statuit super aliis non reservatis et tunc valet statutum: quia est concessum fieri per hanc legem et similes, et hoc verum ad ordinationem negotiorum vel iudiciorum. Item ad causarum decisionem civilem non criminalem: quia criminalia respiciunt ius fiscale, et sic superioris » (15).

### 3. *L'identità di un popolo nello specchio del suo diritto*

Di fronte all'oggettivo e concretissimo problema dello sfruttamento economicamente efficiente della terra (di una terra povera ed avara come quella della montagna), può corrispondentemente svilupparsi un *corpus* di norme giuridiche scaturite proprio dal tentativo di soddisfare quelle esigenze, elaborate in piena autonomia dalla singola comunità, svincolata da condizionamenti formalistici e da preoccupazioni estranee allo sforzo totalmente assorbente della messa a punto di strumenti giuridici atti ad ottimizzare l'impiego delle magre risorse naturali disponibili. Il risultato è il frutto di una lenta e costante evoluzione maturata in tempi lunghissimi, che ha condotto una piccola ma coesa comunità antropica ad adattarsi a convivere con condizioni naturali assai difficili, imparando a superarle mediante una quotidiana lotta per la sopravvivenza affrontata unendo le forze di tutti gli appartenenti al gruppo e vinta soltanto grazie all'operosità concorde dell'intera collettività.

Tale atteggiamento, in presenza di analoghe difficoltà e di identici bisogni, si riscontra pressoché in ogni regione d'Europa, anche se nelle regioni montane la crudezza di una natura inclemente

---

(15) Ivi, nn. 15-18. La complessa analisi baldiana prosegue in verità ammettendo in certi casi anche una competenza in campo penale per le *civitates* che siano svincolate dall'autorità superiore del *princeps* (« [...] si talis est civitas, cuius magistratus de consuetudine, vel de iure non confirmatur per superiorem tunc apud talem civitatem est plena iurisdictio [...] et iurisdictio est dominium [...] et sicut dominus est moderator, et arbiter ita talis civitas [...] et potest in subditos omnia statuere: et in summa quantum habet iurisdictionis tantum habet auctoritatis condendi statuta »: ivi, f. 14r-v, nn. 18-19); è chiaro tuttavia che il giurista pensa qui ai grandi comuni cittadini, e non rientra certamente nella fattispecie il caso della piccola comunità di valle, priva di *iurisdictio*.

e spesso ostile impone le soluzioni da adottare, privando le popolazioni di reali alternative: per questo ovunque, nelle zone montuose, s'instaurano forme comunistiche di sfruttamento delle risorse agropastorali e ad esse si accompagna in area rurale il parallelo sviluppo di aggregazioni familiari e di villaggio, che trovano la loro concreta giustificazione ed una valida legittimazione nell'annodarsi di legami indissolubili che uniscono senza scampo i membri tra loro e con la terra (16). Protagonisti assoluti della vita di tali formazioni sociali sono quei fatti che si qualificano come immediatamente produttori di diritto ed incidono in profondità sul fenomeno giuridico condizionando l'esistenza delle popolazioni contadine in età premoderna, poiché si impongono con la forza irresistibile propria di elementi naturali che l'uomo non può modificare nella loro oggettiva incombenza: la terra, sulla quale e grazie alla quale la comunità vive, il sangue, che rimanda ad una comune origine ed infine il tempo, che con il suo trascorrere evidenzia gli elementi strutturali e non transuenti intorno ai quali si costruisce l'identità del gruppo (17).

D'altra parte, con il passare del tempo, le forme nelle quali ha trovato espressione la vita collettiva, cristallizzate in una veste giuridica relativamente ben definita, si sono iscritte in modo permanente nel patrimonio condiviso di costumi dal quale quelle comunità hanno attinto il nucleo indisponibile ed imm modificabile di regole il cui rispetto ha rappresentato la condizione stessa della loro esistenza. Su di esse si è fondata la riconoscibile fisionomia identitaria

---

(16) Ancora durante l'*Ancien Régime* e fino in pieno Ottocento in Italia ed Europa si registra la diffusa persistenza di comunità di villaggio, organizzate intorno alla gestione comunitativa di terre civiche; cfr. G. Tocci (a cura di), *Le comunità negli Stati italiani d'antico regime*, Clueb, Bologna 1989; molti materiali in argomento sono stati raccolti (anche se con scarso approfondimento critico e con accostamenti discutibili di situazioni assai diverse) in una trilogia che offre un'estesa panoramica in materia: M. Guidetti, P.H. Stahl (a cura di), *Il sangue e la terra. Comunità di villaggio e comunità familiari nell'Europa dell'800*, Jaca Book, Milano 1977; Id. (a cura di), *Un'Italia sconosciuta. Comunità di villaggio e comunità familiari nell'Italia dell'800*, Jaca Book, Milano 1977; Id. (a cura di), *Le radici dell'Europa. Il dibattito ottocentesco su comunità di villaggio e familiari*, Jaca Book, Milano 1979.

(17) Rimando ancora alle notazioni di Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, cit., pp. 72-75; già svolte più diffusamente in Id., *Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale delle situazioni reali*, in « Ius », n. s., XVIII, 1967, pp. 255-85.

che ha fatto degli abitanti di un territorio un *populus*, dotato di un proprio ordinamento giuridico. Incontriamo così un nocciolo di consuetudini antiche puntigliosamente custodito, dotato dei caratteri della stabilità e della doverosità mutuati dalla natura giuridica di quelle regole, al quale ben si attaglia l'analisi svolta da Aron Gurevič circa l'importanza centrale del diritto nella vita delle popolazioni medievali<sup>(18)</sup>. In epoche di pluralismo giuridico e di sistemi economici differenziati e parcellizzati tale realtà si è affermata con un rilievo tutt'altro che secondario in larghe zone d'Italia e d'Europa, frutto ed insieme strumento di un tipo d'organizzazione giuridica, capace di riflettere un complessivo assetto economico e sociale.

Il panorama sociale, politico, economico e giuridico che noi osserviamo in area alpina, di ascendenza medievale e di lunghissima durata, fondamentalmente stabile<sup>(19)</sup> ancora fino alle soglie dell'Ottocento, ci rimanda appunto l'immagine di un universo istituzionale frammentato e pluralistico, dove il diritto nasce dal basso e si modella sulle diverse situazioni che si danno nella prassi senza che il potere politico pretenda di controllare totalmente l'incessante processo della formazione delle norme giuridiche e del loro progressivo e quotidiano adeguamento alle mutevoli fattispecie da regolare.

Ne discende una dissonante polifonia creata dalla compresenza di molteplici sistemi di norme, di plurimi ordinamenti covigenti all'interno di compagini istituzionali (regni, signorie territoriali, lo stesso impero) che accettano di esercitare un potere fortemente limitato, concettualmente e praticamente, ancorché comunque non puramente virtuale. I detentori del potere politico non presumono cioè di poter monopolizzare l'attività di creazione del diritto né tanto meno di poter imporre con la forza alle popolazioni soggette norme calate dall'alto, espressione della volontà arbitraria di un'autorità sovraordinata e come tali totalmente svincolate dall'indispensabile

---

<sup>(18)</sup> Mi riferisco al capitolo dal titolo « Un paese si costruisce sul diritto » in A.Ja. Gurevič, *Le categorie della cultura medievale* (Moskva 1972), tr. it. a cura di C. Castelli, Einaudi, Torino 1983, pp. 163-223.

<sup>(19)</sup> Ciò non significa sposare la tesi antistorica della completa immobilità delle società alpine, sottratte a qualsiasi apprezzabile divenire storico, giustamente sottoposta a critica nei più recenti studi antropologici: cfr. P.P. Viazzo, *Comunità alpine. Ambiente, popolazione, struttura sociale nelle Alpi dal XVI secolo ad oggi* (Cambridge 1989), Carocci, Roma 2001<sup>2</sup>, specie pp. 339-56.

avallo della coscienza collettiva circa la loro concreta corrispondenza a giustizia ed equità <sup>(20)</sup>.

Si tratta di ordinamenti strutturati intorno a principi ispirati ad un modo peculiare e radicalmente alternativo a quello moderno <sup>(21)</sup> di intendere tanto il ruolo del singolo all'interno del gruppo sociale di appartenenza quanto il rapporto instaurato tra la comunità e la terra su cui essa vive e lavora <sup>(22)</sup>: un rapporto fissato in norme giuridiche consuetudinarie scolpite nella coscienza delle popolazioni che le hanno elaborate e sperimentate nel tempo con la percezione che si trattasse di un valore positivo da conservare e difendere <sup>(23)</sup>.

L'evoluzione conosciuta nei secoli bassomedievali dalla valle di Fiemme non si distacca da tali coordinate generali. Anche le locali regole consuetudinarie, in origine tramandate oralmente, sono state poi travasate in testi scritti, divenuti via via più completi e relativamente organici, fino a giungere a formare un *corpus* normativo di qualche rilievo, pur se assai scarno e lacunoso in confronto con quelli elaborati dalle città di pianura. Tra la fine del XV e l'avvio del XVII secolo esso è stato diligentemente trascritto, per esser conservato con cura presso la stessa Comunità <sup>(24)</sup>, a presidio della intangibilità di regole che, sottratte ad ogni unilaterale iniziativa

<sup>(20)</sup> Su tutto ciò cfr. P. Grossi, *Un diritto senza Stato (la nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)*, in « Quaderni fiorentini », XXV, 1996, pp. 267-84, nonché Id., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano 2001, specie pp. 15-39.

<sup>(21)</sup> Cfr. Id., « *Un altro modo di possedere* ». *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Giuffrè, Milano 1977.

<sup>(22)</sup> Per dirla con Gurevič: « [...] il rapporto con la terra univa in un vincolo organico particolare l'individuo, il gruppo al quale apparteneva, e la natura » (Gurevič, *Le categorie della cultura medievale*, cit., p. 48).

<sup>(23)</sup> Si vedano in merito le notazioni di D. Quagliioni, *La consuetudine come costituzione*, in P. Nervi (a cura di), *Dominii collettivi e autonomia*. Atti della V riunione scientifica (Trento, 11-12 novembre 1999), Cedam, Padova 2000, pp. 21-40; per un'analisi dei caratteri che legge e consuetudine presentano nell'esperienza giuridica medievale cfr. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, cit., specie pp. 87-98; pp. 135-44; pp. 182-90.

<sup>(24)</sup> Si vedano i capp. 27, 28 e 29 del libro I degli *Statuti* del 1613 (cfr. *infra*), che prevedono norme assai rigide per la conservazione a cura dello scario (il capo eletto della Comunità) di « tutti li privilegii, instrumenti et scritture pubbliche et private della Comunità » (cap. 27).

signorile, sono state costantemente riconosciute valide ed effettivamente vigenti dalla sede episcopale tridentina ed hanno goduto della puntuale conferma da parte di ogni nuovo principe vescovo, così come da parte dei Conti del Tirolo, titolari dell'avvocazia sulla chiesa trentina. L'archivio della Magnifica Comunità <sup>(25)</sup> conserva ancor oggi la lunga serie degli atti di solenne conferma delle consuetudini e statuti della valle <sup>(26)</sup>, tradizionalmente rilasciati dal vescovo all'indomani del suo insediamento sulla cattedra episcopale trentina, anche se non di rado la loro concessione risulta posticipata di alcuni anni, nonostante le reiterate richieste provenienti dalla valle, segnale manifesto di sotterranei e talora palesi attriti politici e del non infrequente tentativo del principe di limitare ed erodere in qualche modo le prerogative comunitative. Per intendere l'importanza di simili documenti basti leggere la parte centrale del c.d. privilegio enriciano, capostipite e modello di tutte le successive conferme dei diritti della comunità: « nos igitur [...] vobis omnibus et singulis hominibus viventibus dictae vallis tam praesentibus, quam futuris, sic quousque preservatis in possessione ipsorum montium supradictorum, ex certa scientia in perpetuum ipsos montes supradictos vobis confirmamus, et investimus, et ipsam tenutam et possessionem corporalem, quam habuistis, et pro nunc habetis,

---

<sup>(25)</sup> Recentemente è stato provvidamente approntato un nuovo inventario: M. Bonazza, R. Taiani (a cura di), *Magnifica Comunità di Fiemme. Inventario dell'archivio (1234-1945)*, P.A.T. Servizio Beni Librari e Archivistici - Magnifica Comunità di Fiemme, Trento-Cavalese 1999.

<sup>(26)</sup> Si veda il loro elenco completo, dal XIII secolo a tutto il XVIII, in Giordani, *I patti Gebardini*, cit., pp. 30-32. Numerosi di essi sono riportati in appendice alle *Eccezioni della Comunità di Fiemme contro il nuovo Statuto...*, s.e., s.l. s.d. [1784]. Si tratta dell'importante memoriale steso da Carlo Antonio Pilati per resistere davanti al tribunale di Innsbruck contro il tentativo operato nel 1783 dal principe vescovo Pietro Vigilio Thun di riformare d'autorità le antiche consuetudini in vigore nella valle, modificandole in senso restrittivo delle tradizionali prerogative. Per difendere i diritti della Comunità, Pilati richiama ancora una volta gli antichi diplomi rilasciati dai principi vescovi. Sulla vicenda settecentesca rimandiamo a G. Rossi, *Le « Eccezioni della Comunità di Fiemme contro il nuovo statuto... » (1784) di Carlantonio Pilati: riforme illuministiche e difesa della tradizione giuridica nel '700 trentino*, in *Carlantonio Pilati (1733-1802). Un intellettuale trentino nell'Europa dei Lumi*, Atti del Convegno internazionale di studi (Accademia Roveretana degli Agiati, Rovereto, 6-7-8 marzo 2002), in corso di stampa.

perpetuis temporibus approbamus et ratificamus omnia, via, iure, modo et forma quibus nobis de iure permissum est, ac ratam et gratam ipsam tenentam ipsorum montium perpetuis temporibus habemus, et habere volumus. Ne de cetero a malignis personis in dictis montibus molestamini, volentes quod omnes et singuli homines, tam clerici, quam laici, qui habitant in dicta Valle Flemmarum domicilia habentes tam praesentes quam futuri, ut possint, et valeant futuris temporibus buscare, piscari, capulari, pascolare, venari ubique locorum et terrarum dictae vallis Flemmarum, ac etiam pignora facere alienigenas et forenses non habentes domos seu domicilia, et habitationes in dicta Valle Flemmarum volentes montes ipsorum molestare seu alias gratias a nobis ipsis hominibus Vallis nostrae Flemmarum factas desolare » (27).

L'esercizio dei diritti sui monti della valle, di cui l'atto offre una pignola ricognizione, ha dato *naturaliter* luogo alla lenta formazione di consuetudini, la cui prima stesura dotata di una sia pur minima organicità, anche se in verità composta di poche decine di norme in lingua latina, ci consente di risalire soltanto fino al 1480; essa è stata poi travasata in un *quadernollo* che ne reca la traduzione in italiano, redatto nel 1533-1534 (28), ma bisogna giungere addirittura al 1613 per reperire un *corpus* strutturato ed organico formato da alcune centinaia di norme e diviso in più libri (29), destinato e restare in vigore fino alla riforma del 1794.

---

(27) AMCF, cass. A, n. 1. Il privilegio si trova pure trascritto quale 'Allegato' alle *Eccezioni della Comunità di Fiemme contro il nuovo Statuto...*, cit., sub lett. X, pp. 163-167: 165 (da qui cito); il testo prosegue: « [...] et ut melius omnia, et singula supradicta suum sortiantur effectum mandamus, omnibus et singulis vicariis seu rectoribus dictae Vallis Flemmarum tam praesentibus, quam futuris sub contemptu nostrae Gratiae, ac etiam sub aliis poenis a Nobis nostrisque successoribus ipsis vicariis infligendis, quod in dictis montibus, et gratiis omnes, et singulos homines supradictae Vallis Flemmarum tam praesentes, quam futuros conservent et conservari faciant » (p. 166).

(28) La redazione in latino purtroppo non si è conservata. Il testo statutario è conservato in AMCF, *Statuti*, n. 1; si può inoltre leggere trascritto nell'*Anhang I: Il Quadernollo della Comunità di Fiemme (1533-1534)* di Sartori-Montecroce, *Die Thal- und Gerichtsgemeinde Fleims und ihr Statutarrecht*, cit., pp. 180-208.

(29) Si tratta del c.d. *Libro delle consuetudini* (AMCF, *Statuti*, n. 2), di cui varie copie settecentesche si conservano anche nella Biblioteca Comunale di Trento (il testo è parzialmente riprodotto in F. Giacomoni (a cura di), *Carte di Regola e*

Ci troviamo di fronte ad un tipico esempio di quegli ‘statuti di valle’ e ‘carte di regola’ così frequentemente presenti nel patrimonio giuridico soprattutto delle comunità alpine <sup>(30)</sup> e che si inseriscono nel grande filone della statutaria d’epoca medievale. Si tratta di raccolte normative che hanno assai poco in comune con la legge formale, intesa quale espressione autoritativa della volontà di un soggetto sovrano, e vogliono invece, più modestamente e più concretamente, rappresentare una descrizione fedele degli usi giuridici posti a fondamento e presidio dei diritti delle popolazioni locali e come tali sentiti dalla popolazione e tramandati di generazione in generazione <sup>(31)</sup>.

4. *Il principe e la Comunità: la dialettica tra « plenitudo potestatis » e « iura acquisita per viam contractus »*

La storia della Comunità di Fiemme è la storia plurisecolare della vita di una Comunità autonoma, dotata di forme di autogoverno e di poteri normativi originari anche se iscritta all’interno di una compagine politica superiore che la comprende e dunque soggetta al potere del principe vescovo, al quale spetta l’esercizio delle prerogative legate alla sovranità anche nei confronti degli uomini della valle, a cominciare dalla *iurisdictio* <sup>(32)</sup>; una storia resa

---

*Statuti delle Comunità rurali trentine. II. Dalla seconda metà del ’500 alla fine dell’età dei Madruzzo, Jaca Book, Milano 1991, pp. 466-524).*

<sup>(30)</sup> Si vedano per l’area trentina i ricchi materiali raccolti nei tre volumi di Giacomoni (a cura di), *Carte di regola e statuti delle comunità rurali trentine*, cit. (su tale edizione si vedano tuttavia i rilievi critici svolti nella recensione di G.M. Varanini, in « Geschichte und Region - Storia e regione », I, 1992/2, pp. 154-61); cfr. inoltre E. Capuzzo, *Carte di regola e usi civici nel Trentino*, in « Studi Trentini di Scienze Storiche », LXIV, 1985, pp. 371-421; M. Nequirito, *Le carte di regola delle comunità trentine: introduzione storica e repertorio bibliografico*, Arcari, Mantova 1988.

<sup>(31)</sup> In proposito rimandiamo a G. Rossi, « È stato osservato e si osserva... »: *l’identità di un popolo nello specchio del suo diritto. Il « Libro delle consuetudini » (1613) della Comunità di Fiemme*, Relazione tenuta al Seminario internazionale di studi (Trento, 14-15 giugno 2002) *Comunità alpine: linguaggi, identità e comunicazione politica (secoli XV-XVIII)*, in corso di pubblicazione su « Archivio Storico Ticinese », s. II, XL, 132, 2002.

<sup>(32)</sup> Degna di nota comunque l’assenza nella valle di poteri signorili inter-

possibile dal permanere nel tempo (anche se non immobile) di un assetto giuridico-politico complesso, insieme fragile e resistente, fondato su di un difficile equilibrio nella ripartizione delle competenze tra comunità locale e potere centrale. L'assetto politico-istituzionale creato dai valligiani è infatti frutto di una accorta disponibilità alla contrattazione con l'autorità sovraordinata, all'insegna della ricerca di un sostenibile punto di equilibrio nella ripartizione negoziata di poteri e prerogative <sup>(33)</sup>; in tale quadro, sostanzialmente stabile ma costantemente minacciato dalle pretese principesche e sempre difeso con sagace fermezza dalla Comunità di valle, viene riconosciuto al vescovo di Trento l'esercizio della giurisdizione civile e criminale (affidata in concreto inizialmente ad un gastaldione appositamente presente nella valle due volte l'anno e poi, dal 1322, ad un vicario vescovile stabilmente insediato a Cavalese <sup>(34)</sup>, affiancato a partire dal 1340 <sup>(35)</sup> anche da un capitano, ugualmente di nomina trentina) ed il diritto alla riscossione annuale delle limitate prestazioni previste già nei patti gebardini, segno tangibile del dominio eminente vantato sull'intero territorio dal principe. Tali antichi patti forniscono dunque *in nuce* lo schema dei rapporti tra principe e Comunità soggetta, indicando anche i limiti teoricamente invalicabili delle rispettive competenze ed assicurando agli *homines vallis Flemmae*, all'interno di quella cornice convenzionalmente fissata, ampi spazi di sostanziale autogoverno, soprattutto in merito a tutto quanto concerne l'amministrazione del consistente patrimonio comunitativo.

Questa storia, tuttavia, può per converso essere letta anche come un susseguirsi inesauribile di episodi nei quali la tensione

---

medi ed in specie feudali, se non su porzioni marginali e periferiche del territorio (quali quelle soggette prima ai conti di Appiano e poi ai signori di Egna).

<sup>(33)</sup> A risultati significativamente analoghi giunge, utilizzando però gli strumenti d'indagine propri dell'antropologia storica e non quelli giuridici, la ricerca condotta da H.G. Rosenberg, *Un mondo negoziato. Tre secoli di trasformazioni in una comunità alpina del Queyras* (Toronto 1988), tr. it. a cura di A. Zanotto, Carocci, Roma 2000.

<sup>(34)</sup> Vanzetta, *Notizie che contribuiscono alla storia della Valle...*, cit., §. 32, f. 15r-v. Secondo Delvaj, invece, un vicario stabile apparve solo nel 1331: Delvaj, *Notizie storiche*, cit., pp. 73-74.

<sup>(35)</sup> Ivi, pp. 82-83.

dialettica sempre latente tra principe vescovo e *communitas* si fa manifesta e sfocia invariabilmente in tentativi operati dal primo di ridurre e deprimere l'autonomia della seconda, attaccandone i privilegi, negandone certi poteri, mettendo in discussione spazi d'intervento in precedenza incontestati, allo scopo di eliminare una presenza palesemente ed oggettivamente contrastante con ogni possibile disegno di rafforzamento della posizione vescovile e di costruzione di una compagine statale moderna, conformemente all'evoluzione che coinvolge in qualche misura l'intera Europa, a partire almeno dal tardo Quattrocento.

La ricostruzione storiografica offertaci da storici locali quali Giorgio Delvaj e, prima di lui, Nicolò Vanzetta propone proprio questa chiave di lettura, descrivendo puntigliosamente gli attentati alla libertà della « semirepubblica »<sup>(36)</sup> sorta nell'appartata valle alpina e l'accorata e (spesso) efficace resistenza della gente di Fiemme di fronte al venir meno di molti vescovi agli impegni presi dai predecessori di rispettarne le tradizioni e le istituzioni, di lasciarla esente da nuove gabelle e di non ingerirsi nella gestione del cospicuo patrimonio boschivo.

Un capitolo di non piccolo rilievo di questa perenne tensione tra centro e periferia è stato scritto sul finire del Cinquecento, al momento dell'effettiva presa di possesso del principato da parte del cardinale Ludovico Madruzzo, nel 1578, dopo il suo ritardato insediamento sulla cattedra episcopale trentina a causa della decennale contesa con l'Arciduca Ferdinando II, conte del Tirolo e potente 'avvocato' degli episcopati di Trento e Bressanone<sup>(37)</sup>.

---

<sup>(36)</sup> Ivi, p. 31. La terminologia approssimativa adottata da tale invecchiata storiografia denota certo mancanza di rigore concettuale, ma esprime l'esatta percezione di quel pluralismo di ordinamenti giuridici nel quale si iscrive a pieno titolo anche la storia della valle di Fiemme.

<sup>(37)</sup> Come è noto, il *Temporalienstreit* era sfociato nella occupazione militare del Trentino da parte dell'arciduca Ferdinando, impedendo così di fatto al Madruzzo per alcuni anni di esercitare i propri diritti; dal 1567 al 1578 il principato vescovile fu pertanto affidato a dei « Cesarei Sequestratori », commissari imperiali incaricati da Massimiliano II di amministrarlo *in temporalibus*, considerandolo appunto sotto sequestro. Ancora fondamentale per la ricostruzione della vicenda J. Hirn, *Die Temporalienstreit des Erzherzogs Ferdinand von Tirol mit dem Stifte Trient (1567-1578)*, in « Archiv für Österreichische Geschichte », LXIV, 1882, pp. 353-

L'attività di governo del Madruzzo, per altri versi uno dei protagonisti sulla scena politica europea di fine secolo, si distingue infatti anche per una serie di interventi volti a comprimere e ridurre sensibilmente le prerogative di spiccata autonomia godute *ab immemorabili* dagli abitanti della valle. L'offensiva principesca contro i diritti aviti dei valligiani si concreta nella imposizione di nuovi dazi sulle merci, nella previsione del pagamento di una data somma per ogni tronco d'albero abbattuto nei boschi della Comunità ed avviato alla fluitazione lungo l'Avisio ed infine nella negazione in radice della potestà in capo all'*universitas vallis* di autoregolarsi nelle materie di propria esclusiva competenza emanando nuovi statuti, senza la necessità di ottenere la preventiva approvazione del *superior* <sup>(38)</sup>.

La reazione della comunità a tali pretese prende la forma peraltro usuale dell'avvio di un contenzioso mediante l'addizione delle superiori istanze di giudizio, ad Innsbruck ed a Vienna, chiamate a dirimere *de iure* una controversia che mette a repentaglio tanto l'indipendenza economica quanto l'autonomia giuridico-politica della valle e rischia di minare dalle fondamenta il delicato equilibrio tra poteri locali e centrali che si era stabilito nei secoli, ponendo infine indirettamente in dubbio la titolarità dei boschi da parte della Comunità di valle e dunque l'esistenza stessa di questa entità come tale. I rappresentanti dell'*universitas* in tale delicato frangente ritengono necessario assicurarsi i servigi di un giurista dotto, di un professore di fama che possa adeguatamente argomentare valendosi della piena padronanza del sistema normativo di *ius commune*, fornendo una veste giuridica confacente alla difesa delle loro ragioni. La scelta cade su Tiberio Deciani <sup>(39)</sup>, giureconsulto di

---

498; da ultimo cfr. S. Vareschi, *Tra status imperiale e quadro territoriale: i rapporti tra principato vescovile di Trento e contea del Tirolo nella prima età moderna*, in L. de Finis (a cura di), *Storia del Trentino*, Temi, Trento 1996, pp. 211-61, con bibliografia aggiornata.

<sup>(38)</sup> Cfr. Vanzetta, *Notizie che contribuiscono alla storia della Valle*, cit., §. 46, f. 29r-v; Delvaj, *Notizie storiche*, cit., pp. 108-110.

<sup>(39)</sup> Su questo autore si veda A. Marongiu, *Tiberio Deciani (1509-1582), lettore di diritto, consulente, criminalista*, in « Rivista di Storia del diritto italiano », VII, 1934, pp. 135-202 e 312-87; nonché E. Spagnesi, *Deciani Tiberio*, 'voce' del *Dizionario Biografico degli Italiani*, XXXIII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 1987, pp. 538-42.

rango, insieme rinomato consiliatore e rispettato professore presso lo *Studium iuris* di Padova e che probabilmente vanta, agli occhi degli uomini di Fiemme o di chi li ha consigliati nella delicata scelta, l'ulteriore credenziale dell'origine friulana, che garantisce la buona conoscenza di prima mano della peculiare realtà montana e dei problemi che possono nascere nei rapporti con l'autorità politica sovraordinata e nella gestione dei beni comunitativi <sup>(40)</sup>. Ai servizi professionali del Deciani in realtà si è fatto ricorso più volte sul finire degli anni Settanta, sempre per controversie inerenti alle pretese trentine di imporre nuovi dazi sulle merci e di sovrapporsi alle autonome determinazioni dei valligiani nella gestione dei loro boschi.

L'attività del giureconsulto ha prodotto la stesura di alcuni *consilia pro veritate* <sup>(41)</sup>, tra i quali se ne segnala in particolare uno, lungo e ben argomentato, rimasto finora inedito, in quanto non inserito tra i responsi deciani dati alle stampe tra fine Cinquecento ed inizio Seicento <sup>(42)</sup>, tuttora conservato nell'originale manoscritto presso l'archivio della Comunità che lo ha commissionato <sup>(43)</sup>. Esso

---

<sup>(40)</sup> La lettura della ponderosa raccolta a stampa in cinque volumi dei suoi importanti *consilia* convalida tale assunto, poiché vi troviamo ripetuti esempi di pareri resi a favore di comunità rurali (di norma) friulane in controversie che vertevano sulla configurazione dei loro diritti sui beni comuni. Si vedano in specie i *consilia* I, 53; IV, 52; V, 43, 49, 65.

<sup>(41)</sup> Su questo vero e proprio 'genere', di fondamentale importanza nello sviluppo del maturo *ius commune*, si è volta ormai da qualche anno l'attenzione della storiografia giuridica; si veda ad es. la panoramica offerta recentemente in M. Ascheri, I. Baumgärtner, J. Kirshner (a cura di), *Legal Consulting in the Civil Law Tradition*, The Robbins Collection, Berkeley 1999.

<sup>(42)</sup> La prima edizione dei *consilia* del Deciani si deve all'iniziativa dello stesso autore, ormai anziano, che ne curò l'uscita in tre volumi nel 1579; dopo la sua morte furono aggiunti un quarto ed un quinto volume di *responsa* per una nuova edizione complessiva nel 1594, ad Udine, per i tipi di Giovan Battista Natolini, seguita infine da una terza, pressochè identica ed ancora in cinque volumi, uscita a Venezia, « apud Vassallinum », nel 1602. In totale, con un'approssimazione dovuta a taluni errori delle stampe nella numerazione dei pezzi, sono stati pubblicati circa 480 pareri del Deciani, di cui circa trecento quelli scelti dal giurista stesso per l'edizione veneziana, « apud Zenarios », del 1579.

<sup>(43)</sup> Tiberio Deciani, *Cons. "Homines, et universitates vallis Flemmæ"* (AMCF, cass. D, 20.2). A Cavalese si conserva pure un secondo *responsum*, anch'esso inedito, più breve e privo dell'indicazione della data ma verosimilmente

si apre con una accurata descrizione della fattispecie intorno alla quale si è sviluppato il contrasto tra le parti, culminante nell'esposizione delle nuove pretese avanzate dal Madruzzo: « praetendit nunc Reverendissimus Episcopus Modernus imponere novas gabel-las, et nova vectigalia sive datia super singulis lignis aptis ad fabricas factis in nemoribus Flemmarum, et conducendis per flumen. Item praetendit, quod certa portio poenarum, quas incurrunt contrafacientes ordinibus, et statutis vallis Flemmarum assignetur eius fisco. Item, quod homines, et habitatores dictae vallis non possint condere statuta, cuiuscunque generis, neque per eos condita possint exequi, nisi fuerint confirmata ab ipso Reverendissimo Episcopo »<sup>(44)</sup>.

Così fissato il *thema decidendum*, la difesa approntata dal Deciani, articolata su più *puncta* e ricchissima di allegazioni dottrinali, in gran parte reperite nella migliore produzione consiliaristica quattro-cinquecentesca, ruota in realtà tutta intorno al richiamo dello speciale statuto acquisito dalla valle sin dal XII secolo e sempre riconfermato, fino all'atto solenne del cardinale Cristoforo Madruzzo, immediato predecessore e zio di Ludovico, nel 1540. Tale strategia difensiva si delinea sin dalla descrizione della *facti species*: « homines, et universitates vallis Flemmae subditae Illustrissimi, ac Reverendissimi Domini Episcopi Tridentini, multa obtinuerunt beneficia, privilegia, et pacta ab Illustrissimis Episcopis pro retroactis temporibus existentibus. Et inter caetera obtinuerunt ab Henrico Episcopo sub anno 1314 ii Aprilis quod investirentur dicti homines de omnibus montibus, nemoribus, et sylvis, ac pascuis existentibus in dicta valle Flemmarum in perpetuum; et ex certa scientia; et cum clausula non obstantibus, quae concessio fuit postea pluries, et pluries sequentibus temporibus a successoribus in dicto Episcopatu confirmata de tempore in tempus. [...] Quae privilegia, et concessionis, et confirmationes registratae fuerunt, et sunt in privilegio

---

coevo del primo, vertente sulla imposizione (ritenuta illegittima perché posta anch'essa in violazione degli antichi privilegi) da parte del principe vescovo di un dazio sulle merci in entrata ed uscita dalla valle (*cons.* "Reverendissimus Episcopus", in AMCF, cass. D, 20.1). L'edizione dei due *consilia*, a cura di chi scrive, corredata di un analitico commento storico-giuridico, è d'imminente pubblicazione sulla rivista « Studi Trentini di Scienze Storiche », LXXXII, 2003.

<sup>(44)</sup> Tiberio Deciani, *cons.* "Homines, et universitates vallis Flemmae", f. 3r-v.

eisdem hominibus concesso per Reverendissimum Christophorum Madrucium Episcopum Tridentinum de anno 1540 xv Decembris. In quo confirmantur omnia privilegia, et consuetudines retroactis temporibus inter dictos homines vallis Flemmae observata, et observatas » (45).

Tutto ciò non significa affermare la piena indipendenza giuridico-politica della valle rispetto al vescovo trentino, nei cui confronti esistono obblighi precisi e va il riconoscimento indiscusso della sua autorità politica, che prende la forma tangibile della riserva di giurisdizione, *in primis* penale: « cum hoc tamen, quod dicti homines tenerentur solvere Episcopis pro tempore existentibus singulo anno Rimanas xxiii, cum suis fodris. Et reservata superioritate, dominio, et obedientia, et fidelitate: et reservatis quibusdam casibus criminalibus, vel aliis contentis, et expressis in dictis privilegiis » (46).

Al contrario, come puntualizza perspicuamente il giurista, l'ammissione di tale « obedientia et fidelitas » dovuta dagli abitanti della valle, corrispettiva alla « superioritas » ed al « dominium » spettanti al vescovo, rappresenta la coerente riconduzione dei legami tra Comunità alpina e *superior* nell'ambito di una vera e propria regolamentazione pattizia dei reciproci rapporti, che li sottrae dunque alla libera disponibilità di entrambe le parti. Soltanto la rinegoziazione per concorde volontà dei soggetti interessati degli impegni presi a suo tempo potrebbe consentire di mutare un assetto altrimenti consolidato ed immutabile, nel quale l'oggettiva disparità di condizione dei contraenti e l'indubbia subordinazione al principe vescovo con la pacifica accettazione del suo *dominium eminens*, che significativamente richiama in qualche modo l'idea di un'investitura di tipo para-feudale (47), non impedisce che l'*universitas vallis*

(45) *Ibid.*, f. 1r-v. Le tradizionali immunità erano state confermate anche dai « Delegati Caesarei sub anno 1575. xxvi. Februarii » (ivi, f. 3r).

(46) Ivi, f. 1r-v.

(47) Nella terza *conclusio* Deciani parla espressamente d'investitura feudale a beneficio dell'*universitas vallis*: cfr. *infra*. Ciò spiega il ricorso frequente ad allegazioni della letteratura feudistica (Guglielmo Durante nel titolo *de feudis* dello *Speculum Iudiciale*, Baldo, Andrea d'Isernia), che aveva dovuto giocoforza approfondire il problema del *pactum feudi*, stretto tra diseguali ma pienamente vincolante anche per il *senior*.

*Flemmae* disponga di diritti quesiti, nati « per viam contractus » e come tali indisponibili ed intangibili anche per il *princeps* che assuma di essere titolare di una reale *plenitudo potestatis* <sup>(48)</sup>.

Al cuore delle argomentazioni svolte da Deciani si trova dunque proprio il richiamo ad una dimensione pazonata dei rapporti giuridico-politici nella cui cornice si inscrivono diritti ed obblighi che ricevono da tale previsione contrattuale il crisma di una accennata stabilità. Proprio dal vincolo sinallagmatico che unisce geneticamente ed indissolubilmente le prestazioni dovute dai valligiani con l'autonomia in tal modo acquistata, non riducibile a mero frutto di una concessione unilaterale benignamente elargita dal principe vescovo, scaturisce *de iure* la forza delle posizioni affermate dalla Comunità di Fiemme: « [...] quod autem privilegia concessa hominibus dictae vallis habeant vim contractus, patet, quia facta sunt in remunerationem fidei praestitae ipsis Episcopis concedentibus, ut in ipsis privilegiis aperte dicitur, ergo habent vim contractus, et revocari non possunt, [...] Item, quod tales concessiones transirent in contractum, patet, quia pro concessione nemorum, facta hominibus vallis, praefati homines se obligarunt solvere Reverendissimis Episcopis pro tempore extituris singulo anno Rimaniis xxiiii. cum suis fodris. Et certum est, quod quando aliquid datur pro consequendo aliquo privilegio, illud privilegium transit in contractum [...] » <sup>(49)</sup>.

Per questo Deciani insiste in maniera martellante sul fatto che, nella sostanza, i reiterati privilegi vescovili nascondono convenzioni che hanno natura di vero e proprio contratto e come tali vincolano le parti all'osservanza puntuale delle obbligazioni assunte. Il principio cardine nel caso di specie deve ritenersi quello per cui *pacta sunt servanda*, come si ricava dalla lunga ed accorata disamina del problema nel quinto *fundamentum* delle conclusioni decianee: « quinto, non possunt Domini contravenire pactis factis cum subditis, neque privilegiis illis concessis; et ideo si contra pacta, et privilegia, aliqua im-

---

<sup>(48)</sup> Sulla ricca riflessione intorno alla *plena potestas* del principe nelle opere dei giuristi medievali U. Nicolini, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia*, Giuffrè, Milano 1952 (rist.), pp. 115-51; E. Cortese, *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medioevale*, Bulzoni, Roma 1966 (rist. anast. Bulzoni, Roma 1982), pp. 119-54.

<sup>(49)</sup> Deciani, *cons. 'Homines, et universitates vallis Flemmae'*, f. 18r-v.

ponunt, non sunt servanda, [...] pacta ligant non tantum paciscentes, sed etiam successores, maxime quando per viam contractus facta sunt, ut scribit Paul. in l. Digna vox, C. de legib. ubi dicit notandum pro terris subditis ecclesiae Romanae, quibus Papa tenetur servare conventiones factas cum iis, quae ligabunt etiam successores, neque possunt tolli etiam de plenitudine potestatis; [...] Licet enim Princeps, et multo magis Imperator, et Papa non obligentur lege positiva, dicta l. Digna vox a dictamine tamen rationis non dicitur absolutus, [...] Imo, et ipse Deus omnipotens ex conventionem obligatur, ut inquit Bal. post Magistrum Sententiarum, in l. p.<sup>ma</sup> in princip. ff. de pact. [...] Et ideo in specie exigendi gabellas, si concedatur privilegium exigendi gabellas populo subdito valet, [...] et adeo, ut revocari non potest, quia dicitur transire in contractum [...] »<sup>(50)</sup>.

Deciani non esita qui ad invocare le teoriche elaborate dalla migliore dottrina di diritto comune sul tema dei limiti posti alla potestà normativa del *princeps* ed ancor prima dei vincoli che questi incontra nella libera e piena traduzione della sua arbitraria volontà in nuove norme giuridiche, capaci di derogare a quelle previgenti. Negli autori citati, da Paolo di Castro nel suo commento alla teodosiana l. *Digna vox* (C.1,14,4)<sup>(51)</sup>, che rappresenta la *sedes materiae* privilegiata per l'approfondimento del tema, a Baldo degli Ubaldi<sup>(52)</sup>, ad evidenziare tra l'altro in tal modo il carattere corale del lavoro di edificazione del diritto comune, il professore patavino trova espressa una convinzione profondamente radicata nella co-

<sup>(50)</sup> Ivi, ff. 16r-17r.

<sup>(51)</sup> « Digna vox maiestate regnantis legibus alligatum se principem profiteri; adeo de auctoritate iuris nostra pendet auctoritas, et re vera maius imperio est submittere legibus principatum, et oraculo praesentis edicti quod nobis licere non patimur indicamus ». Sull'interpretazione di questa norma da parte dei civilisti cfr. E. Cortese, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, I, Giuffrè, Milano 1962, pp. 143-63; M. Caravale, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Il Mulino, Bologna 1994, pp. 529-38.

<sup>(52)</sup> Deciani riprende quasi alla lettera l'*incipit* del commento baldiano *ad l. Huius edicti, 1. ff. de pactis* (D.2,14,1), in Baldo degli Ubaldi, *Commentaria in primam Digesti Veteris partem*, cit., f. 134r, n.1, dove il giurista fonda l'intangibilità dei patti sull'autorità di Aristotele e di Pietro Lombardo. L'argomentare baldiano in quel passo così incisivo deve essere apparso particolarmente suggestivo e convincente al giurista udinese, che lo richiama testualmente anche nel *cons.* IV, 22, f. 122v, nn. 93-94.

scienza giuridica medievale: quegli autori risultano cioè concordi nel ritenere che persino il papa e l'imperatore, detentori della massima autorità politica, benché non legati dalla legge positiva, incontrino tuttavia un ostacolo insormontabile nei dettami della *ratio*, dalla quale non possono svincolarsi *ad libitum*. Per il Castrense, infatti, « licet princeps sit solutus legibus, vult tamen vivere secundum leges, a quibus habet principatum, et imperium [...] si princeps facit aliquem contractum cum subditis, debet illud observare, et non rumpere, vel frangere, vel contravenire, sicut quilibet alius privatus, et eodem modo eius successor observare tenetur, quomodo afficit ipsam dignitatem, cuius ipse est administrator; per hoc etiam determinat Bart. in l. Omnes populi, ff. de iusti. et iur. quod quando statutum transit in contractu, non potest a statuentibus revocari [...] »<sup>(53)</sup>.

Così, la tutela dei diritti quesiti della periferica Comunità alpina viene inopinatamente ad assumere il significato, nella dottrina analizzata del professore patavino, della difesa dei principi fondamentali sui quali riposa l'esperienza giuridica medievale, con un richiamo esplicito e stringente alla funzione di « fons iustitiae » spettante al *princeps* e di cui egli non può spogliarsi, che nulla ha a che fare tuttavia con il ruolo del legislatore, libero di creare nuovo diritto, *solutus* dall'*officium* di rispettare e tutelare il tessuto normativo preesistente, tipico della modernità giuridica ed alla base dell'edificazione dello stato moderno. Naturalmente, pare assai arduo in questi casi distinguere in modo netto tra meri residui ossificati di una concettualizzazione dei rapporti di potere propria del mondo tardomedievale, sopravvissuta a sé stessa nella formalizzazione ad opera

---

(53) Paolo di Castro, *In primam Codicis partem Commentaria*, apud Iuntas, Venetiis 1575, ad l. *Digna vox, C. de legibus* (C.1,14,4), nn. 1 e 5-6, f. 25v. In verità il denso commento di Paolo restituisce i termini di una discussione teorica accesa e dall'esito più incerto di quanto non lasci intendere Deciani. In veste di consigliere, comunque, il Castrense aveva ribadito con nettezza il principio della indisponibilità per il *princeps* (anche per quello *superiorem non recognoscens* come nel caso di Venezia) dei *pacta*: si veda il *cons.* 317 in Paolo di Castro, *Consiliorum sive responsorum volumen primum*, Venetiis 1580, ff. 165v-166v, anch'esso citato da Deciani, su cui richiama l'attenzione A. Mazzacane, *Lo Stato e il Dominio nei giuristi veneti durante il « secolo della terraferma »*, in *Storia della cultura veneta*. III/1: *Dal primo Quattrocento al Concilio di Trento*, Pozza, Vicenza 1980, pp. 577-650: 587-89.

delle teorie giuridiche di *ius commune*, ovvero forme giuridiche ancora vitali e consustanziali all'organizzazione politica delle compagini istituzionali pur ben all'interno della prima età moderna <sup>(54)</sup>.

La conseguenza concreta è il preciso obbligo, morale e giuridico insieme, per chi detiene il potere di non farne un uso illegittimo, cambiando a piacimento e *sine causa* il diritto vigente e creando dunque in tal modo norme formalmente valide ma irrimediabilmente viziate, che devono bollarsi come radicalmente *contra ius*, poiché provengono da chi dovrebbe invece garantire proprio l'immutabilità di quel diritto, facendosi egli stesso immobile pietra angolare vivente dell'ordinamento: « nam in Principe tanquam in fonte iusticiae debet esse constans voluntas; et Principibus praecipue convenit illud, semel loquutus est Deus, et illud etiam quod supra scripsi. Et quod Princeps debet habere unum calamum, et unam linguam, non plures: quia scriptum est: "quae processerunt de labiis meis non faciam irrita"; et debet esse Princeps immobilis sicut lapis angularis, et sicut polus in coelo; ut haec omnia scribit Bal. cons. 327. in p.<sup>mo</sup> [...] » <sup>(55)</sup>.

Il giureconsulto è ben consapevole, tuttavia, del contesto giudiziale nel quale opera e non perde di vista la finalità concreta per la quale è stato richiesto del parere; alle considerazioni di spiccata intonazione moraleggiante e molto prossime a speculazioni di sapore spiccatamente filosofico sui massimi sistemi segue senza soluzione di

---

<sup>(54)</sup> Su questi temi, in generale, importante la messa a punto delle categorie storiografiche in uso in G. Chittolini, A. Molho, P. Schiera (a cura di), *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna*, Il Mulino, Bologna 1994 e specialmente il contributo di E. Fasano Guarini, *Centro e periferia, accentramento e particolarismi: dicotomia o sostanza degli Stati in età moderna?*, pp. 147-76; utile anche L. Blanco, *Note sulla più recente storiografia in tema di « Stato moderno »*, in « Storia Amministrazione Costituzione. Annale ISAP », II, 1994, pp. 259-97; ulteriori spunti di riflessione in L. Mannori, *Il sovrano tutore. Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Sec. XVI-XVIII)*, Giuffrè, Milano 1994, specie pp. 17-54; nonché in G. Petralia, « Stato » e « moderno » in Italia e nel Rinascimento, in « Storica », VIII, 1997, pp. 7-48.

<sup>(55)</sup> Deciani, *cons. 'Homines, et universitates vallis Flemmae'*, f. 17v. Trasparenti i richiami di passi scritturali, mutuati ancora una volta *ad unguem* da Baldo, di cui si cita stavolta un *consilium*: Baldo degli Ubaldi, *Consiliorum Primum volumen*, per Ioannem Pullonum alias de Tridino, Lugduni 1548, *cons. 327*, f. 74v, n. 4.

continuità l'enunciazione della *regula iuris* pratica da applicarsi al caso: la condizione degli uomini della valle non può essere resa deteriore per la volontà unilaterale del vescovo, attraverso l'introduzione di nuovi dazi che violino un diritto pacificamente goduto già da due secoli e mezzo e riconosciuto da molteplici privilegi, quale quello relativo all'uso dei boschi ed all'abbattimento e alla commercializzazione degli alberi e della legna in genere, senza alcun dazio o gabella <sup>(56)</sup>. Il libero sfruttamento di tale risorsa economica, vitale per la valle <sup>(57)</sup>, non può essere limitato o reso più oneroso né direttamente, né indirettamente, come nel nostro caso, nel quale il vescovo non aveva vietato l'abbattimento e la vendita degli alberi, ma aveva previsto un nuovo dazio per ogni tronco abbattuto e fatto transitare lungo l'Avisio, senza intaccare direttamente il diritto di sfruttamento delle foreste; del resto, il pregiudizio per la Comunità non scaturisce dal perseguimento di un interesse pubblico, bensì di quello privato della chiesa tridentina: « etiam non modo non potest praeiudicari, et directo illis conventionibus contravenire, et praeiudicare, sed neque etiam per indirectum; nam cum quid una via prohibetur alicui, ad id alia indirecta admitti non debet [...] Quae conclusio maxime procedit in casu nostro, in quo agitur de praeiudicando per nova vectigalia imponenda iuri iam per 250 et ultra annos acquisito hominibus vallis Flemmae per suas concessionem et privilegia, videlicet ab anno 1314 <sup>(58)</sup> [...] Et praesertim etiam, quia

---

<sup>(56)</sup> In verità, dazi sui legnami commerciali erano già stati imposti da tempo e Bernardo Clesio aveva previsto nel 1529 un dazio di tre quattrini per ogni legno avviato alla fluitazione: Delvaj, *Notizie storiche*, cit., p. 127.

<sup>(57)</sup> Cfr. quanto riportato in Vanzetta, *Notizie che contribuiscono alla storia della Valle*, cit., §. 47, ff. 29v-30v, dove si parla per il 1586 di 50.000 pezzi di legname tratti dai boschi erariali e 30.000 pezzi dai boschi della comunità avviati a valle per via fluviale. Il dazio riscosso al passaggio di quel legname rappresentava a sua volta un cespite d'entrata importante per la camera vescovile, come risulta dai dati pubblicati da A. Stella, *Rationes officialium anno 1541*, in « Studi Trentini di Scienze Storiche », XXXVII, 1958, pp. 375-98; cfr. pure Id., *Politica ed economia nel territorio trentino-tirolese dal XIII al XVII secolo*, Antenore, Padova 1958, specie pp. 93-95, con dati relativi alla fine del Seicento.

<sup>(58)</sup> Deciani preferisce sempre rimandare all'atto di conferma di Enrico III del 1314 e non ai c.d. patti gebardini, pur richiamando espressamente in più luoghi il tenore letterale di questi ultimi quanto alle esenzioni concesse alla valle; probabilmente la *charta* enriciana gli dava maggiori garanzie d'inoppugnabilità, essendo-

hic non agitur de interesse, et commodo publico, sed tantum de privato commodo Ecclesiae, quod non debet considerari in praeiudicium tertii, [...] et cum hoc praeiudicium minori pretio vendendi trabes, et ligna dictorum hominum, certe est considerabile, et maximi momenti, ergo non possunt imponi vectigalia, quae tale praeiudicium inferant istis hominibus; nam licet directo non praeiudicent, tamen per indirectum, et alia via, idem infertur praeiudicium, quod fieri non debet [...] »<sup>(59)</sup>.

Il punto della libera gestione, in via diretta ed indiretta, della risorsa forestale ad esclusivo vantaggio dei valligiani toccava del resto un nervo scoperto nei rapporti tra la Comunità ed il principe, poiché aveva dato luogo a gravi attriti negli anni immediatamente precedenti ed era sfociato, durante il periodo del sequestro imperiale del principato, in un'altra controversia giudiziale, originata dall'opposizione del *Magister Domus Episcopatus* contro la decisione della Comunità di non rinnovare la locazione a terzi per il taglio e la commercializzazione degli alberi, onde evitare il depauperamento eccessivo dei boschi comunitativi, minacciati nella loro consistenza da un eccessivo e scriteriato sfruttamento, destinato fatalmente a tradursi nell'azzeramento per un lungo periodo di tempo della principale risorsa economica dei valligiani<sup>(60)</sup>. Lo stesso Deciani fu chiamato a prendere le difese della Comunità di fronte alle presete

---

sene conservato l'originale presso la Comunità, al contrario dei privilegi del vescovo Gebardo, anche se comunque nessuno ne aveva mai messo in discussione l'autenticità.

<sup>(59)</sup> Deciani, *cons. 'Homines, et universitates vallis Flemmae'*, ff. 19r-22r. Il testo prosegue, con logica lineare: « Cum ergo nemora, et per consequens trabes, et ligna ex illis extrahenda sint praedictorum hominum per concessionem, et investituram plurium Episcoporum, et soliti fuissent ipsi homines vendere dicta ligna absque aliquo onere, non potest nunc Reverendissimus Episcopus novum onus imponere, quia per illud deveniretur ad illud, quod est principaliter prohibitum, ne scilicet praefati homines molestentur ratione dictorum nemorum, et trabium ex ipsis vendendarum, et extrahendarum » (f. 22v).

<sup>(60)</sup> Nel secolo precedente il vescovo Giorgio Hack aveva adottato nel 1458 una misura simile, nel senso della drastica limitazione per dieci anni del commercio di legnami, consentito soltanto attraverso la fluitazione nell'Avisio; in quel caso dunque il principe vescovo, pur intervenendo a tutela dei boschi della valle, si era addirittura arrogato il potere di decidere in prima persona, sostituendosi illegittimamente agli organi della Comunità: cfr. Delvaj, *Notizie storiche*, cit., pp. 92-93.

della camera vescovile, che si adoperava al fine di salvaguardare le entrate provenienti dai suoi diritti alla riscossione del dazio sui tronchi condotti a valle lungo l'Avisio; rimane traccia dell'opera prestata in questa occasione dal Nostro in un *consilium* inserito stavolta nel IV volume della raccolta a stampa dei suoi *responsa* <sup>(61)</sup>.

##### 5. *Il giurista al lavoro: struttura ed « argumenta » del « consilium »*

In questa sede non è possibile seguire in modo analitico il dispiegarsi degli *argumenta*, contenenti i *pro* e i *contra* relativi alle posizioni delle parti, diligentemente esposti dal consiliatore, per i quali rimando all'edizione del responso; è opportuno comunque notare la piena adesione deciana al tradizionale metodo espositivo d'impianto dialettico <sup>(62)</sup>, ritenuto con ogni evidenza il più efficace per raggiungere il fine di un'ordinata esposizione delle *rationes* che militano per l'uno o per l'altro partito, necessaria per consentire al giudice di prendere cognizione della causa e decidere a ragion veduta <sup>(63)</sup>. In tal modo non si sacrifica la ricchezza del dibattito

---

<sup>(61)</sup> Si tratta del *cons.* 67, ff. 279r-282r, in Tiberio Deciani, *Responsorum* [...] *Volumen quartum*, Apud Vassallinum, Venetiis 1602. Il fulcro della linea argomentativa deciana si ricava già in apertura dell'esposizione della *facti species*: « *Comunitas, et homines vallis Flemmae praesupponuntur esse in quieta, et pacifica possessione nemorum in eorum territorio existentium ab annis 100. 200. 300. et ultra virtute privilegiorum suorum concessorum tam per Serenissimos Imperatores, quam per Reverendissimos Episcopos Tridentinos, tam incidendo pro ipsorum hominum commodo ligna in dictis nemoribus, quam locando ipsa nemora variis, et diversis personis, ut haec omnia abunde constant vera esse in facto ex privilegiis, et locationibus exhibitis per dictos homines Flemmae* » (f. 279v).

<sup>(62)</sup> Sulla struttura ordinata ed assai regolare dei *consilia* deciane, in tutto tradizionale, alla quale l'autore si attiene anche nel nostro caso, cfr. Marongiu, *Tiberio Deciani (1509-1582), lettore di diritto, consulente, criminalista*, cit., pp. 163-65.

<sup>(63)</sup> Ricordiamo che Deciani si era schierato a difesa dell'oggettivo valore della letteratura consiliare, contro le critiche espresse in proposito da Andrea Alciato nei *Parerga*, con la sua celebre *Apologia pro iurisprudentibus qui responsa sua edunt* (1579). Sul tema rimando alla relazione da me tenuta nel recentissimo Convegno internazionale di studi su *Tiberio Deciani (1509-1582). Un grande giurista del Friuli alle origini del pensiero giuridico moderno* (Udine, 12-13 marzo 2002): G. Rossi, *Teoria e prassi nel maturo diritto comune: la giurisprudenza consulente nel pensiero di Tiberio Deciani* (comparirà negli 'atti' del convegno, di prossima pubblicazione).

dottrinale sui punti controversi, mantenendo intatta la possibilità di giungere alla soluzione giusta nel caso di specie, ma d'altra parte si evita che il lettore privo di specifica preparazione tecnica si perda nei meandri di una esposizione lambiccata, vittima impotente di un caotico e sovrabbondante ammasso di argomenti e di allegazioni normative e dottrinali accumulate senza ordine. Il rischio in tal senso in effetti è molto alto, tenuto conto del numero impressionante di rimandi soprattutto dottrinali che arricchiscono (ovvero, da altro punto di vista, appesantiscono oltremodo) l'argomentare deciano.

Ad ogni tornante argomentativo di qualche rilievo l'autore sente infatti il bisogno di elencare una nutrita serie di *auctoritates*, tratte perlopiù dalla letteratura consiliaristica più accreditata, conformemente all'uso invalso ormai da tempo di produrre a beneficio del giudice le *communes opiniones doctorum* sui punti di diritto controversi, estrapolate appunto dai *consilia* dei maggiori giuristi<sup>(64)</sup>, anche se non mancano riferimenti puntuali alla canonistica ed alla migliore civilistica di scuola napoletana<sup>(65)</sup> ogni volta che si affronta più da vicino il tema dei limiti posti al potere normativo del *princeps*<sup>(66)</sup>.

Ricostruita con precisione e dovizia di informazioni la fattispecie, Deciani enuclea quindi due quesiti principali sui quali concentrare l'attenzione: quale *primum articulum*, « quod Episcopus possit novas gabellas, sive vectigalia imponere »<sup>(67)</sup> ed in secondo luogo

<sup>(64)</sup> Troviamo così riferimenti doviziosi, tra gli altri, ad Angelo e Baldo degli Ubaldi, Paolo di Castro, Giason del Maino, Alessandro Tartagni, Andrea Barbazza, Carlo Ruini, Mariano Sozzini il giovane, Filippo Decio, Francesco Corti il giovane, Pietro Paolo Parisio, Giovanni Nevizzano, Marco Antonio Natta, Aimone Cravetta.

<sup>(65)</sup> L'autore preferito del Deciani, che comunque si dimostra molto informato su tale letteratura, pare essere Matteo D'Afflito, citato sia per le sue fortunatissime *Decisiones* che per le opere commentariali di corredo alle *Constitutiones* del *Regnum*.

<sup>(66)</sup> Materia sulla quale proprio i giuristi attivi presso la corte partenopea si erano a lungo soffermati, per motivi facilmente comprensibili; sulle teorie elaborate dalla scuola napoletana circa la potestà monarchica, cfr. riassuntivamente Caravale, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, cit., pp. 518-23 e 641-45 (sul D'Afflito). Non troviamo al contrario mai citate fonti transalpine, nonostante che i giuristi francesi fossero anch'essi da tempo impegnati nella riflessione su tale tema, con risultati assai rilevanti dal punto di vista dogmatico.

<sup>(67)</sup> Deciani, *cons. 'Homines, et universitates vallis Flemmae'*, f. 4r.

« an videlicet possit Reverendissimus Episcopus sibi applicare partem aliquam poenarum inferendarum in eos, qui contravenerunt statutis, et ordinibus dictorum hominum » (68). La vera materia del contendere riguarda la prima questione ed ad essa è dedicato quasi per intero il *consilium*, mentre il secondo dubbio viene affrontato e risolto sbrigativamente in chiusura: « et quia puto rem esse claram, ideo breviter concludo, quod non, quia ista est natura poenae, ut applicetur ei, qui illam indixit, et ei, qui damnum passus est, [...] istae poenae non sunt pro fraudatione gabellarum, quia ista universitas nullas indixit gabellas, sed sunt indictae ab ipsis hominibus vallis contra eos qui contravenerunt statutis, et ordinationibus ipsorum hominum confirmatis per praecessores huius Reverendissimi Episcopi » (69).

Circa l'altro e preliminare problema, troviamo anzitutto enunciati in sequenza nove argomenti a favore delle posizioni madruziane, vertenti essenzialmente sull'affermazione del diritto spettante in capo al principe, in virtù dei suoi poteri di natura pubblicistica sintetizzati nella titolarità del *dominium* e della *plena iurisdictio* sui territori soggetti alla sua autorità *in temporalibus*, di regolare a suo piacimento ogni aspetto della vita sociale, ad imitazione della pienezza di prerogative del papa e dell'imperatore: « primo, quia [...] Episcopus in illis locis, quo ad temporalia est princeps, et habet merum, et mistum imperium, et omnia potest, quae potest ipse Imperator in terris suis, sicut alii duces, Marchiones, Comites, et domini temporales [...] disposita in Papa, et in Imperatore habent locum et in huiusmodi Dominis habentibus perpetuam iurisdictionem, et regalia, sive habeant ex privilegio, sive ex immemorabili consuetudine [...] Omnes enim Domini terrarum sunt reges in terris sibi subditis » (70).

Ciò anche a costo di porre nel nulla « sine causa ex solo arbitrio » eventuali privilegi, concessioni o consuetudini contrari preesistenti a tutela di singoli o di corpi intermedi: « tertio, praesupposito etiam, quod homines Vallis Flemmae haberent, prout attestantur, privilegium, quod non posset Episcopus novas gabellas

---

(68) Ivi, f. 37v.

(69) Ivi, ff. 37v-38r.

(70) Ivi, ff. 4r-5r.

imponete; attamen potest Episcopus tale privilegium revocare, ut tenet glo. et Dec. in c. decet, de regul. iuris, in vi. Et potest revocari etiam sine causa ex solo arbitrio concedentis, et etiam invito eo, cui concessum fuit [...] » <sup>(71)</sup>.

In particolare, il diritto di imporre nuovi pedaggi e dazi rientra pacificamente nel novero degli *iura regalia* e dunque spetta al principe, che non può privarsene stabilmente ed *in toto*: « quarto, imporre pedagia, et datia, connumeratur haec potestas inter regalia [...] sed princeps alienando regalia, vel privando se regalibus, non potest praeiudicare successoribus suis; nam sicut princeps non potest in totum tollere regalia, ita non potest illa diminuire » <sup>(72)</sup>.

Come sviluppo delle affermazioni precedenti, incontriamo inoltre la consapevole e recisa rivendicazione della superiorità del principe sul diritto, senza ulteriori specificazioni e limitazioni e senza che alcun ambito normativo nel composito caleidoscopio dello *ius commune* goda di uno spazio riservato e di una reale autonomia: non solo egli deve poter intervenire e modificare a suo arbitrio (cioè, nel linguaggio giuridico cinquecentesco, *sine causa*) tanto la legge quanto la consuetudine (disponendo pure delle posizioni soggettive nate dalla prescrizione), in quanto parti dello *ius civile*, ma neanche il *ius gentium* può ritenersi sottratto a tale tassativa gerarchia fondata sulla sua *plenitudo potestatis*: « sexto, non possunt se tueri homines dictae vallis ex consuetudine allegata, quod ipsi semper posuerunt vectigalia, quia Princeps potest etiam consuetudinem revocare, quia est maior consuetudini, et ipsam habet sub pedibus [...] Consuetudo enim est portio iuris civilis [...] cui iuri civili potest Princeps praeiudicare, etiam tollendo ius tertii, acquisitum per ipsum ius civile etiam sine causa [...] et idem dicendum si tale ius per homines vallis fuisset praescriptione acquisitum; quia cum praescriptio sit iuris civilis potest Princeps illi pro libito derogare [...] Septimo, praesertim potest Reverendissimus Episcopus etiam in praeiudicium hominum, et privilegiorum suorum tollere non tantum ea, quae sunt iuris civilis, quod est indubitatum, sed etiam, quae sunt iuris gentium, si velit uti plenitudine potestatis suae » <sup>(73)</sup>.

---

<sup>(71)</sup> Ivi, ff. 5v-6r.

<sup>(72)</sup> Ivi, ff. 6v-7r.

<sup>(73)</sup> Ivi, ff. 8v-9r.

Del resto, i fiumi sono beni di esclusiva pertinenza del principe, che può disporre a proprio vantaggio nel modo che ritenga più opportuno <sup>(74)</sup>; in definitiva, al *superior* è lecito perseguire il proprio interesse, fintantoché il danno così procurato ai terzi non sia frutto di un'attività puramente emulativa, poichè « licet inde sequatur aliquod praeiudicium dictis hominibus, quia id non faciet in odium ipsorum hominum vallis, sed principaliter ad commodum suum » <sup>(75)</sup>.

Tutte queste affermazioni saranno confutate puntualmente dal consiliatore prima di offrire le proprie *conclusiones*: alla vantata mancanza di limiti e di argini possibili per la sovrana *voluntas principis* Deciani contrappone il patrimonio consolidato delle teorie medievali tendenti ad irretire quella potestà normativa in un articolato sistema di vincoli e lacci che avviluppa l'autorità sovrana negandole in fatto e in diritto la possibilità di squarciare la resistente trama del tessuto normativo vigente, in gran parte di marca consuetudinaria, per sostituirvi contenuti ad esso estranei. Il principe, specie se *superiorem recognoscens*, non può calpestare il diritto vigente ed aggravare unilateralmente la situazione delle popolazioni soggette: « quia ista sunt nova vectigalia nunquam ante imposita, ergo stat regula generalis, quod nova vectigalia imponi non possunt [...] maxime non possunt imponi ab iis, qui recognoscunt Imperatorem, vel Papam in superiorem, quia illis solis competit tale ius imponendi vectigalia » <sup>(76)</sup>.

Al contrario, i diritti dei sudditi devono essere riconosciuti e tutelati dal detentore del potere, che non deve allontanarsi dalla legge, bensì esserne il garante e « velle quod lex disponit » <sup>(77)</sup>: « [...] neque Summus Princeps potest, etiam de plenitudine potestatis derogare iuri acquisito per subditos per viam contractus [...] Et si posset de summo iure, non posset de honestate, [...] Et si de facto auferret ius quaesitum teneretur ad interesse vel ad recompensam [...] Et in dubio Princeps non praesumitur uti absoluta, sed ordina-

---

<sup>(74)</sup> Ivi, f. 9v.

<sup>(75)</sup> Ivi, f. 10v.

<sup>(76)</sup> Ivi, ff. 10v-11r.

<sup>(77)</sup> Sul concetto medievale di *lex* e sul ruolo del *princeps* nella formazione del diritto, quale soggetto chiamato a dichiarare e non a creare d'imperio lo *ius*, si veda ancora Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, cit., pp. 130-44.

ria potestate [...] Non enim praesumitur Princeps recedere a lege, sed velle quod lex disponit » <sup>(78)</sup>.

Tutte le altre obiezioni *ex parte episcopi* possono tacitarsi ricordando come tra le parti sia intervenuto un contratto, che impedisce in concreto al Madruzzo di invocare il suo astratto potere di mutare le leggi, revocare i privilegi, caducare persino le consuetudini; qualunque sua attività, pur teoricamente ammissibile, si scontra con il limite del rispetto della convenzione intervenuta con gli uomini di Fiemme ed il *refrain* si ripete immutato all'infinito: quel contratto, costantemente rinnovato nei secoli, si erge quale baluardo insormontabile a tutela dei diritti della Comunità. Così, ad es., « [...] potest ipse Episcopus exercere regalia, modo tamen non tendat illud exercitium in praeiudicium contractus, vel concessionis per praecessores suos factae; alias enim frustratorie forent regulae supra adductae, et de vento servirent, si Episcopus posset derogare dictis conventionibus » <sup>(79)</sup>.

Non può sottovalutarsi neppure, infine, l'elemento della costante concorde conferma delle esenzioni da parte dei vescovi succedutisi sulla cattedra trentina, che ha, se possibile, attribuito ancora più valore e forza al contratto originario, rendendo vana qualsiasi sopravvenuta opposizione: « [...] illa concessio facta per viam contractus fuit saepius per successores confirmata, ergo maioris efficaciae, et roboris esse debet. [...] Et ubi plures confirmationes alicuius actus subsequutae sunt nil opponi potest. [...] Ista enim concessionem pluries confirmatae habent vim clausulae motu proprio, et ex certa scientia, [...] » <sup>(80)</sup>.

Stante il principio cardine per cui « similes gabellae sunt odiosae, et in dubio contra eas iudicandum » <sup>(81)</sup>, l'unica possibilità di deroga ai patti intercorsi si potrebbe rinvenire in una (*iusta*) *causa*, significativamente ricondotta dall'autore alle fattispecie previste dalle consuetudini feudali: « [...] domini terrarum non possunt nova imponere vectigalia, et collectas subditis suis, nisi ex causa. Causae autem ennumerantur sex a Specul. in titul. de feud. §. Quoniam, n.

<sup>(78)</sup> Deciani, *cons. 'Homines, et universitates vallis Flemmae'*, ff. 30v-32r.

<sup>(79)</sup> Ivi, f. 35r-v.

<sup>(80)</sup> Ivi, ff. 36v-37r.

<sup>(81)</sup> Ivi, f. 28r.

61. vers. 'et nota quod vasalli', videlicet: primo, pro alendo exercitu Imperatoris in transitu; secundo, pro Imperatoris, videlicet in transitu eius sine exercitu; tertio pro filia maritanda; quarto pro se, vel filio milite faciendo; quinto pro redemptione domini captivi; sexto pro emptione alicuius castri, vel civitatis, ut magis augeatur Imperium. [...] quae tamen omnes causae concernunt publicam utilitatem etiam subditorum »<sup>(82)</sup>. In alternativa la *causa* potrebbe rintracciarsi in una prestazione effettivamente fornita dal *superior* alla Comunità, quale il garantire la sicurezza delle vie di comunicazione, in un'ottica che si rivela volta alla ricerca di un nesso sinallagmatico tra gli obblighi imposti alla valle e le utilità concrete che questa può ritrarre dalla sua obbedienza al principe: « quarto, pedagia et gabellae imponuntur ex ea causa, quia Domini, qui illas imponunt, tenentur custodire vias, et itinera a praedonibus, [...] et si non custodit, non potest exigere, quinimo tenetur ad damna, et interesse [...] Sed Reverendissimus Episcopus nunquam custodivit, neque custodit vias, et itinera publica, nec quidquam unquam pro eorum tutela expendit; sed homines dictae vallis semper custodierunt suis sump-tibus [...] »<sup>(83)</sup>.

Del resto, non mancano neppure passaggi nei quali Deciani aggiunge alle argomentazioni legali anche considerazioni che lasciano trasparire la sua partecipazione umana alla contesa: la rinuncia ad esercitare in questo caso uno degli *iura regalia* non può essere cosa molto pregiudizievole per il vescovo, poiché « [...] per tales concessionones non fuerint valde diminuti introitus, et iurisdictione Episcopatus, [...] in casu nostro levissimum est praeiudicium, quia si Episcopatus Tridentinus fuit opulentissimus per cursum annorum 300 et ultra absque impositione talis gabellae, poterit etiam nunc in eodem statu conservari absque hac innovatione, cum maximo damno, et animi dolore subditorum suorum »<sup>(84)</sup>.

La vera radice del diritto medievale risiede nella consuetudine, nella norma avvalorata dalla sua vigenza *ab immemorabili*, capace di ergersi a diga insormontabile contro gli appetiti del potere politico, fondati sulla forza ma privi di serio fondamento giuridico. Tale

---

(82) Ivi, ff. 12v-13r.

(83) Ivi, ff. 15r-16r.

(84) Ivi, ff. 33r-35r.

concezione, che permea di sé il diritto comune, risulta dunque ancora condivisibile agli occhi del giurista attivo in pieno Cinquecento <sup>(85)</sup> e gli fornisce argomenti concretamente spendibili in favore dell'autonomia della Comunità soggetta, in rimarchevole sintonia con le conclusioni dei *doctores* tardomedievali: « [...] concurrat longaeva, imo immemorabilis consuetudo, idest, de cuius contrario nulla extat memoria, quod soliti sunt homines vallis Flemmarum vendere trabes, et ligna incidenda ex eorum nemoribus mercatoribus libera, et absque aliquo onere, aut vectigali solvendo, et in talis libertatis possessione, vel quasi fuerunt a memoria hominum citra, et ultra: ideo non potest Episcopus talem consuetudinem infringere, et privare dictos homines sua pacifica possessione praedicta, quia consuetudo immemorabilis habet vim privilegii, imo et legis, [...] » <sup>(86)</sup>.

Ecco dunque aperta la strada alle conclusioni tratte dal giurista udinese: l'*universitas vallis Flemmae*, pur non disponendo della giurisdizione, è pienamente legittimata ad emanare statuti che dettino la disciplina relativa ai beni di sua spettanza, così come si ricava dalla interpretazione generalmente offerta della *l. Omnes populi*, a patto naturalmente che quegli statuti non siano « contra ius publicum », cioè non vadano ad intaccare gli *iura regalia*, oppure risultino contrarial diritto pubblico od al diritto naturale, poiché in tal caso sarebbero *ipso iure* invalidi. Se, dunque, la Comunità resta all'interno delle sue competenze e non invade la sfera spettante al principe, limitandosi a regolare lo sfruttamento dei suoi boschi, *nulla quaestio*: « prima ergo sit conclusio, quod ista universitas, quae nullam habet iurisdictionem potest condere statuta super rebus suis propriis et super rebus pertinentibus ad victum, ut notant omnes in l. Omnes populi, de iusti. et iur. [...] modo tamen statuta illa sint licita, quia si essent illicita, puta contra ius publicum, et contra ius naturale, et ex aliis causis non valerent » <sup>(87)</sup>.

---

<sup>(85)</sup> Insiste opportunamente sul ruolo del diritto quale elemento di stabilità e di continuità tra esperienza medievale ed incipiente modernità A. De Benedictis, *Politica, governo e istituzioni nell'Europa moderna*, Il Mulino, Bologna 2001, specie pp. 251-95.

<sup>(86)</sup> Ivi, ff. 22v-23r.

<sup>(87)</sup> Ivi, ff. 40v-41r.

D'altra parte, rientra nel concetto di autonomia la possibilità di prevedere pure norme penali, che irroghino sanzioni ai contravventori delle norme contenute negli statuti, specialmente se tale prassi può considerarsi conforme ad una vera *consuetudo* corroborata dalla sua antichità; si tratta di un'altra applicazione dello stesso criterio di ripartizione di competenze, reso possibile dalla compresenza di più ordinamenti autonomi, quasi fossero pianeti liberi ciascuno di muoversi ma soltanto entro un'orbita prestabilita e fintantoché non escano, entrando in rotta di collisione tra loro: « [...] in casu nostro, universitas Flemmarum potest condere statuta inter eos, et de suis nemoribus, sed tamen illis statutis non potest addere poenam regulariter, sed si consuetudo extaret, quod ab immemorabili tempore condiderunt statuta et semper adicierunt mulctas contrafacientibus; utique si extat talis consuetudo, valebunt eius statuta, etiam cum mulcta illa, et sine licentia, et confirmatione superioris, quod si non extaret consuetudo, non valeret, ut dixi, impositio poenae, sine licentia, vel confirmatione superioris » (88).

Infine, l'accettazione di tali premesse conduce a ribadire il buon diritto della Comunità, senza alcun bisogno di un'autorizzazione superiore, a *condere statuta*, che avranno evidentemente validità soltanto per i suoi membri e vincoleranno solo loro e le proprietà dell'*universitas*, quali appunto i boschi (89); l'elemento che si aggiunge in questo caso è tuttavia della massima importanza: le foreste della valle spettano alla Comunità a titolo di dominio utile, perché gli uomini di Fiemme ne hanno ricevuto formale investitura con l'atto del 1314 del vescovo Enrico III e dove vi è investitura vi è concessione feudale e quindi passaggio del *dominium utile* sulla terra concessa in qualità di *beneficium* alla *universitas*: « tertia conclusio est, quod universitas ista potest condere statuta pro libito circa res ipsorum proprias, ut dixi, modo non derogent iuri tertii, vel Principis, neque in hoc requiritur consuetudo modo in contrarium non

---

(88) Ivi, f. 42r.

(89) Tutto ciò era già stato esplicitamente riconosciuto alla Comunità in ultimo da Cristoforo Madruzzo con un atto del 5 dicembre 1546, come Deciani comunica in apertura del *consilium*, nel quale confermava anzitutto « Primo, quod dicti homines possint circa sua communia statuere, et de eis ad libitum disporre, regulando, et disregulando, ut per antea fecerunt » (ivi, f. 2v).

extaret ipsa consuetudo; nam de iure communi licitum est, cuicumque universitati condere statuta, quae ligent ipsos tantum, qui sunt de universitate, et statuunt tantum de rebus propriis, prout de nemoribus <sup>(90)</sup>. Nam ipsi homines dictae vallis habent utile dominium dictorum nemorum, quia de illis fuerunt investiti, ut verba sunt expressa in investitura eis concessa anno 1314; verbum enim investivit in ea concessione positum denotat feudum, et translationem utilis dominii [...] » <sup>(91)</sup>.

## 6. *Quasi una morale*

La conclusione cui giunge il giureconsulto cinquecentesco ci riconduce dunque ‘fatalmente’ al punto di avvio dell’indagine: a focalizzare cioè l’attenzione sulle proprietà collettive, che rappresentano l’elemento oggettivo sul quale si costruisce l’identità del gruppo, che in funzione del loro sfruttamento si organizza ed acquista visibilità, dando infine vita ad un vero e proprio ordinamento giuridico, in radice originario e quindi autonomo. Quei beni collettivi per i quali vige il divieto tassativo di disporre in qualunque modo, sono la condizione necessaria per la sopravvivenza della Comunità ed occorre dunque salvaguardarne l’indisponibilità anche nei confronti dell’invasivo potere principesco, sempre meno disposto a riconoscere nelle regole vigenti per la gestione del patrimonio delle terre comuni un ordine giuridico intangibile per chiunque, poiché reperito guardando con intelligente ‘umiltà’ alla natura delle cose; solo in tal modo si può evitare di mettere in pericolo l’equilibrio faticosamente raggiunto tra comunità antropiche ed *habitat* naturale.

Proprio il riferimento al *dominium utile* spettante alla Comunità, il riferimento cioè alla titolarità di poteri sulle *res* che attingono alla sfera dominativa ma che sono indirizzati essenzialmente all’ottimizzazione delle utilità economiche ritraibili dalla terra ed escludono qualsiasi idea di signoria assoluta ed arbitraria del soggetto

---

<sup>(90)</sup> Di tale conclusione Deciani era sinceramente convinto, tanto da ripeterla con parole quasi identiche nel suo trattato criminalistico: Tiberio Deciani, *Tractatus criminalis*, Venetiis 1590, Lib. II, cap. 33, n. 5, f. 64v.

<sup>(91)</sup> Deciani, *cons. “Homines, et universitates vallis Flemmae”*, f. 42r-v.

proprietario <sup>(92)</sup>, è spia eloquente del piano su cui il giurista di *ius commune* colloca la riflessione su tali temi. Artefice e custode di un sistema concettuale che mira a riprodurre fedelmente l'*ordo naturae*, il *doctor iuris* impiega con piena coerenza strumenti giuridici adatti a rappresentare un mondo composito fatto di una pluralità di ordinamenti reciprocamente limitantisi e di situazioni soggettive variegata e polimorfe, irriducibili a schemi prefissati, un mondo nel quale anche la marginale *universitas vallis* dispone di uno spazio di autonomia verso il *superior*, legittimato proprio dal rispetto dell'ordine delle cose dimostrato, su di un piano diverso ma non separato, nell'esercizio dei poteri di gestione sui beni comuni <sup>(93)</sup>.

Ne scaturisce una visione complessa ed articolata, nella quale la scienza legale si assume il compito di dare forma tecnicamente provveduta agli istituti giuridici forgiati dalla consuetudine in secoli ormai lontani ma ancora vivi e di garantirne il rispetto, nonostante che il contesto generale stia rapidamente mutando, sul finire di un secolo che ha determinato sotto ogni aspetto una svolta decisa e spesso traumatica nella storia europea. Il responso di Deciani mostra dunque la sua precisa volontà di riservarsi uno spazio di valutazione autonomo ed esprime il rifiuto di una automatica adesione alle sollecitazioni sempre più pressanti che chiedono di ricalibrare quegli

---

<sup>(92)</sup> Valgano le indicazioni contenute in P. Grossi, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in «Quaderni fiorentini», XVII, 1988, pp. 359-422, nonché in Id., *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Giuffrè, Milano 1992, pp. 603-65.

<sup>(93)</sup> Ciò significa in concreto, per la Comunità, esercitare quei poteri tenendo sempre presente l'obbligo di mantenere quei beni frugiferi, in buono stato e soprattutto integri nella loro consistenza onde poterne garantire la trasmissione alle generazioni future, secondo uno schema sperimentato nei secoli, che privilegia la centralità del gruppo rispetto al singolo che ne fa parte e vi cerca rifugio e protezione. Sul grumo di problemi che scaturiscono dal rapporto conflittuale tra proprietà collettive e modernità giuridica si veda P. Grossi, *I domini collettivi come realtà complessa nei rapporti con il diritto statale*, in «Rivista di diritto agrario», LXXXVI, 1997, Parte I, pp. 261-77, nonché in P. Nervi (a cura di), *I demani civici e le proprietà collettive: un diverso modo di possedere, un diverso modo di gestire*. Atti della II riunione scientifica (Trento, 7-8 novembre 1996), Cedam, Padova 1998, pp. 13-29; cfr. pure G. Rossi, *Le radici storiche di demani civici e proprietà collettive: una riflessione tra passato e presente*, in «Archivio Scialoja-Bolla. Rivista di studi sulla proprietà collettiva», I, 2002, in uscita, anche per ulteriore bibliografia.

istituti, per adeguarli ad una evoluzione socio-politica altrove trionfante ma destinata a rimanere ancora a lungo estranea alla struttura economico-giuridica sulla quale si fonda la vita di molte comunità alpine.

Il documento inedito qui analizzato rappresenta insomma una piccola ma non insignificante testimonianza del tentativo deciano di non abdicare al compito del giurista di ricercare le *rationes* profonde poste a fondamento del diritto positivo e di affermarle e difenderle anche di fronte alle ragioni della forza ed ai condizionamenti del potere. In tal modo il *consilium pro parte*, sul quale Alciato aveva proiettato con qualche ragione l'ombra lunga della venalità e quindi della parzialità<sup>(94)</sup>, acquista davvero la dignità di una pronuncia resa *pro veritate* e giustifica l'*apologia* del giurista consulente altrove compiuta da Deciani, che altrimenti suonerebbe soltanto sterile esercizio di vuota retorica.

---

(94) In effetti la logica stessa di un sistema fondato sul disinvolto ricorso ad una composita 'banca-dati' di *argumenta* decontestualizzati ed in gran parte fungibili, vere tessere di mosaico buone a tutti gli usi, favoriva oggettivamente un atteggiamento di programmatico disimpegno quanto ai contenuti delle posizioni di volta in volta sostenute dai consiliatori. Il sensibile scollamento determinatosi in tal modo tra dottrine propugnate nella scuola e tesi difese nei *consilia*, variabili a seconda degli interessi del committente, era stato addirittura teorizzato dai giuristi, espliciti nell'indicare un doppio binario nel quale s'incanalavano le due facce della loro attività. È pur vero tuttavia che il ricorso alle *communes opiniones*, fondato sull'enucleazione di un corpo di dottrine predeterminato ed indisponibile per il singolo giurista, poteva recare in sé anche i correttivi contro l'eccessiva corritività dei pratici verso uno strumentale tecnicismo avalutativo, che consentiva loro di prestare la propria *scientia* al miglior offerente senza pronunciarsi sulla reale fondatezza delle posizioni sostenute.

LUCA MANNORI

LA CRISI DELL'ORDINE PLURALE

NAZIONE E COSTITUZIONE IN ITALIA  
TRA SETTE E OTTOCENTO



## 1. *La nazione come problema*

L'ormai cospicua messe di studi relativi al tema della identità italiana e alle origini del Risorgimento sembra porre con sempre maggior urgenza un problema — come mai esiste una nazione politica italiana? — che fino a una ventina d'anni fa era stato ben raramente percepito. In realtà, la demolizione sistematica dei classici modelli esplicativi dello sviluppo politico (a partire da quelli, a lungo imperanti, variamente centrati sul primato dell'economico, sulla dialettica delle classi e sul 'romanzo della borghesia') ha aperto una curiosa falla nel *continuum* della storia istituzionale italiana. La storiografia più avvertita si è infatti trovata a prendere atto che la società italiana di primo Ottocento — assai statica nella sua composizione e molto più 'agita' che 'agente' nei suoi comportamenti <sup>(1)</sup> — era così lontana dal modello classico borghese-capitalista da rendere incerta ogni correlazione tra la nascita dello Stato nazional-liberale ed una ipotetica trasformazione socio-economica in senso 'moderno'. E del resto un'analisi delle strutture produttive e dei flussi commerciali dell'Italia preunitaria ha rivelato come, contrariamente alla classica autorappresentazione liberale, l'obbiettivo di costituire un mercato unico nazionale avesse poco senso per una congerie di economie regionali scarsamente vocate a collegarsi tra loro ed assai più naturalmente tendenti ad integrarsi, ciascuna per proprio conto, con quelle di altri paesi europei <sup>(2)</sup>. Nel caso italiano, insomma, il rapporto tra politica ed economia appare invertito rispetto ad una classica lettura del *nation building* alla Hobsbawm, per intenderci. Più credibile è sembrato dunque correlare la rivolu-

---

<sup>(1)</sup> Mutuo l'espressione da A.M. Banti, *Ricchezza e potere. Le dinamiche patrimoniali nella società lucchese del XIX secolo*, in «Quaderni storici», XIX, 1984, pp. 417 sgg.

<sup>(2)</sup> Queste, grosso modo, le conclusioni della storiografia economica più recente, riassunte in L. Riall, *Il Risorgimento. Storia e interpretazioni*, (1994), tr. it. Donzelli, Roma 1997, cap. V.

zione risorgimentale a variabili esterne rispetto al contesto sociale strettamente inteso, e tra tutte alla dinamica della crescita statale. Come in tante altre parti del continente europeo, anche in Italia il periodo a cavallo tra la fine del XVIII e l'inizio del XIX secolo si segnala come una fase di marcata burocratizzazione e di accelerato concentrazione dei poteri pubblici nelle mani dei sovrani. Ciò comportò la progressiva denuncia dei vecchi patti costituzionali d'origine quattro-cinquecentesca, in base ai quali erano state per tanto tempo regolate le relazioni fra i principi territoriali e le diverse *élites* regionali. Queste ultime, in sostanza, sentendosi sempre più emarginate ad opera dei rispettivi governi, avrebbero maturato nei loro confronti un atteggiamento di crescente disagio, fino ad impegnarsi nella creazione di uno Stato nuovo, di cui esse avrebbero detenuto finalmente l'esclusivo controllo <sup>(3)</sup>. Tale proposta, pur ricca di elementi interessanti, rischia tuttavia di enfatizzare ulteriormente il paradosso dell'unificazione invece che risolverlo. Proprio ammettendo in via d'ipotesi che il Risorgimento si configuri come un moto di rigetto antistatale, diretto a riaffermare la centralità di quei gruppi locali che la nuova statualità di marca napoleonica tendeva ad emarginare, resta difficile spiegare come esso abbia potuto sfociare nella costruzione di uno Stato cinque o sei volte « più grande e più rigido » di quelli preesistenti <sup>(4)</sup>, che tutto ha sacrificato sull'altare di una uniformità giuridico-amministrativa costituente l'esatto reciproco dei presunti *desiderata* di un'élite con gli occhi ipoteticamente fissi al passato. Poco per volta, dunque, si è giunti a riconoscere la difficoltà di spiegare la rivoluzione italiana attraverso schemi comportamentali di tipo razionale, e ci si è volti invece a cercarne le motivazioni più vere in quello spesso sostrato di mitologie nazionaliste che ha accompagnato tutto il processo risorgimentale assicurandogli un continuo rifornimento di carburante emotivo. Ne sono uscite analisi di notevole spessore, che ancora non risultano però immediatamente spendibili sul piano istituzionale. Sia pure, come ha

---

<sup>(3)</sup> Per una equilibrata esposizione di questa linea argomentativa cfr. per tutti M. Meriggi, *Società, istituzioni e ceti dirigenti*, in G. Sabbatucci, V. Vidotto (a cura di), *Storia d'Italia*, vol. I, *Le premesse dell'unità*, Laterza, Roma-Bari 1994, pp. 119 sgg.

<sup>(4)</sup> Riall, *Il Risorgimento*, cit., p. 129.

dimostrato Alberto Banti, che il discorso retorico-letterario sul ruolo della 'patria' abbia avuto la capacità di mobilitare le *élites* risorgimentali con una forza superiore a qualsiasi altra motivazione d'ordine concreto <sup>(5)</sup>. Resta da dimostrare però (una volta chiarito, per le ragioni viste di sopra, che quel discorso non può più essere presentato come la mera sovrastruttura ideologica di una corposa nazione socio-economica già in marcia verso i propri destini) in qual modo esso possa avere esercitato un tale effetto di trascinamento. Ricostruirne l'economia interna e rilevare la sua capacità di riprodurre in chiave 'eroica' i tratti di una società estremamente tradizionale, com'era appunto quella in cui l'*élite* italiana ancora in gran parte si riconosceva, non basta a spiegarne il successo. Ciò che bisogna prima di tutto capire, se vogliamo battere fino in fondo questo sentiero, è per quali ragioni il discorso della nazione *in sé* abbia guadagnato, tra Sette e Ottocento, una tale influenza sui comportamenti politici da potersi candidare a principale, autonomo vettore di una rivoluzione altrimenti inspiegabile.

Con gli appunti che qui presentiamo vorremmo fornire qualche spunto ulteriore per l'impostazione di questo problema, facendo leva su alcuni peraltro ben noti modelli esplicativi della genesi delle appartenenze nazionali. L'ipotesi di massima è che il tradizionale ordine plurale premoderno (che ancora a fine Settecento non lascia spazio, in Italia, ad alternative politiche di sorta) perda gradualmente il consenso delle *élites* a causa dell'emergere di una nuova comunità sovracorporativa di cui esse si sentono sempre più intensamente e necessariamente partecipi. Tale comunità è in sostanza costituita dai consumatori di carta stampata, dai lettori del giornale, da coloro che hanno la possibilità di comunicare tra loro tramite una parola scritta divenuta d'uso comune e attraverso la quale essi costruiscono un discorso collettivo «tende[n]te — secondo le parole di Kant — alla pubblica esposizione della verità». Emerso in forma autocosciente con l'illuminismo, questo «pubblico raziocinante» rivela già i caratteri di fondo di quella nazione politica ottocentesca che esso si sente impegnato a produrre. D'altro canto, il suo avvento non necessita di essere agganciato per forza ad una

---

<sup>(5)</sup> A.M. Banti, *La nazione del Risorgimento. Parentela, santità, onore alle origini dell'Italia unita*, Einaudi, Torino 2000.

ipotetica 'avanzata della borghesia', ma è il semplice prodotto della diffusione della lettura come esperienza intima e 'privata': pratica, questa, compatibilissima con il permanere di una società aristocratica e che si collega al tema dello sviluppo capitalistico solo in quanto libri e giornali, con il progresso dell'editoria commerciale, tendono sempre più a divenire prodotti industriali di largo consumo <sup>(6)</sup>.

Nelle pagine seguenti cercheremo appunto di applicare all'Italia questa formula esplicativa, tentando soprattutto di capire attraverso quali percorsi gli intellettuali del nostro paese abbiano percepito la politicità di questa platea di "individui leggenti e ascoltanti" fino a trasformarli in un grande popolo alla ricerca di un proprio destino. Per rendere più comprensibile questo tracciato, la sua scrittura sarà intercalata da qualche richiamo alla parallela esperienza francese, il cui sviluppo ha orientato ed intersecato la crescita della nazione italiana in misura sicuramente maggiore delle altre vicende europee.

## 2. *Le tre nazioni del Settecento*

« Che cos'è una nazione? Un corpo di associati che vive sotto una legge comune ed è rappresentato da uno stesso legislativo ». La definizione è di Sieyès <sup>(7)</sup> e benché molto concisa (ancora assente il riferimento ad una comune identità storico-linguistica, così caratteristico della futura ideologia ottocentesca) essa coglie perfettamente i caratteri formali del nuovo soggetto collettivo di cui ci dovremo occupare in queste pagine: una comunità di eguali, titolare originaria della sovranità e capace di esercitarla in concreto mediante una propria rappresentanza unitaria. Univocamente 'monista' — nel duplice senso che essa nega in radice qualsiasi autonomia dello Stato rispetto a se stessa, mentre al proprio interno si presenta come una totalità assolutamente compatta ed omogenea — questa nazione si dichiara figlia in tutto e per tutto della grande novazione rivoluzio-

---

<sup>(6)</sup> Il riferimento d'obbligo è a J. Habermas, *Storia e critica dell'opinione pubblica* (1962), tr. it., Laterza, Roma-Bari 1995, in parallelo a B. Anderson, *Comunità immaginate. Origini e diffusione dei nazionalismi* (1983), tr. it. Manifestolibri, Roma 1996.

<sup>(7)</sup> J.-E. Sieyès, *Che cos'è il Terzo stato?*, tr. it. Editori Riuniti, Roma 1992, p. 8.

naria, proclamando alto e forte la sua estraneità rispetto al precedente ideario settecentesco.

Ciò non significa, beninteso, che quell'ideario non contemplasse altri modelli di appartenenza che, per dimensioni e qualità, possono rivelare una qualche parentela con essa. Fin dal tardo medioevo esisteva ad esempio una 'nazione dei ceti', intesa come la comunità di tutti i corpi gerarchicamente ordinati presenti entro un certo territorio, rappresentati congiuntamente tramite loro 'stati' o parlamenti. Mentre a partire dalla metà del Settecento, sotto la spinta di uno Stato fiscale che tende ad erodere progressivamente i margini della vecchia società di ordini, si consolida il profilo di una nuova nazione, composta tutta e solo da proprietari contribuenti i quali rivendicano un diritto a concorrere all'amministrazione dello Stato come corrispettivo della loro responsabilità fiscale. Entrambi questi modelli si differenziano però da quello d'ascendenza rivoluzionaria in quanto condividono una concezione sezionale e articolata dell'ordine. E ciò è vero non solo per quella *societas societatum* che è la nazione cetuale, alla quale si accede solo in quanto membri di una qualche altra comunità di base e perciò secondo ruoli profondamente differenziati; ma anche per una nazione fisiocratica che non abbraccia certo «tutti quelli che hanno qualcosa di proprio, ché tutti ne hanno sino a' mendici», ma solo coloro «che posseggono fondi perennemente fruttiferi e che secondo il comun linguaggio si dicono avere entrate»<sup>(8)</sup>. Gli altri, i non-proprietari, «sono nella nazione, ma non fanno parte della nazione» e come tali «hanno da pretendere solo la perfetta immunità per le loro ricchezze e le loro attività»<sup>(9)</sup>. Il paradigma di riferimento è sempre quello di uno spazio politico composito, e proprio per questo incapace di int starsi direttamente una sovranità che, in mancanza di una vera volontà unitaria, non si saprebbe come esercitare. Nazione dei ceti e nazione fondiaria stanno entrambe *davanti* al principe, gli rappre-

---

<sup>(8)</sup> A. Longo, *Istituzioni politico-economiche* (1773), in F. Venturi (a cura di), *Illuministi italiani*, vol. III, *Riformatori lombardi, piemontesi e toscani*, Ricciardi, Milano-Napoli 1958, p. 272.

<sup>(9)</sup> Così per tutti Le Trosne, citato da P. Rosanvallon, *Fisiocratici*, in F. Furet, M. Ozouf (a cura di), *Dizionario critico della Rivoluzione francese*, tr. it. Bompiani, Milano 1988, pp. 651-52.

sentano i loro bisogni e cercano d'imporgli le loro condizioni; ma né l'una né l'altra saprebbero prescindere dalla sua presenza, che risulta essenziale per garantire il loro equilibrio interno.

Assai più avanti ci conduce invece la terza tipologia di comunità nazionale che il Settecento registra nel proprio catalogo, e che qui per brevità chiameremo la 'nazione dei liberi lettori'. Si tratta, in sostanza, di ciò che Habermas ha a suo tempo definito 'sfera pubblica': ovvero, del complesso di tutti coloro che sono in grado di fare un uso pubblico della propria ragione, partecipando a quel nuovo discorso critico collettivo che l'illuminismo ha, insieme, fondato teoricamente e prodotto in concreto tramite la costituzione di una prima forma di pubblico dialogante e laicizzato. Del tutto ignoto ad una società d'antico regime nella quale la parola scritta era stata solo il veicolo di un discorso specialistico (e perciò non autenticamente 'pubblico'), il 'pubblico' moderno erompe sulla scena verso la metà del Settecento, lasciando subito intravedere i tratti di una socialità che anticipa quella della nazione contemporanea <sup>(10)</sup>. Esso evoca infatti l'immagine di una comunità 'grande' ed impersonale, a cui si appartiene senza conoscersi e senza bisogno di condividere alcun interesse specifico; indiscutibilmente originaria, in quanto costituita immediatamente da individui e non da altre società minori; alla quale si accede in virtù della propria capacità critica e non di uno *status*; che proprio per questo presenta confini indefiniti e potenzialmente onnicomprensivi; e che per la stessa ragione si basa su una costituzione 'democratica', in quanto non v'è ragione che i pareri dei suoi membri abbiano un peso differenziato. Ma soprattutto, *le public* s'impone fin dall'inizio agli occhi dei suoi osservatori per la sua capacità di decidere qualsiasi questione gli venga sottoposta « con cognizione ed equità » <sup>(11)</sup>. Il suo carattere collettivo ed impersonale lo costituisce infatti in istanza assolutamente disinteres-

---

<sup>(10)</sup> La bibliografia sul tema è amplissima. Per un primo orientamento, M. Ozouf, *L'opinion publique*, in K.M. Baker (a cura di), *The Political Culture of the Old Regime*, Pergamon Press, Oxford 1987, pp. 419 sgg.; J.R. Censer (a cura di), *The French Revolution and the Intellectual History*, Dorsey, Chicago 1989; R. Chartier, *Les origines culturelles de la Révolution française*, Editions du Seuil, Paris 1990, cap. II.

<sup>(11)</sup> J.-B. D'Alembert, *Saggio sui rapporti tra intellettuali e potenti* (1753), a cura di F. Brunetti, Einaudi, Torino 1977, p. 15.

sata ed obbiettiva, candidandolo al ruolo di vero sovrano del nuovo ordine individualista: « l'opinione pubblica è più forte ed illuminata della legge; essa è più forte perché è presente ovunque, perché esercita la sua autorità nella società e fino nel seno delle famiglie; ed è più illuminata perché, se la legge può essere l'opera di un solo uomo che sbaglia, l'opinione è il risultato dei pensieri delle Nazioni e dei secoli » (12). Il pubblico illuminista è insomma il luogo « in cui si restaura ad altri livelli quella parità fra gli individui propria della condizione di natura, dove ogni uomo è al tempo stesso giudice e giudicato » (13) e dove la volontà generale cessa di essere un'astrazione per acquisire una sua corposa effettività. Da ultimo, l'eguaglianza che regna nella comunità dei lettori non esclude affatto che essa abbia i suoi capi, naturalmente impersonati da coloro che hanno la capacità di amministrare la parola scritta. « Di tutte le forme di dominio, quella delle persone colte, senza essere visibile, è la più estesa. Chi è potente comanda, ma gli uomini colti governano, perché alla lunga essi formano l'opinione pubblica, che presto o tardi soggioga o rovescia ogni forma di dispotismo » (14). Il nuovo spazio pubblico, proprio perché non gerarchicamente costituito, necessita per sua natura di essere guidato da qualcuno che pur rispettandone l'autorità, ne orienti l'incedere. Le *gens de lettres* escono così una volta per tutte dalla penombra delle accademie e delle corti dei mecenati per autocostruirsi in classe dirigente — e dirigente non del solo pubblico criticante, ma anche di tutta l'informe massa della popolazione illetterata, che è immaginata come l'inevitabile appendice del primo: « quando si parla di opinione, bisogna distinguerne tre specie: l'opinione degli uomini illuminati, che precede l'opinione pubblica e finisce per darle la legge; l'opinione la cui autorità trascina l'opinione del popolo; e infine l'opinione popolare, che resta quella della parte del popolo la più stupida

---

(12) J. Necker, *Sur la législation et le commerce des grains* (1775), citato in E. Tortarolo, 'Opinion publique' tra antico regime e rivoluzione francese. Contributo a un vocabolario storico della politica settecentesca, in « Rivista storica italiana », CII, 1990, pp. 13-14.

(13) F. Brunetti, Introduzione a D'Alembert, *Saggio*, cit., p. XV.

(14) C.-P. Duclos, *Considérations sur les moeurs* (1767), in *Œuvres*, Berlin, Paris 1821, t. I, p. 112.

e miserabile » (15). Gli intellettuali cominciano così a vedersi alla testa di una nazione intera, che si dispone tutta dietro di loro, anche se con diversi gradi di consapevolezza.

Con questa configurazione, in Francia la sfera pubblica si avvicina progressivamente alla politica militante a partire dagli anni Cinquanta del Settecento: e ciò sviluppando un 'discorso della contestazione' diretto contro le autorità tradizionali (16) che definisce il suo ruolo in termini oppositivi rispetto al monarca. Alimentata in misura decisiva dall'eterno dibattito sulla vera natura della antica costituzione del Regno, questa crescita conosce i suoi momenti di accelerazione decisiva in coincidenza con gli episodi di maggior frizione tra monarca e corti sovrane (dalle grandi rimostranze della *Cour des Aides* parigina al colpo di Stato di Maupeou), che portano l'opinione pubblica francese a baricentrarsi sempre più verso l'interno rispetto all'orizzonte cosmopolitico che era stato proprio della primitiva *République des Lettres*. Con gli anni Settanta la lotta politica acquisisce già una movenza manifestamente 'parlamentare', assumendo la forma di una competizione per aggiudicarsi quel pubblico favore grazie al quale soltanto, ormai, è possibile conservare il potere. Di qui, le prime cripto-rappresentazioni della nazione moderna come grande platea di individui indifferenziati, continuamente intenta a giudicare coloro che la governano. « Si è costituito un tribunale indipendente da tutte le autorità e che tutte le autorità rispettano, che giudica tutti i talenti, che si pronuncia su tutte le persone di valore — nota Malesherbes in uno dei momenti più duri dello scontro tra il sovrano e i grandi corpi giudiziari del regno — e in un secolo illuminato, in cui ogni cittadino può parlare alla nazione intera per mezzo della stampa, coloro che hanno il talento per istruire gli uomini e il dono di commuoverli, in una parola i letterati, stanno al centro del pubblico disperso come stavano gli oratori di Roma e di Atene al centro del pubblico radunato » (17). Per il re, non

---

(15) J.-A.-N. De Caritat, marchese di Condorcet, *Réflexions sur le commerce des blés*, s.e., Londres 1776, p. 140.

(16) L'espressione è di K.M. Baker, *Politique et opinion publique sous l'Ancien Régime*, in « *Annales E.S.C.* », XLII (1987), pp. 41 sgg.

(17) C.-G. Lamoignon des Malesherbes, *Discours prononcé dans l'Académie française*, 16 febbraio 1775, Demonville, Paris 1775, p. 5.

si tratta ormai che di « imitare in questo Carlo Magno [...] [e di] regnare alla testa di una nazione che sarà tutta intera il Vostro Consiglio » (18). La nazione è già immaginata come una città antica indefinitamente dilatata, i cui membri, seduti sui gradini di un gigantesco anfiteatro, maturano le loro opinioni grazie alla parola degli scrittori.

Ciò non significa, beninteso, che già prima dell'89 si pensi di conferire a questa comunità politico-culturale una veste istituzionale nuova e specifica. Il progetto è piuttosto quello di affidare la declaratoria dell'*opinion* ora alla voce della nazione cetuale (secondo la linea indicata da Montesquieu) ora a quella della nazione fondiaria (giusta il progetto fisiocratico) o meglio ancora — e più plausibilmente — a una sorta di equilibrato *mélange* dell'una e dell'altra (si pensi, per tutti, alla voce *Représentants* dell'*Encyclopédie*). La prospettiva prevalente è insomma quella di una riattivazione degli Stati Generali come unica forma veramente legittima di rappresentanza nazionale, da rileggere però in una chiave proprietario-individualista che preluda più o meno da vicino al voto per testa. È, in fondo, la strada inglese: che coniuga felicemente rispetto della tradizione, rilegittimazione dell'aristocrazia in veste proprietaria e riconoscimento della *public opinion*. In definitiva, la linea pare quella di una specie di convergenza fra le tre 'nazioni' del Settecento.

Chiedersi come mai questo compromesso si sia rivelato alla fine impraticabile equivale ad interrogarsi sulle ragioni stesse della Rivoluzione e travalica quindi l'economia del nostro discorso. Certo è però che quel fallimento si trovava già potenzialmente annunciato dalla fortissima personalità della nazione letteraria. Quest'ultima, pur collocandosi nominalmente su un terreno estraneo alla politica, aveva fondato uno spazio sociale egualitario all'interno del quale quelle segmentazioni in corpi che per secoli erano sembrate far tutt'uno con l'ordine naturale dovevano rivelarsi per forza di cose sempre più pretestuose. L'improvviso vuoto istituzionale aperto dalla crisi della monarchia fece il resto, innescando d'un tratto quella rabbiosa tendenza ad azzerare le differenze che costituisce il cuore della mentalità rivoluzionaria. Il risultato fu l'abbandono di ogni

---

(18) La frase è tratta da una rimostranza della Cour des Aides di Parigi, sempre del '75, richiamata da Baker, *Politique et opinion publique*, cit., p. 57.

gradualismo e la nascita del nuovo modello di appartenenza forgiato dall'Assemblea costituente, il cui profilo ricalca in modo pressoché calligrafico quello della comunità dei lettori. La nuova nazione, la 'nazione dei cittadini', si configura infatti come l'insieme onnicomprensivo degli individui forniti di ragione, all'interno del quale ogni differenziazione di *status* è bandita. Nell'atto stesso, però, in cui cancella le vecchie separazioni per ceti, il nuovo ordine fa propria senza reticenze una nuova articolazione del sociale, conforme al principio smithiano della specializzazione del lavoro ed alla logica della moderna *commercial society*. Da un lato, infatti, sta la folla dei produttori manuali, vere e proprie « machines à travail » — secondo la cruda espressione sieyèsiana —, esclusi dalle nuove forme di comunicazione ed oggettivamente inabili a prendere parte ad una vita politica che richiede saperi e consapevolezze incompatibili con la loro funzione economica; mentre dall'altro si colloca la circoscritta *élite* degli acculturati, che sola può realisticamente candidarsi a svolgere gli impegnativi « travaux de la souveraineté » (19). La formula del governo rappresentativo — tanto lontana dalla democrazia tradizionale quanto lo è la produzione capitalistica dalle economie a schiavi dell'antichità — nasce appunto per conciliare la nuova cittadinanza egualitaria ed universale con la necessità di riservare il potere a coloro soltanto che hanno realmente accesso alla comunità dei liberi intelletti. I cittadini comuni, completamente assorbiti dalle loro occupazioni economiche, « nominano dei rappresentanti ben più capaci di loro di conoscere l'interesse generale, e d'interpretare a questo riguardo la loro propria volontà » (20). E tali rappresentanti sono a loro volta trascelti — tanto nel '91 quanto nell'anno III — attraverso un sistema a due gradi, che riproduce fedelmente l'articolazione della sfera pubblica settecentesca. Una base larga di cittadini 'attivi', costituita da tutti coloro che sono in

---

(19) Sulla teoria classica della rappresentanza rivoluzionaria si veda da ultimo e per tutti R. Halévi, *La révolution constituante. Les ambiguïtés politiques*, in *The Political Culture of the French Revolution*, ed. by C. Lucas, Pergamon Press, Oxford 1988, p. 69 sgg.; S. Mannoni, *La dottrina costituzionale di Sieyès*, in « Quaderni fiorentini », 19, 2000, pp. 25 sgg.

(20) Di nuovo J.-E. Sieyès, *Discorso sul veto reale*, in Id., *Opere e testimonianze politiche*, a cura di G. Troisi Spagnoli, Giuffrè, Milano 1993, vol. I, p. 441.

grado di usare in modo autonomo il proprio intelletto naturale, seleziona infatti i veri elettori fra i soli titolari di un reddito elevato, cioè — si badi — non fra i ricchi in quanto proprietari, ma fra i ricchi in quanto unici membri effettivi di quella società colta e realmente partecipe che è stata il pubblico dell'illuminismo <sup>(21)</sup>.

### 3. *La crisi dell'illuminismo e le origini della nazione in Italia*

Il Settecento italiano ripropone anch'esso, a suo modo, la compresenza delle tre nazioni premoderne, benché con una diversa geometria ed un differente grado di consistenza rispetto alla Francia. Intanto, di una nazione 'cetuale' o 'proprietaria' è possibile da noi parlare solo all'interno dei confini dei vari 'antichi' Stati, ed anche qui non senza molte cautele. Com'è noto, la gerarchia delle appartenenze tradizionali tende per lo più a troncarsi, in Italia, a livello cittadino o comunque di 'patria' locale, mentre lo Stato — scontando le note specificità che ne hanno segnato l'avvento — esaurisce per lo più la sua funzione come semplice contenitore amministrativo, a cui non si affiancano in genere forme forti di rappresentanza sociale. Di qui la difficoltà di immaginare una nazione 'regionale': e ciò sia nella vecchia versione di un aggregato di ceti territoriali che in quella ammodernata di una piramide di comunità fondiario-contribuenti. Anche il modello fisiocratico della 'comunità dei possessori', infatti, che pure ispira in Italia tanti importanti tentativi di riforma tra gli anni Cinquanta e Settanta, viene usato unicamente in rapporto ad una riscrittura degli spazi amministrativi locali (il progetto costituzionale toscano vagheggiato da Pietro Leopoldo resta un *unicum* e, con le imbarazzate reazioni che provoca nell'ambito dello stesso *establishment* riformatore, serve a confermare quanto bizzarra apparisse ancora l'idea di attribuire una voce propria all' 'universale' di uno Stato da sempre concepito come un grande *collage* di appartenenze municipali). In definitiva, l'unica forma di appartenenza sovracittadina che i vecchi Stati italiani riuscirono talvolta a creare corrisponde a ciò che potremmo chia-

---

<sup>(21)</sup> Per un'analisi di questo sistema rappresentativo basti il rinvio a P. Gueniffey, *Le nombre et la raison. La Révolution française et les élections*, Editions des Ecoles des Hautes Etudes, Paris 1993.

mare — parafrasando Chabod — la ‘nazione degli ufficiali’: ovvero, la comunità degli aiutanti del principe e delle sue nobiltà di servizio, che acquisì un certo rilievo nell’ambito di alcune esperienze (si pensi a quella piemontese) ma che certamente restò confinata nell’orizzonte mentale di categorie assai circoscritte.

In realtà, la percezione di una forte entità collettiva di livello sovralocale fa tutt’uno, in Italia, con la formazione di un moderno pubblico letterario accomunato dall’uso di una medesima lingua scritta. Avviato — com’è noto — nella seconda metà del Seicento, tale processo finì per generare anche da noi, nel giro di un secolo circa, una embrionale sfera pubblica, le cui autorappresentazioni richiamano da vicino quelle della coeva cultura d’oltralpe. Costatato infatti che « secreti più non vi sono » e che « l’arte persino di governare i popoli [...] ora sta in mano a’ librai » (22), anche gli esponenti del nostro illuminismo potevano sciogliere il loro peana agli « uomini di lettere », che « hanno maggior influenza nel destino delle generazioni venture di quanta ne abbiano i monarchi sugli stessi uomini viventi » (23). « La repubblica delle lettere sparsa per tutta l’Europa, [...] per lo passato [...] considerata come una società di curiosi che si occupavano di oggetti indifferenti per il ben essere della società », si presenta ora come il motore di una nuova, diffusiva concezione della civiltà (24). Per quanto « trascurati, contraddetti, perseguitati durante la loro vita », i filosofi alla fine « determinano l’opinione; la verità si dilata; da alcuni pochi si comunica ai molti; da questi ai più; s’illuminano i sovrani e trovano la massa de’ sudditi più ragionevole e disposta ad accogliere tranquillamente quelle novità che senza pericolo non si sarebbero presentate fra le tenebre dell’ignoranza. L’opinione dirige la forza e i buoni libri dirigono l’opinione, sovrana immortale del mondo » (25). A sua volta, questa nuova, « universal cultura » ha creato un’altret-

---

(22) P. Verri, *Meditazioni sulla felicità* (1763), Galeazzi, Milano 1766, p. 10. Sulla figura di Verri, per tutti C. Capra, *I ‘progressi della ragione’. Vita di Pietro Verri*, Il Mulino, Bologna 2002.

(23) P. Verri, *Memorie appartenenti alla vita e agli studi del Signor D. Paolo Frisi* (1787), in *Scritti vari*, a cura di G. Carcano, Le Monnier, Firenze 1854, vol. II, p. 313.

(24) Id., *Discorso sulla felicità* (1771), *ivi*, vol. I, p. 111.

(25) Così ancora Verri nella commemorazione di Paolo Frisi, p. 314.

tanto inedita « fratellanza [...] da uomo a uomo », basata su « quella onesta comunicazione fra gli uomini, per cui tendono a rendersi vicendevolmente la vita più dolce, più aggradevole, e più felice » (26). Parimenti ignota tanto ai « nostri ruvidi antenati » quanto ai fatui esponenti della società cortigiana, tutti impegnati « in un continuo dissipamento di sé », una tale specie di appartenenza tende appunto a localizzarsi ad un livello intermedio tra le vecchie solidarietà familistico-corporative e il vacuo legame che unisce tra loro quei generici uomini di mondo pervasi dalla « sfrenatissima smania d'essere l'amico universale » (27). Un livello 'nazionale', appunto: la cui percezione si affaccia già nel manifesto del *Caffè*, in cui si promette di rivolgersi al lettore con quella « onesta libertà degna di cittadini italiani » (28).

Dietro a queste solari rappresentazioni, tuttavia, si cela una sfera pubblica incommensurabilmente più gracile di quella francese, come prova una semplice occhiata alle cifre dei suoi circuiti giornalistici e editoriali. Inceppata nel suo sviluppo dalla presenza pervasiva della Chiesa romana, dalle difficoltà delle comunicazioni e dalla oggettiva arretratezza socio-economica di molte aree della penisola, la pubblica opinione italiana sconta ancor prima una cronica carenza di materia su cui opinare, data l'assenza di un grande centro statale attorno al quale sviluppare un qualsiasi dibattito politicamente integrante. Di qui, le sue specificità qualitative: costituite in primo luogo da un rapporto con lo Stato non risolto in termini di contrapposizione, ma piuttosto d'integrazione collaborativa, in continuità con la tradizione giurisdizionalista-muratoriana della prima metà del secolo. Consapevole della sua debolezza, la nascente sfera pubblica vede nel potere costituito non tanto un potenziale avversario quanto l'imprescindibile alleato della propria battaglia antioscurantista. Del resto, è proprio quel potere che tiene a battesimo una stampa di tipo moderno, nel tentativo di assicurare una base di consenso al suo programma di

---

(26) A. Verri, *Lo spirito di società*, in *Il Caffè*, a cura di S. Romagnoli, Feltrinelli, Milano 1960, p. 279.

(27) Ivi, p. 280.

(28) Ivi, p. 5 (la pagina, per vero, venne preposta alla ristampa della prima annata della rivista, nel 1765).

riforme <sup>(29)</sup>. Contrariamente al paradigma di Habermas, siamo dunque di fronte ad un pubblico largamente eteronomo, che proprio per emergere come pubblico ed emanciparsi dalla società tradizionale ha bisogno del supporto statale. Proprio per questo, quei ‘filosofi’ che secondo il solito paradigma dovrebbero assumere decisamente la guida del pubblico moderno hanno invece gli occhi fissi sul principe, nell’ansiosa attesa di una chiamata che dia loro l’occasione d’incidere sulla realtà mediante gli unici strumenti ritenuti, in fondo, concretamente efficaci — quelli burocratico-istituzionali. Anche coloro che sembrano aver meglio compreso l’importanza della rivoluzione mediatica settecentesca restano ben lontani dal prospettarsi un futuro da *opinion makers* e (come dimostra la breve parabola del *Caffè*) puntano piuttosto a spendere il prestigio acquisito con le loro penne per conquistarsi un ruolo all’interno dell’apparato, giacché è solo da lì che sembra possibile contribuire davvero allo svecchiamento del sistema. Non stupisce perciò che l’immagine della sfera pubblica prodotta dall’intellettualità italiana sia spesso colta da un punto di vista ‘esterno’ ad essa e vicino invece a quello dello Stato da cui quella intellettualità ambisce a farsi cooptare: col risultato di relativizzare di molto — contrariamente, ancora una volta, ai dettami del canone settecentesco — l’affidabilità dei giudizi collettivi. Esemplari sono in proposito le celebri pagine dedicate al nostro tema da Gaetano Filangieri. In esse si riafferma sì l’esistenza di un « tribunale [...] invisibile [...], che agisce di continuo; [...] ch’è più forte de’ magistrati e delle leggi, de’ ministri e de’ re » e che « col fatto ci dimostra che la sovranità è costantemente e realmente nel popolo »; ma vi si specifica anche che « in un popolo ignorante e corrotto, questo tribunale sconosce i suoi interessi, e col l’onnipotenza de’ suoi decreti perpetua il male ed impedisce il bene », sì che il primo dovere del principe consiste appunto nel renderlo « saggio e virtuoso » tramite una opportuna pedagogizzazione legislativa <sup>(30)</sup>.

---

<sup>(29)</sup> In questo senso, si veda per tutti S. Landi, *Il governo delle opinioni. Censura e formazione del consenso nella Toscana del Settecento*, Il Mulino, Bologna 2000.

<sup>(30)</sup> G. Filangieri, *La scienza della legislazione* (1782), L. IV, cap. LII, in F. Venturi (a cura di), *Illuministi italiani. Riformatori napoletani*, Ricciardi, Milano-Napoli 1962, p. 749

Il pubblico italiano rivela dunque, nella percezione dell'*élite*, un profilo ambivalente, che lo colloca a metà strada tra la fallace opinione popolare d'antico regime e quella nuova del secolo dei lumi. Meglio ancora: esso tende a sdoppiarsi in un pubblico evoluto e moderno (quello dell'osservatore) ed in un altro getto e arretrato, col quale è esclusa ogni possibilità di identificazione. Anzi, questo secondo 'pubblico' viene guardato dall'intellettuale italiano con lo stesso distacco proprio di un forestiero, attingendo agli stereotipi che una lunga e caustica tradizione letteraria straniera ha applicato agli italiani in genere, ed accettando in pieno di definire i propri connazionali « creduli », « ignoranti [...] a tal punto che è raro che sappiano leggere o scrivere », sempre « allegri e gioviali » in quanto privi di vera dignità, « naturalmente docili al giogo che loro impone il governo » perché del tutto passivi, e via enumerando <sup>(31)</sup>.

Insomma: nel momento stesso in cui anche in Italia comincia ad emergere una 'nazione di lettori', il suo perimetro è così stretto, e così grande la sua distanza da una nazione reale percepita attraverso il prisma obbligato della 'decadenza', che essa fatica a riconoscersi come 'italiana'. Italiani sono invece di sicuro gli altri, quelli che vivono ancora prigionieri della subcultura premoderna, ai margini di quella cosmopoli che è la sfera pubblica occidentale. Ciò per un verso pone già implicitamente le basi di un riscatto nazionale, di un 'risorgimento', del quale la 'riforma' settecentesca costituisce la prima concretizzazione; ma per un altro reagisce sulla stessa morfologia formale della nostra nazione, che fin dall'inizio sembra strutturarsi su « due gradi di italianità » <sup>(32)</sup>. Proprio nel momento in cui inventa l'italiano, l'intellettuale settecentesco tende a chiamarsi fuori da una comunità nazionale che non riesce a definire se non in termini di ritardo e di stagnazione, mentre identifica se stesso con quel pubblico europeo più avanzato da lui assunto come parametro per valutare i suoi concittadini. Naturalmente anche in Francia — come s'è visto — viene registrata l'esistenza di un corposo strato popolare del tutto incapace di accedere al livello del vero pubblico

---

<sup>(31)</sup> G. Baretti, *Gl'Italiani, o sia relazione degli usi e costumi d'Italia* (1768-69), Pirrotta, Milano 1818, pp. 5-6.

<sup>(32)</sup> G. Bollati, *L'italiano*, in *Storia d'Italia*, vol. I, *I caratteri originali*, Einaudi, Torino 1973, p. 960.

criticante; ma ciò non incrina una rappresentazione sostanzialmente unitaria della sfera pubblica, giacché per la coscienza d'oltralpe è pacifico che una tale fascia inferiore sia comunque destinata a ricevere i contenuti della sua cultura dall'*élite* consapevole. Al contrario, in Italia a trovarsi in istato di minorità intellettuale sono ancora gli stessi ceti dominanti; ed è appunto nei loro confronti, ben prima che in quelli delle masse, che i nuovi intellettuali avvertono un forte senso di estraneità. « La natura ha fatto di tutto perché noi fossimo distinti fralle più colte nazioni del mondo — era costretto a confessare ancora *Il Caffè* —; ma forse la troppo dolcezza del carattere di noi Italiani ci ha fatto con somma facilità piegare l'un dopo l'altro al giudizio di pochi, i quali ci han voluto porre in ceppi, dirò così, l'anima, e ce ne hanno pedanteggiato le facoltà »<sup>(33)</sup>; tanto che, su mille letterati, si può dire che solo dieci « coltiv[i]no l'ingegno per rendere se stessi internamente migliori », mentre tutti gli altri lo fanno « per il pane », « per non annoiarsi », per reciproca gelosia o per altri futili motivi<sup>(34)</sup>.

Man mano che il Settecento s'approssima alla sua crisi finale, questo senso d'isolamento del nuovo letterato non fa che acuirsi. Nel corso degli anni Ottanta, infatti, si sgretola quella fragile alleanza che lo aveva (più o meno immaginariamente) collocato a fianco del principe fin dall'età muratoriana; ed egli si trova stretto tra uno Stato che gli va chiudendo le porte, una società in cui non si riconosce più ed una sfera pubblica troppo esile per sostenerne le legittime ambizioni. Tutto ciò in un ambiente segnato da una sempre più diffusa sottoccupazione intellettuale (effetto indiretto delle riforme, che hanno allargato l'accesso all'alta istruzione senza garantire un parallelo assorbimento dei laureati da parte del pubblico apparato). E tuttavia, col trascorrere degli anni gli uomini di penna non possono non persuadersi sempre più che il nuovo ordine di cui proprio il riformismo sta gettando le basi riserbi loro un grande futuro. Incrinata l'antica certezza nella naturalità delle gerarchie sociali e nella immutabilità dei correlativi destini, « il popolo —

---

<sup>(33)</sup> P. Verri, *Dell'onore che ottiensì dai veri uomini di lettere*, in *Il Caffè*, cit., p. 205.

<sup>(34)</sup> Id., *Saggio d'aritmetica politica*, ivi, p. 143.

notava per tutti Francesco Maria Gianni nel 1792 <sup>(35)</sup> — vede adesso il bene che ha ottenuto da certe operazioni di governo, sicché, naturalmente ragionando, suppone che anche il male [...] sia un'opera del governo e che esso possa rimediarsi ». In questo stato « di gran pericolo », non vi è « altro partito da eleggere tra la risoluzione generosa d'illuminare il popolo o prepararsi a combatterlo ». E per battere la prima strada gli Stati non possono che associare al governo la « classe scelta [...] di chi studia e di chi insegna », assicurandosene la collaborazione prima che « non la poca plebe, ma il gran popolo apra gli occhi, o trovi nella classe scelta chi lo illumini e lo ammaestri sopra gli oggetti che sino ad ora ha trascurati, o non conosciuti [...] ». L'età dei lumi, insomma, ha iscritto la comunicazione politica al primo posto nella sua agenda costituzionale, promettendo ai detentori dell'arte della parola un ruolo strategico nella società del domani. Il guaio è che quanto più l'intellettualità italiana acquista coscienza del proprio valore potenziale, tanto più angusti si fanno i suoi spazi di manovra a causa del doppio ostracismo decretato nei suoi confronti da uno Stato sempre più diffidente e da una società civile solo apparentemente emancipata. L'Italia sembra rigurgitare sì di una « immensa classe [...] di persone colte che fanno versi, che intendono il latino, che sanno di antiquarie, che vantano buon senso, un gusto fino e delicato [...] e che fanno da giornalisti spietati sopra quanto comparisce alla giornata. Eppure, chi lo crederebbe! In mezzo a tanti eruditi il commercio librario è nell'ultimo avvilimento; poiché non si trovano compratori » <sup>(36)</sup>. Di qui, il senso di frustrazione che, a vari livelli, serpeggia sempre più insistente fra le nostre *élites* intellettuali di fine Settecento; al quale esse reagiscono per un verso indulgendo ad un radicalismo sempre più astratto e pessimistico e per un altro confezionandosi quell'autoritratto eroico e sdegnoso, assurto in breve a diffuso cliché letterario, che fa del loro isolamento il prodotto di una nobile scelta morale. « Un uomo che abitualmente ricerca la verità e la ragione — scriveva di sé Pietro Verri nel 1788, quando da tempo

---

<sup>(35)</sup> *Le mie paure e disordini che temo dalle attuali circostanze del paese*, in *Illuministi italiani. Riformatori lombardi e toscani*, cit., pp. 1076-1080.

<sup>(36)</sup> Così Ristori in un suo articolo del 1788 (citato in C. Capra, *Giovanni Ristori da illuminista a funzionario*, La Nuova Italia, Firenze 1968, p. 101).

si era consumato il suo divorzio con l'assolutismo asburgico —, di cui l'animo libero aborrisce ogni bassezza; che ama la gloria e il proprio buon nome; che non crede di trovare la felicità se non guidato da' suoi principi; un tal uomo non doveva in una dispotica monarchia avere mai impieghi pubblici, se non per una qualche combinazione straordinaria » (37). D'altra parte, questa emarginazione dalla 'nazione degli ufficiali', loro tradizionale luogo d'elezione, non avvicina certo i nostri filosofi ai propri concittadini — quegli italiani che allo scoppio della Rivoluzione apparivano allo stesso Verri del tutto « immaturi e non ancora degni di vivere sotto il regno della virtù », divenuti, « a forza di voler esser furbi [...] al pari de' Greci il rifiuto dell'Europa dopo esserne stati i maestri », tutt'al più capaci, in caso di contagio rivoluzionario, « di rinnova[re] le sciagure de' Guelfi e Ghibellini » (38). Il risultato, alla fine, è quello di una 'nazione immaginata' dall'alto profilo etico, ma dal diametro ridottissimo, che coltiva orgogliosamente il senso della propria identità sospesa tra una società amorfa e insensibile e uno Stato deciso quantomeno a ignorarla.

Tra le varie formalizzazioni settecentesche di questo immaginario, la più rappresentativa e fortunata è stata di sicuro quella alfieriana (benché la sua circolazione sia cominciata davvero solo nel diverso contesto del 'triennio giacobino'). Com'è noto, essa pone al centro della propria attenzione « questa classe d'uomini... insorta dunque a poco a poco in Europa [...], che si assume l'incarico, pensando e scrivendo, di far pensare gli altri » (39); e si propone di approntare per essa « un preciso codice di comportamento » (40) movendo dal postulato (speculare rispetto all'universo illuminista) di una sua irriducibile antitesi rispetto al sovrano. Obiettivo ideale

---

(37) *Sincera memoria sugl'impieghi ch'ebbi e sulla cagione che me li fece perdere* (1789), in P. Verri, *Memorie*, a cura di G. Panizza, Valdonega, Milano 1997, p. 5.

(38) Così in *Alcuni pensieri sulla Rivoluzione accaduta in Francia* (1789), pubbl. in C. Morandi, *Pietro Verri e la Rivoluzione francese*, « Archivio storico lombardo », LV, 1928, p. 537.

(39) V. Alfieri, *Del principe e delle lettere* (1778), in *Scritti politici e morali*, a cura di P. Cazzani, come vol. III delle *Opere*, Casa d'Alfieri, Asti 1951, p. 390

(40) P. Mauri, *Il Piemonte*, in *Letteratura italiana. Storia e geografia*, vol. II, t. II, *L'età moderna*, Einaudi, Torino 1988, p. 842.

d'ogni principe è infatti, da sempre, per Alfieri, « la totale cecità e ignoranza dei sudditi tutti » (41), anche se nell'ambito dell'Europa moderna tale programma viene perseguito dal sovrano tramite la subdola strategia di asservire i letterati per divenire, tramite loro, « signore dell'opinione » (42). Il discorso alfieriano si indirizza dunque ai pochissimi, potenziali scrittori « sproteetti », indicati come i « naturali e sublimi tribuni dei non liberi popoli » (43) ed alla cui parola egli affida la missione di redimere una nazione abbruttita dall'ignoranza e da una decadenza plurisecolare. Il punto però è che questa nazione non forma affatto un pubblico, ed è perciò praticamente irraggiungibile dal vero letterato. Chi infatti leggerà la sua pagina liberatoria? Certo « non il popolo [...] che sepolto nei pregiudizi, avvilito dalla servitù, fatto stupido dalla povertà [...] non ha tempo né mezzi né ajuti per imparare a discernere i suoi propri diritti: ed egli pur solo potrebbe farli valer, conoscendoli. Leggono adunque veramente nel principato i pochi uomini rinchiusi nelle città; e fra questi, il minor numero di essi; cioè quei pochissimi, che non bisognosi di esercitare arte veruna per campare, non desiderosi di cariche, non adescati dai piaceri, non travati dai vizj, non invidiosi dei grandi, non vaghi di far pompa di dottrina, ma veramente pieni di una certa malinconia riflessiva, cercano ne' libri un dolce pascolo all'anima, e un breve compenso alle umane miserie » (44). Un pubblico minuscolo, dunque, e per sua natura intrinsecamente quietista, che nell'ambito della società italiana Alfieri identifica senza incertezze in quei pochi « nobili che non sono contaminati di corte ». Eppure è questa la 'nazione' da cui bisogna partire: costituendo poco per volta, all'interno di una nobiltà per lo più ignava e venduta, « una repubblicetta nel principato », « rimota affatto dal volgo profano » e cautelativamente formata solo da « letterati pensanti, leggenti, e non iscriventi »; mentre gli scrittori — i veri produttori d'idee — « come Decj della nascita repubblica » dovranno espatriare « per cercar libertà dove essa si trova » e da

---

(41) Alfieri, *Del principe*, cit., p. 383.

(42) Ivi, p. 436.

(43) Ivi, p. 443.

(44) Ivi, p. 386.

li, con le loro stampe, alimentare la « divina fiamma » della rivolta all'interno dello Stato <sup>(45)</sup>.

Tradotto in un linguaggio più descrittivo, questo discorso constata che anche in Italia la sfera pubblica si sta autonomizzando dallo Stato; solo che la sua estrema esiguità le impedisce di pensarsi come una vera nazione. Diversamente da ciò che accade in paesi culturalmente più evoluti e coesi, l'unica 'nazione' italiana immaginabile è una sorta di libera comunità dei 'diseguali', di « repubblica di re » <sup>(46)</sup>, formata da quel limitatissimo numero di lettori realmente indipendenti che la società riesce ad esprimere, e che si reclutano essenzialmente tra i nobili (ovvero tra quegli « indipendenti ed agiati » che fanno corona al principe e che ben conoscendone « il debole e il nulla » sono più in grado di emanciparsi dalla sua avvolgente influenza). La creazione dello spazio nazionale è così presentata come un processo laborioso e di lungo periodo: dalle « nuove lettere » nasceranno forse « nuovi popoli », ma in un futuro così indeterminato da rendere inattuale lo sforzo di definire ogni ulteriore strategia politica. Ciò non toglie, beninteso, che quello di Alfieri sia un discorso *politico* — e lo sia anzi in un senso molto pregnante, perché con esso si tenta per la prima volta di dare appunto forma politica a quell'esangue patriottismo letterario costituente, fino ad allora, l'unica forma di appartenenza nazionale effettiva in Italia. Alfieri assolutizza il problema del rapporto tra opinione e potere fino a identificarlo con il problema politico *tout court*: e così facendo incendia il disagio dell'intellettuale italiano, trasformandolo in una contraddizione intollerabile che può essere superata solo mediante una grande rivoluzione nazionale (l'immagine dell'Italia futura che è « per risorgere, magnanima libera ed Una » <sup>(47)</sup>, erompe anch'essa per la prima volta dalle sue pagine, in perfetta sincronia con la rivendicazione di una piena emancipazione del « libero scrittore »). Naturalmente, però, così come la politica

---

<sup>(45)</sup> Ivi, pp. 436-37.

<sup>(46)</sup> L'immagine, proposta nel *Parere sull'Agide*, definisce la repubblica romana delle origini, ma evoca indirettamente anche l'immagine della eroica comunità letteraria di cui Alfieri si sentiva parte (G. Debenedetti, *Vocazione di Vittorio Alfieri*, Editori Riuniti, Roma 1977, pp. 149 sgg.).

<sup>(47)</sup> V. Alfieri, *Il Misogallo. Prose e rime* (1793), s.e., Londra 1800, p. 3.

alfieriana è solo una politica delle lettere, la sua rivoluzione è puramente mediatica e si risolve nella sfida di creare un primo germe di opinione pubblica nazionale all'interno di quei ceti aristocratici che sembrano i soli, nell'Italia tardo-settecentesca, a poter godere di una qualche indipendenza culturale. L'approdo alla politica 'vera', per la nazione dei lettori, è ancora ben al di là da venire.

#### 4. 1796-1799: le due Italie e il primo dibattito sulla costituzione nazionale

Tale è dunque, a un dipresso, la configurazione della sfera pubblica italiana quando, a partire dalla primavera del 1796, la penisola viene rapidamente inglobata nell'area di controllo francese.

Gli anni immediatamente precedenti la conquista hanno enfatizzato ulteriormente le dilacerazioni proprie dei ceti colti italiani. Da un lato, infatti, lo spettacolo della Rivoluzione, avidamente seguito fin dai suoi esordi, ha fornito agli intellettuali la prova di quanto ampio ed elevato potesse essere davvero il palcoscenico che il destino loro riservava. La stessa, grande macchina propagandistica controrivoluzionaria che gli Stati italiani avevano messo in piedi *ex novo* per contrastare l'offensiva ideologica francese dimostrava, a modo suo, come ormai non fosse possibile governare ignorando quella pubblica opinione che essi avevano tenuto a battesimo. D'altra parte, la cappa della censura che, soprattutto a partire dal '92, era calata per la prima volta pesantissima sulla stampa italiana, con conseguente chiusura o snaturamento di tutti i più noti periodici del paese, li aveva brutalmente costretti a riconoscere l'estrema fragilità di quella loro creatura, accentuando il senso di ingiusta deprivazione che ricavavano dal confronto con i propri più fortunati vicini. « Se fossi nato nell'Inghilterra o nella Francia io sarei un uomo come gli altri — annotava nel 1790 il solito Verri —; nato nell'Italia [...] io non posso sfogare i miei pensieri se non collo scrivere », e con lo scrivere solo ciò che non suscita in alcun modo « paura ed odio contro il suo autore »<sup>(48)</sup>. « Gli altri », gli uomini comuni, sono ormai divenuti coloro che godono di quella libertà

---

<sup>(48)</sup> Così ancora Pietro Verri nei *Pensieri sullo stato politico del Milanese* del 1790 (Capra, *I "progressi della ragione"*, cit., p. 541)

politica e di espressione che agli italiani continua ad essere incomprensibilmente negata.

Non stupisce quindi che questa intellettualità abbia aderito in genere con entusiasmo al nuovo ordine proposto dai francesi, riconoscendo in esso una straordinaria opportunità di occupare quel posto centrale nella vita pubblica a cui essa aveva cominciato a sentirsi segretamente vocata fin dagli anni Sessanta. L'esplosione di una vera stampa politica, la subita recezione del nuovo codice linguistico rivoluzionario, l'adozione delle nuove forme di sociabilità proprie del costume francese cambiarono radicalmente, così, la fisionomia della sfera pubblica, attribuendole un carattere esteriormente simile a quello d'oltralpe e candidandola ad assumere quel ruolo di 'popolo sovrano' a cui il nuovo sistema costituzionale naturalmente la destinava. Il punto, però, su cui s'incentrò tutto il dibattito del 'triennio' fu proprio questo: era davvero plausibile che un'élite così sottile e così lontana dal resto del corpo sociale da riuscire a definirsi solo in termini di alterità rispetto ad esso, potesse autocostruirsi in nazione sovrana? Quale ruolo assegnare, all'interno di quello schema, a tutti coloro che restavano al di qua della nuova cultura; e soprattutto a quel popolo-plebe universalmente percepito come una presenza massiva e incombente, nella cui rappresentazione enfaticamente primitivistica l'élite proiettava fin troppo evidentemente le sue stesse fragilità ed insufficienze? E poi: fino a che punto il modello della 'nazione dei cittadini', giocato tutto sul valore dell'integrazione e dell'omogeneità sociale, era applicabile ad un paese la cui « trasmutazione » politica era avvenuta ad « opera di avvenimenti casuali »<sup>(49)</sup>, senza che alcuna autentica rivoluzione avesse provveduto a cancellare preventivamente le mille, vecchie identità proprie dell'ordine plurale?

A queste domande, la pubblicistica dell'Italia giacobina offrì in sostanza tre ordini di risposte: intendendo con ciò non tre 'ideologie' connotanti altrettanti schieramenti o 'partiti', bensì tre posizioni mentali destinate a convivere, a miscelarsi copiosamente e anche ad alternarsi nella visione delle medesime persone, seguendo i cambia-

---

<sup>(49)</sup> Così G. Compagnoni, *Saggio di vocabolario democratico*, in *Giornali giacobini*, a cura di R. De Felice, Feltrinelli, Milano 1962, p. 482.

menti dei tempi e dei ruoli, fino a dar luogo ad uno spettro di posizioni estremamente complesso.

La prima di esse è quella che adotta il paradigma della *nation* nella sua classica accezione 'sieyèsiana', e scommette sulla possibilità di integrare tra loro le 'due Italie' con l'assegnare alla prima — quella colta e moderna — il compito di rappresentare in senso 'teatrale' la seconda. Certamente presente, ma non dominante nel panorama della nostra pubblicistica, questa è la risposta di chi ha meglio compreso il significato più vero del governo rappresentativo, come strumento atto a trasformare l'*élite* culturale in *élite* politica nel quadro di una specializzazione del lavoro che non mira ad attribuire ruoli di primo piano alle classi inferiori ma solo a garantire loro il diritto di farsi governare dai 'più capaci'. Un ottimo esempio di questa posizione è offerto dalla dissertazione presentata da Melchiorre Gioia al 'celebre' concorso milanese del 1796. « La sovranità — osserva Gioia — risiede essenzialmente nella universalità dei cittadini. Ma parte di questi, sparsi nelle campagne, è occupata a trarre le ricchezze dalla gleba, parte le modifica e le rende atte ai comodi della vita; altri le fanno circolare per tutto lo Stato o le trasportano allo straniero; altri vegliano alle frontiere della patria [...]; onde alla maggior parte de' cittadini mancano il tempo e i mezzi per istruirsi a fondo negli oggetti di pubblica istituzione [...]. Queste ragioni dimostrano che il popolo dee scegliersi dei rappresentanti, loro confidare la cura dei suoi affari politici, e mentre questi meditano profondamente sulla formazione delle leggi e sul modo di farle eseguire, il popolo dee entrare ne' solchi delle campagne, ne' banchi di commercio, nel campo di Marte per alimentare la patria, vestirla e difenderla »<sup>(50)</sup>. Il sensualismo e l'arretratezza del 'popolo', il suo frequente confondere « la giustizia colla crudeltà, la prudenza colla furberia, la moderazione coll'avvilimento, l'umanità colla debolezza »<sup>(51)</sup>, è in qualche misura un dato strutturale di ogni società complessa, iscritto nella logica di una produzione economica

---

<sup>(50)</sup> M. Gioia, *Dissertazione sul problema dell'Amministrazione generale della Lombardia: Quale dei governi liberi meglio convenga alla felicità dell'Italia*, in *Alle origini del Risorgimento. I testi di un 'celebre' concorso (1796)*, a cura di A. Saitta, Istituto storico italiano per l'età moderna e contemporanea, Roma 1964, vol. II, p. 23.

<sup>(51)</sup> Ivi, p. 22.

specializzata che assorbe integralmente l'energia di chi lavora e gli preclude di entrare a pieno titolo nel pubblico consapevole. La democrazia dei moderni permette tuttavia di liberare le masse dalle gabbie corporatiste in cui il vecchio ordine le ha tenute segregate, attribuendo loro una piena cittadinanza civile e anche politica a patto che esse accettino d'identificarsi in quella minoranza abbiente ed istruita costituente la vera nazione pensante (il che non potrà non realizzarsi se quella minoranza aderirà compatta ai nuovi ideali, giacché, per un'osmosi naturale, « le infime classi della società si conducono ad imitazione delle superiori »<sup>(52)</sup>).

Per far ciò, è indeclinabile garantire al nuovo ordinamento una dimensione realmente 'nazionale' ed un carattere indivisibile. Il solo, vero luogo istituzionale della modernità è una nazione con gli stessi confini ampi e con la stessa densità interna di quel pubblico letterario che ha fatto proprio il nuovo discorso razionalista. Ogni frazionamento del corpo sociale in comunità più ridotte, ogni cedimento in senso federalista non potrà che restituire fiato alle vecchie identità ad esso ostili e ricondurre il paese a quella illusoria libertà degli antichi di cui esso ha già fatto una così lunga e triste esperienza a partire dal medioevo comunale. L'Italia di Gioia, certo, rispetto ad altre nazioni parte svantaggiata in questa corsa verso l'emancipazione a causa di una totale estraneità del popolo alle verità dell'*élite* (e di qui tutta una serie di cautele che egli suggerisce per non alienarsi l'appoggio delle masse). Ma nell'economia del moderno governo rappresentativo, la « moltitudine » è comunque chiamata a svolgere una funzione più tecnica che attivamente politica: ad essa si richiede solo di selezionare, tramite il voto, una classe dirigente trascelta nel seno della minoranza culturalizzata, alla quale viene lasciato *in toto* il compito di « esplorare con maturo criterio quale sia la volontà generale »<sup>(53)</sup>. La divaricazione tra *élite* e popolo non è un'anomalia del 'caso italiano', ma un tratto comune della contemporaneità: ed è proprio a comporre questa frattura che è destinato il nuovo strumento della democrazia rappresentativa.

---

<sup>(52)</sup> Ivi, p. 94.

<sup>(53)</sup> Così un altro lucido fautore del governo rappresentativo: G. Compagnoni, *Elementi di diritto costituzionale democratico* (1797), Centro Editoriale Toscano, Firenze 1988, p. 233.

Diametralmente opposta è la posizione di coloro che, sia pur con gradi diversi di consapevolezza, rifiutano il paradigma della 'nazione dei cittadini' o comunque lo considerano inapplicabile all'Italia. Ad accomunare questa variegata famiglia di opinionisti è un'immagine ineluttabilmente plurale dell'ordine, che lo sviluppo della sfera pubblica non solo non corregge ma semmai aggrava ulteriormente aggiungendovi il nuovo dualismo identitario tra colti ed incolti. Secondo questa prospettiva, quale che sia l'ispirazione politica del sistema costituzionale, esso non potrà non riprodurre questa oggettiva complessità del sociale, giacché fingere d'ignorarla lo condurrebbe a bloccarsi o, nel migliore dei casi, a perpetuare un odioso dominio fazionario. Emblematico, in questo senso, è il testo presentato da Carlo Botta al solito concorso del '96. Seguendo un'ispirazione sinceramente democratica, Botta inizia a delineare una forma di governo rappresentativo più o meno simile a quella francese: finché non si trova a prendere atto dell'esistenza della « plebe ». « La plebe è una spezie di tribù composta di buona gente, segregata dal resto della nazione, vivente a un di presso secondo i dettami della semplice natura, servando ancora le sue leggi, costumanze e usi particolari. Ella è l'istessa cosa, come se una tribù d'Ottentotti, quali da Vaillant ci vengono descritti, fosse ad un tratto trasportata a vivere in mezzo a una nazione composta di Re, di Nobili, di Prelati, di ricchi mercanti, di oziosi in genere »<sup>(54)</sup>. « Esiste quindi nell'istessa nazione una intestina divisione d'animi fra gli ottimati, i quali senza cerimonie si sono intitolati la parte migliore, e la plebe », da sempre vilipesa e conculcata nei suoi diritti<sup>(55)</sup>. L'era della libertà non può che porre fine a questo stato di cose: non però seguendo la strada di un'impensabile integrazione istituzionale tra « plebe » e « ottimati » (le due classi si trovano « per così dire in uno stato di guerra » non solo ineliminabile ma anche salutare per la conservazione della pubblica libertà) bensì riconoscendo alla prima una propria rappresentanza autonoma *accanto* a quella patrizia, secondo il modello dell'antico Tribunato romano. Siamo così ricondotti esplicitamente al vecchio modello del governo

---

(54) C. Botta, *Proposizione ai Lombardi d'una maniera di governo libero*, in *Alle origini*, cit., t. I, p. 38.

(55) *Ibidem*.

misto, cioè alla forma costituzionale classica della ‘nazione dei ceti’ (sia pur qui assunta nella sua variante cittadino-repubblicana di derivazione machiavelliana tanto cara ai vecchi patriziati italiani). Al pluralismo del corpo sociale devono per forza corrispondere una pluralità di rappresentanze distinte: ed è proprio per questa via che ognuno perverrà a considerare se stesso non « quale persona segregata e isolata dagli altri, ma siccome un membro appartenente ad un tutto, che è la patria medesima »<sup>(56)</sup>.

Ed è appunto a una patria siffatta, rispettosa delle differenze e proiettata verso una libertà certo più municipale che nazionale, che dovettero rivolgersi più o meno confusamente gli sguardi di molte *élites* del triennio — e non solo di quelle tutte assortite nel sogno restauratore di vecchi privilegi cittadini o solidali con il patriottismo conservatore di cui fin da quegli anni il governo subalpino si veniva facendo apostolo. Una visione vicina a quella di Botta si riscontra per esempio in altri membri non sospetti del ‘partito patriota’, come Lancetti o Ranza (quest’ultimo fautore di un federalismo sensibile alla suggestione americana); e inizia anche a trovare una sua prima formalizzazione teorica nella segreta riflessione di un giovane profugo ginevrino già allora affascinato dall’Italia e destinato ad esercitare un’influenza incalcolabile su tutto il successivo processo risorgimentale: Sismonde de Sismondi. Sismondi inizia facendo propria la duplice premessa posta alla base del costituzionalismo dell’89 — cioè che « la sovranità appartiene alla nazione intera, e non ad alcuna delle sue frazioni », benché ogni nazione « uscita dalla barbarie » conti al suo interno certe « divisioni naturali » indotte dalla specializzazione del lavoro, tra cui la più importante è quella che oppone lavoratori del braccio e della mente, « ignorans et savants », « coloro che pensano » e « quelli che sono impossibilitati a formarsi un’opinione su una questione astratta »<sup>(57)</sup>. Dalla ovvia superiorità dei pensanti sui non-pensanti, tuttavia, Sismondi non ricava alcun na-

---

<sup>(56)</sup> Ivi, p. 64.

<sup>(57)</sup> J.C.L. Sismondi, *Recherches sur les constitutions des peuples libres*, Droz, Genève 1965, p. 131. Su questo testo — destinato a rimanere inedito fino a noi — oltre all’introduzione di M. Minerbi al volume ora citato cfr. F. Sofia, *Sul pensiero politico-costituzionale del giovane Sismondi*, in « Rassegna storica del Risorgimento », LXVIII (1981), p. 131 sgg.

turale diritto dei primi a governare i secondi ma, al contrario, la necessità di assicurare ad entrambi i gruppi una eguale partecipazione al potere, « bilanciando queste due grandi classi della società l'una per mezzo dell'altra »: il che è possibile solo tornando alla vecchia ricetta del governo misto. Ricetta antica quanto il mondo, essa non ha perso niente della sua validità col tramonto della società di ceti, ma mantiene anzi una netta superiorità sul nuovo *gouvernement représentatif*, il cui unico merito è di permettere il godimento di una certa libertà nell'ambito dei « grands empires ». Il luogo della libertà vera, tuttavia — di quella libertà a cui tutte le classi possono accedere con ruoli diversi — tende a coincidere per Sismondi con la piccola patria cittadina, dove la politica è fatta ancora, in certa misura, di scelte semplici, non « abstraites », a cui il « peuple » (inteso come ceto maggioritario e inferiore) può concorrere direttamente in parallelo all'*élite*.

Tale concezione prelude già a quella riscoperta del medioevo comunale italiano che costituirà la grande fatica della maturità sismondiana, ed alla base della quale sta una perplessità di fondo sulla capacità reale del pubblico settecentesco di impersonare senza residui la complessità della nazione moderna. La stessa perplessità che troviamo, pur se diversamente declinata, in un altro futuro protagonista della scena napoleonica e risorgimentale non sospetto di nostalgie passatiste: Giandomenico Romagnosi. Chi è mai in definitiva — si chiede il Romagnosi di questi anni — questo pubblico che la tradizione illuminista ha promosso al rango di « giudice supremo » e contro le cui sentenze « non v'ha potestà a cui ricorrere »? Una volta scremato ('ovviamente') da « femmine », « fanciulli », « vecchi », « artigiani », « operai », « gente di servizio », « soldati di professione », « mercanti », dal « gran numero degli agricoltori », « ed inoltre generalmente [da] tutti quelli che in forza del loro stato, della loro dignità, delle loro ricchezze, sono assoggettati ad assidue preoccupazioni o dati in balia a piaceri che riempiono gran parte delle loro giornate », il « pubblico dei veri intendenti » si riduce ad un pugno di « pochi privati », « costitu[ente] in mezzo alle popolazioni un corpo, nelle cui operazioni il pubblico comune non prende quasi parte alcuna » ed i cui confini coincidono senza sbavature con quelli della vecchia « repubblica

letteraria »<sup>(58)</sup>. Quest'ultima, dunque, non serve più — come nel discorso illuminista — quale metafora di un luogo a cui tutti possono accedere in quanto usino 'pubblicamente' la loro ragione, superando « i limiti della loro sfera privata *come se* fossero dei dotti »<sup>(59)</sup>, ma si chiude in una dimensione schiettamente corporativa, da addetti ai lavori. Il nostro autore può così concludere tranquillamente, rovesciando il teorema settecentesco, che ogni qual volta « un gran numero [di uomini] *in comune* convengono in una sola opinione », il loro giudizio è da considerarsi presuntivamente sbagliato<sup>(60)</sup>. Un convincimento che porterà il Romagnosi della maturità a battere sentieri ben lontani dal classico costituzionalismo francese e assai più aderenti, invece, ad una rappresentazione corporatista dell'ordine.

La terza risposta, infine, è quella di chi vive come una contraddizione bruciante l'esistenza storica delle due nazioni e si sente impegnato a cancellarla tramite una radicale rigenerazione di entrambe, che porti all'emersione di un unico popolo accomunato da uno stesso sistema valoriale. Non sapremmo dire se questa sia la posizione prevalente nel discorso pubblico del triennio; certo è quella che gli attribuisce quel timbro generosamente volontarista che resterà, anche nella memoria successiva, la sua caratteristica più saliente. Essa consiste nel prendere alla lettera, per così dire, l'« imperativo d'inclusione » veicolato dal modello nazionale rivoluzionario<sup>(61)</sup>, impegnandosi a rovesciare tutti i diaframmi presenti entro l'ambiente sociale premoderno fino a ridurlo davvero ad uno spazio omogeneo, nel quale tutti possano convivere alle medesime condizioni, partecipando paritariamente al governo della cosa pubblica. È in questo quadro che si collocano i grandi dibattiti sulla educazione popolare e sulla democrazia sociale, le conseguenti aperture verso una redistribuzione della proprietà, la simpatia per la democrazia

---

<sup>(58)</sup> *Ricerche sulla validità dei giudicj del pubblico a discernere il vero dal falso*, in *Opere*, Piatti, Firenze 1837, t. I, p. 315. Anche qui, si tratta di un'opera che vedrà la luce solo molti anni dopo, benché sia da considerare come il primo, fondamentale contributo teoretico dell'autore.

<sup>(59)</sup> Habermas, *Storia*, cit., p. 130.

<sup>(60)</sup> Ivi, p. 38.

<sup>(61)</sup> P. Rosanvallon, *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Gallimard, Paris 1992.

diretta ed insomma tutti quei temi che hanno a lungo catalizzato l'attenzione della nostra storiografia, ansiosa di valorizzare al massimo i tratti più propriamente 'giacobini' (*id est*, secondo l'equazione gramsciana, più autenticamente progressisti) della rivoluzione italiana. In realtà, il nostro giacobinismo sembra aver poco in comune con quello francese (che nasce e si sviluppa tutto sul terreno di una lotta parlamentare di cui l'Italia di questi anni non ebbe che piccoli assaggi <sup>(62)</sup>) e molto invece con il problema italiano di un pubblico ancora troppo poco coeso per sostenere efficacemente un moderno governo rappresentativo. Tale pubblico appare costituito in prevalenza — secondo una descrizione spesso ricorrente nella stampa — da una grande « classe neutra », intermedia tra i pochi patrioti e il polo aristocratico, « il cui carattere consiste nel non averne alcuno » e che sembra oscillare perpetuamente tra l'indifferenza e l'opportunismo <sup>(63)</sup>. Di qui, la tendenza del 'partito patriota' ad andarsi a cercare *un altro* pubblico, più cosciente e leale, che esso immagina di poter reclutare in seno ad un ceto popolare « sempre e dappertutto BUONO per carattere e per principi » <sup>(64)</sup> in quanto vicino al regno della natura e dell'innocenza. Da questo riflesso d'isolamento nasce così quella 'nazione dei giacobini' che compensa con la mistica popolare le insufficienze della sfera pubblica positiva. Essa tende a rifiutare la formula della rappresentanza moderna e a trovare piuttosto il suo punto di fuga in una democrazia egalitaria di agricoltori poveri e costumati, basata sulla convinzione che ogni significativa disparità di ricchezze non possa che produrre una parallela diversità di livelli culturali, e dunque una pericolosa frattura nel corpo politico. Il risultato è un modello dalle forti implicazioni arcaiche e coercitive insieme, che più che guardare oltre il sistema rappresen-

---

<sup>(62)</sup> Il rapporto tra i due 'giacobinismi' attende ancora di essere adeguatamente ripensato — dopo le tante pagine ad esso dedicate a partire dagli anni '50 — alla luce della ridefinizione della categoria proposta dalla storiografia francese (il primo rinvio d'obbligo è, naturalmente, a L. Jaume, *Le discours jacobin et la démocratie*, Fayard, Paris 1989).

<sup>(63)</sup> Così la « Gazzetta nazionale genovese » del 14 ottobre 1797, citata da M. Formica, *Il concetto di popolo nel giacobinismo italiano*, in « Studi storici », XXVIII, 1987, p. 719.

<sup>(64)</sup> Così un articolo anonimo del « Termometro politico »: *Analisi dello spirito pubblico*, 2 luglio 1796, in *Giornali giacobini*, cit., pp. 324-25.

tativo e le sue implicazioni classiste sconta l'incapacità di concepire la democrazia al di fuori della cornice canonica in cui essa era stata collocata per tanti secoli — quella della libertà degli antichi e dell'umanesimo civico —. Al confronto con le sfide della modernità si finisce così col preferire l'evasione verso quelle mitologie classiciste ancora tanto radicate nel bagaglio della nostra cultura settecentesca.

##### 5. *La soluzione napoleonica: lo Stato che forma la nazione*

Tre idealtipi, dunque, di organizzazione dello spazio politico, fondati su tre diverse proposte d'integrazione tra *élite* e 'popolo', pubblico colto e pubblico comune. Al di là dei loro vari contenuti, ciò che le accomuna è appunto la fiducia nella possibilità di questa integrazione, da realizzare universalizzando uno stesso linguaggio razionale che dovrà permettere alla nazione, comunque concepita, di acquisire una piena coscienza di sé. Non più debitrice del suo esistere al sostegno del principe, essa appare ai patrioti come titolare di una volontà propria, affrancata da ogni tutela.

L'Italia del dopo-Marengo costituisce un ambiente profondamente diverso da quello di fine Settecento proprio per la definitiva eclissi di questa speranza in una composizione autonoma, non esteriormente assistita, tra le due Italie. Una tale speranza si era fatta via via più flebile, beninteso, fin dall'inizio del triennio. E ciò non solo per la sempre più palese irredimibilità di quelle masse che, a qualunque ruolo si volessero chiamare, sembravano capaci di percepire la realtà solo « attraverso d'un'acqua mobile e fangosa », tale da deformare grottescamente qualsiasi messaggio loro indirizzato <sup>(65)</sup>. Il fatto è che anche l'*élite* si rivelò ben presto, agli stessi occhi di molti dei suoi esponenti, inadeguata al compito che essa si era prefissa. « Altieri nelle parole, pusillanimi nelle condotte » <sup>(66)</sup>, i patrioti avevano messo in scena — secondo le autocritiche più rigoriste — una « vile parodia » della libertà a beneficio del padrone

---

<sup>(65)</sup> M. Gioia, *Saggio sui pregiudizi popolari* (1798), in *Giornali giacobini*, cit., p. 85.

<sup>(66)</sup> Id., *Quadro politico di Milano* (1798), in *Riflessioni sulla Rivoluzione. Scritti politici, 1798*, a cura di P. Themelly, Archivio Guido Izzi, Roma 1997, p. 29.

francese, sostituendo « tutti i princìpi e tutte le forme della libertà costituita in una aberrazione perpetua senza slancio, in uno stato permanente di follia fredda e stupida » (67). Invece che prepararsi a divenire classe dirigente, essi si erano gettati a corpo morto nella corsa agli impieghi, riproponendo senza vergogna tutti i vizi dell'uomo antico — dalla cortigianeria alla « ferocità » — dietro lo schermo del nuovo linguaggio abnegativo e libertario (68).

La testimonianza più vivida di questo mancato incontro tra le due Italie è senza dubbio offerta dal contributo di Cuoco: la cui analisi, condotta a partire dal caso partenopeo, si dipana appunto dalla celebre presa d'atto di una « nazione napoletana divisa in due nazioni diverse per due secoli di tempo e due gradi di clima », l'una cosmopolita, avanzata e coesa, l'altra ancora immersa nella premodernità e proprio perciò ulteriormente suddivisa al suo interno « in tante diverse nazioni » quante erano le varie comunità subregionali del Regno (69). Da questa constatazione, conforme ad una sensibilità come s'è visto abbastanza diffusa nel triennio, Cuoco desume tuttavia una indicazione operativa diversa da quella del pensiero democratico precedente. Invece che pretendere di « guadagnare l'opinione del popolo » aprendole lo scrigno dei propri modelli politici, i rivoluzionari avrebbero dovuto proporre ad essa obiettivi compatibili con la sua cultura e i suoi sensi identitari tradizionali. Solo per mezzo di una strategia di questo tipo, infatti, la nazione inferiore avrebbe potuto accettare la *leadership* di quella superiore e seguirla lungo il suo cammino. « Ecco tutto il segreto delle rivoluzioni: conoscere tutto ciò che il popolo vuole e farlo; egli allora vi seguirà; distinguere ciò che vuole il popolo da ciò che vorrete voi ed arrestarvi subito che il popolo più non vuole » (70). Vi è insomma « un vero per tutti, vi è un vero per molti, ve n'è uno per pochi. Tutti gli errori nostri di politica son nati dall'aver voluto far

---

(67) Così Francesco Melzi in una lettera a Bonaparte scritta proprio nei giorni del colpo di Stato di brumaio (*I Comizi nazionali di Lione per la costituzione della Repubblica italiana*, a cura di U. Da Como, Zanichelli, Bologna 1934, vol. I, p. 9).

(68) M. Gioia, *Che cos'è patriottismo*, ora in *Riflessioni*, cit., pp. 145 sgg.

(69) V. Cuoco, *Saggio storico sulla rivoluzione di Napoli* (1802), a cura di A. De Francesco, Lacaita, Manduria 1998, p. 326.

(70) Ivi, p. 334.

divenire idee vere per tutti quelle che doveano essere vere per pochi » (71). Se è certo errato vedere in Cuoco il precursore dello storicismo e il padre del moderatismo conservatore risorgimentale — come pure si è fatto per tanto tempo (72) —, è anche evidente che egli inaugura una stagione politica nuova rispetto a quella giacobina. La nuova nazione non si costruisce più estendendo a tutti la verità ‘vera’, ma manipolando il consenso collettivo (anche se ‘a fin di bene’) per assicurare stabilità ad un regime cui solo pochi partecipano fino in fondo (73). La struttura ‘a due piani’ della nazione italiana ha dato luogo ad uno sdoppiamento istituzionalizzato del discorso politico. Accanto al discorso della ragione settecentesca (che resta patrimonio esclusivo dell’*élite*, se non proprio segreto, certo inaccessibile ai più) se ne consolida un altro, questo sì destinato ad una fruizione universale e ‘pubblica’, ma in realtà costruito ad arte dai « pochissimi savi » per condurre gradualmente i « moltissimi stolti » verso quella modernità che questi ultimi, oggi, non sono in grado di accettare (74). Il risultato è la perdita di trasparenza e di autenticità dell’opinione pubblica — o meglio l’archiviazione stessa del concetto nella sua originaria configurazione illuminista di ago magnetico della politica —. Tale archiviazione, a sua volta, non può non travolgere tutto il sistema rappresentativo, e con esso l’idea stessa di una legittimazione legal-razionale delle istituzioni. Chi infatti chiamerà in concreto a governare « quella parte [della nazione] che per la superiorità della sua ragione è chiamata dalla natura a dirigerla » (75)? Evidentemente non i « moltissimi » di cui sopra, chiusi nell’orbita della loro piccole appartenenze, ai quali non si può chiedere di comprendere il senso di una dimensione nazionale che li

---

(71) V. Cuoco, *Nuovi principi di ideologia. Frammento (a proposito della Critica della ragion pura di Emanuele Kant)* (1803), in *Scritti vari*, a cura di N. Cortese, F. Nicolini, Laterza, Bari 1924, vol. I, p. 300.

(72) Per questa rettifica, A. De Francesco, *Il ‘Saggio storico’ e la cultura politica italiana fra Otto e Novecento*, preposto alla su citata edizione del *Saggio* a cura dello stesso; Id., *Vincenzo Cuoco. Una vita politica*, Laterza, Roma-Bari 1997.

(73) In questo senso, E. Di Ciommo, *L’identità italiana. Linguaggi e cultura di una nazione*, in « Contemporanea », III, 2000, pp. 417 sgg.

(74) V. Cuoco, *Platone in Italia*, a cura di F. Nicolini, Laterza, Bari 1924, vol. II, p. 147.

(75) Cuoco, *Saggio storico*, cit., p. 328.

trascende completamente. Per essi, la 'verità' politica è al massimo quella dei vecchi « parlamenti » locali e dell'autogoverno comunale dei quali Cuoco caldeggia il recupero nelle *Lettere a Russo*. Affinché al di sopra di questo livello paleo- e micro-politico possa prender forma una vera nazione, bisogna introdurre un fattore esterno: ovvero, un potere già dato, illuminato e lungimirante, che condivida il progetto modernizzante dei « savi » e fornisca loro la cattedra dalla quale esercitare la loro missione pedagogica a beneficio di tutti gli altri. Siamo così ricondotti ad uno scenario analogo a quello dell'assolutismo tardo-settecentesco: una società plurale ed inerte; uno Stato 'dato' e non 'costituito' (in ultima analisi, a fondamento carismatico-tradizionale); una *élite* partecipe sì dei valori della modernità, ma incapace di tradurli in atto senza la complicità statale. Il valore aggiunto dello Stato napoleonico consiste nel fatto che esso individua come proprio fine non solo un generico svecchiamento sociale, ma soprattutto la costruzione di uno « spirito pubblico », di una « opinione comune predominante »: intesa ora, nelle parole di Francesco Melzi, come « quel consenso unanime nel sentimento della propria indipendenza che è primariamente l'interesse sentito da tutti » (76).

Contro questo sfondo prende dunque forma la nazione napoleonica, articolata grosso modo su tre fasce interne. La prima di esse corrisponde alla massa non acculturata « di chi campa col sudore della fronte » ed è perciò destinato « a non poter esser governato che per sentimento » (77). A questo livello l'integrazione si risolve — cuochianamente — in un progressivo e prudente disciplinamento. Finita infatti la stagione delle « vuote frasi » e dei « palagi delle fate », è soltanto ai « pochi che leggono » che si può guardare come ai possibili fruitori immediati di un vero discorso politico (78). Ed è

---

(76) Così nel messaggio della Consulta di Stato al Corpo Legislativo della neo-nata Repubblica Italiana in occasione della prima convocazione di quest'ultimo, il 24 giugno 1802 (*I carteggi di Francesco Melzi Duca di Lodi, La Vicepresidenza della Repubblica Italiana*, a cura di C. Zaghi, Museo del Risorgimento e raccolte storiche del Comune di Milano, 1958-1964, vol. II, pp. 13-14).

(77) Così ancora Melzi, in un appunto dei primi anni '90 che anticipa i noti atteggiamenti della maturità (ivi, vol. I, p. 130).

(78) Così nel 1805 Pietro Custodi — uno di quegli ex-giacobini che pure non rinnegarono mai la loro fede originaria — nell'introdurre la sua celebre collana di

appunto questo pubblico di lettori, ancora incerto tra identità vecchie e nuove, che costituisce la fascia intermedia della nostra nazione, quella che si tratta di « condurr[e], quasi senza che se ne avved[a], alle idee che la [sua] nuova sorte richiede » (79) attraverso la diffusione di una cultura propriamente italiana. Infine, vi sono i depositari dei « veri princìpi sociali », cui è affidato appunto, in collaborazione con lo Stato, il compito di « risvegliare negli animi de' cittadini la dignità nazionale da tanti anni [...] avvilita » (80), trasformando in « cittadini di uno Stato coloro che son nati abitanti di una provincia » (81).

Frutto di un ripensamento dell'esperienza rivoluzionaria che non merita il disprezzo per lo più riservatole dalla storiografia, questa costruzione sconta tuttavia in modo evidente la contraddizione tra il bisogno di una classe dirigente moderna e l'incapacità di conferirle l'autonomia necessaria a dirigere alcunché. Il gruppo dei « savi », infatti, non potendo appoggiarsi ad una sfera pubblica che attende di essere istituita proprio da lui, è lasciato alla totale mercé dello Stato. Selezionato dall'alto, non per mezzo della rappresentanza ma attraverso il reclutamento burocratico, quel gruppo sconta la mancanza della condizione minima per potersi accreditare come l'interprete (e più ancora come l'istitutore) di una vera opinione nazionale: l'indipendenza dal potere. Di qui, il dramma a cui va incontro la parte migliore dell'intellettualità italiana negli anni napoleonici. Consapevole del formidabile valore agglutinante della parola scritta (« più atta a diffondersi e perpetuarsi e immedesimarsi ne' pensieri, nell'animo e nell'azioni d'ogni popolo [...] di qualunque altra cosa terrena »), essa al tempo stesso avverte acutamente la propria inadeguatezza ad amministrare una tale « facoltà onnipotente » a causa dell'endemico servilismo e spirito fazionale che sembra impregnare ogni suo comportamento (82). La risposta è la fuga in un

---

classici dell'economia (V. Crisuolo, *Il giacobino Pietro Custodi*, Istituto storico italiano per la storia moderna e contemporanea, Roma 1987, p. 344).

(79) Di nuovo Cuoco, nel *Programma del Giornale Italiano, Scritti vari*, cit., vol. I, p. 4.

(80) Ancora Melzi, in un passaggio del documento già citato alla nota 75.

(81) Cuoco, *Programma*, cit., vol. I, p. 4.

(82) U. Foscolo, *Lettera apologetica*, a cura di G. Nicoletti, Einaudi, Torino

elitismo sempre più esasperato, che rilancia ed enfatizza — il riferimento a Foscolo è inevitabile — l'atteggiamento di sdegnoso rifiuto alfieriano.

In conclusione. La nazione napoleonica non può che vedersi nei termini di un universo composito e frastagliato, incapace di esprimersi intelligibilmente con una voce unitaria. Essa è perciò costretta ad affidarsi alle cure di uno Stato concepito ancora al vecchio modo, come un altro da sé. A grandi linee, è questo il profilo dello spazio nazionale che emerge dalle costituzioni 'ufficiali' del nostro periodo: le quali, pur prive di ogni valore politico effettivo, assolvono lo stesso ad una funzione importante nel quadro di quella pedagogia civile che il potere s'incarica di esercitare nei confronti dei propri sudditi. Quei documenti, com'è noto, benché fraseggiati in modo 'moderno', recepiscono tutti una rappresentazione neo-corporativa della nazione, in linea con gli spunti già emersi in tal senso nel corso del triennio (e diversamente dai coevi testi francesi, che restano fedeli, pur sotto la cappa della dittatura, ad un immaginario nazionale di tipo schiettamente 'monista'). Al contempo, però, la nostra nazione avverte anche la parallela vocazione a porsi come un pubblico moderno, dialogante ed autoconsapevole. E sotto questo profilo essa non può non vagheggiare il progetto di trasformarsi in un corpo politicamente denso e omogeneo, capace di esprimere la sua autocoscienza politica attraverso i canali di una vera rappresentanza. Per uscire dall'*impasse*, essa affida allo Stato la missione di far maturare questa sua embrionale identità, invitandolo ad aprire le porte dei suoi uffici a quegli « uomini dotti » in cui essa vede i propri naturali istitutori. Una strategia forse senza alternative, ma certo spaventosamente fragile agli occhi dei suoi stessi ideatori. Dato un entropico pluralismo di base, escludente in radice ogni specie di regime che supponga « volontà e concorso da parte della nazione », è solo il carisma napoleonico che garantisce realmente al paese « questa magica potenza dell'opinione » da cui esso attinge a sua volta la propria provvisoria coesione <sup>(83)</sup>. « Popoli riuniti che non

---

1978, pp. 22-23 (lo scritto, degli anni '20, rievoca qui tuttavia il contenuto della celebre orazione pavese *Dell'origine e dell'ufficio della Letteratura* del 1809).

<sup>(83)</sup> Lettera di Melzi a Talleyrand del 16 maggio 1801, in *I Comizi nazionali di Lione*, cit., vol. I, p. 152 e p. 157.

sono Nazione mai finché da un'altra dipendono, che non puonno sussistere in corpo di Stato senza l'appoggio esterno: appoggio che non valutano perché non hanno né l'idea, né la volontà della propria sorte, e tutto ciò fondato sul pensiero di un uomo cui piacque che così fosse, garantito esclusivamente dall'esistenza d'una vita; e cos'è una vita? » (84).

## 6. *Verso il Risorgimento*

La Restaurazione viene dunque a decretare la fine annunciata di una nazione che, nella stessa percezione delle *élites*, presentava una consistenza del tutto artificiale. Sotto questo profilo, il progetto politico del 1814 — il ritorno a un governo non solo senza costituzione, ma anche 'senza pubblico', cioè indisponibile a riconoscere un qualunque ruolo alla pubblica opinione — appare assolutamente ragionevole. D'altra parte, proprio la guerra aperta che gli Stati restaurati dichiararono all'opinione italiana spinse quest'ultima ad assumere (in controtendenza rispetto alle sue naturali attitudini conciliatrici) una postura sempre più contestativa rispetto al potere, e dunque a scoprire poco per volta quella nazione che essa recava in seno. Com'è stato notato, in nessun momento della storia d'Italia gli intellettuali si trovarono così radicalmente emarginati dallo Stato come accadde nei decenni successivi alla caduta di Napoleone (85). La drastica riduzione delle corpose burocrazie francesi, e in certi casi lo smantellamento d'interessi capitali, riempì le città italiane di « migliaia d'impiegati ridotti a non avere di che sfamarsi » (86). Di qui, non solo l'abbondante offerta di quella manodopera culturale a basso costo che assicurerà il primo, vero decollo del mercato editoriale italiano, ma anche la tendenza dei nostri letterati a cercare

---

(84) Ancora Melzi, stavolta in una memoria riservata dell'aprile 1803 diretta a Marescalchi (*I carteggi*, cit., vol. IV, p. 305; sul documento ha attratto l'attenzione C. Capra, *La carriera di un uomo in comodo*, in « Nuova rivista storica », LII, 1968, p. 156).

(85) M. Berengo, *Intellettuali e organizzazione della cultura nell'età della Restaurazione*, in *La Restaurazione in Italia. Strutture e ideologie*, Istituto per la storia del Risorgimento italiano, Roma 1976, p. 297 sgg.

(86) Così il governatore austriaco di Milano Bellegarde nel 1816 (D. Spadoni, *Milano e la congiura militare nel 1814 per l'indipendenza italiana*, vol. I, Società tipografica torinese, Modena 1937, vol. I, p. 260).

rifugio nelle braccia di un pubblico al quale nel corso del periodo precedente avevano guardato con assai maggior degnazione. L'« immenso desiderio di patria » che, come una « vampa nel cuore »<sup>(87)</sup>, alimenta il nazionalismo delle *élites* risorgimentali nasce probabilmente, prima che da ogni altro fattore, da questo bisogno d'integrarsi nel pubblico e di sentirsi in comunione con esso nel momento in cui lo Stato rompe definitivamente il pur ambiguo patto napoleonico e chiude ai ceti intellettuali ogni spazio di collaborazione. È l'essenza stessa della Restaurazione, nel suo negare ogni valore al consenso razionale di derivazione rivoluzionaria, che costringe il pubblico ad intraprendere la faticosa strada dell'emancipazione dallo Stato e a cominciare a vedersi come un attore autonomo della politica.

E tuttavia, l'aver imboccato questo cammino non condurrà, ancora per molti anni, alla messa a fuoco di un modello di ordine davvero alternativo rispetto a quello tradizionale. Per la Francia, gli anni della Restaurazione segneranno — pur nel contesto di un dibattito teso e complesso — l'affermazione definitiva della nazione liberale. La 'paura del numero', così tipica del clima del periodo, non impedirà di recuperare in pieno il modello della nazione sovrana dell'89: precisando semmai una volta per tutte che il vero sovrano non coincide con una somma casuale di volontà individuali, ma col grande deposito della « ragione pubblica » giacente « in seno alla società », di cui solo i più capaci sono i legittimi scopritori ed interpreti<sup>(88)</sup>. Nel coevo scenario italiano manca proprio, invece, la disponibilità a riconoscere la nazione come portatrice di un proprio, unitario volere. La pur prorompente affermazione emozionale di un'Italia 'naturale', « una d'arme, di lingua, d'altare », non si abbina per nulla, sul terreno costituzionale, ad una sua rappresentazione in chiave monista. Anzi, se c'è un dato che sembra accomunare le maggiori 'famiglie' del nostro costituzionalismo prequarantottesco (eccezion fatta per quella mazziniana) è proprio la fedeltà ad una

---

(87) Così il giovane Mazzini in una lettera a Benza del 1826 citata in R. Sarti, *Giuseppe Mazzini. La politica come religione civile*, tr. it. Laterza, Roma-Bari 2000, pp. 43-44.

(88) Sulla concezione classica della rappresentanza capacitaria basti il rinvio a P. Rosanvallon, *Le moment Guizot*, Gallimard, Paris 1985.

concezione plurale della nazione. Dai filo-napoleonici ai gaditani del '20-'21, dai tanti filoni di anglofilo a tutta la variegata tradizione neoguelfa, da Romagnosi a Rosmini, da Santarosa a Balbo, la nazione è sempre pensata come un aggregato di altre componenti, siano esse gruppi cetuali, assemblee di proprietari, corpi territoriali o quant'altro. « Unione di tutte le popolazioni che la compongono » (come la definisce la costituzione napoletana del 1820), questa nazione è plurale, per forza di cose, anche nell'altro senso, di non esprimere essa stessa lo Stato ma di trovarlo di fronte a sé come una presenza originaria e già definita. Lo Stato proto-risorgimentale continua ad essere dato; non si incastra nel sociale, non nasce da esso, ma viene anzi presupposto come il necessario puntello di una nazione mai davvero autosufficiente, e dunque mai autenticamente sovrana. Lo sguardo dei patrioti resta sempre ansiosamente fisso sulla persona del sovrano, « per scrutare e riconoscere nella sua opera i segni [...] di un amico delle lettere e della libertà »<sup>(89)</sup>. Di qui, non solo la scarsissima diffusione dell'ideologia costituente ma anche il ruolo attenuato della rappresentanza, a cui (secondo il lessico romagnosiano) si riconosce più la funzione di « assicurare » la conformità delle scelte statali alla varietà degli interessi sociali che non quella di esprimere una volontà politica primaria.

Un immaginario ambiguo, dunque, sospeso tra vecchie e nuove identità, e che riflette fedelmente le debolezze stesse del pubblico che lo pensa. Se nei suoi manifesti, infatti, l'intellettuale della Restaurazione arriverà a contare « a milioni » i propri lettori emancipati, salutando in essi — con il Berchet della *Lettera Semiseria* — il « popolo » della nuova nazione, la sua esperienza quotidiana è certo meglio testimoniata da chi gli ricorda come « dell'opinione pubblica gl'Italiani [...] non ne fa[cciano] alcun conto », essendo loro quasi del tutto ignota la dimensione di quella « società stretta » (dei circoli e delle « conversazioni ») che costituisce invece lo specifico della nuova civiltà europea<sup>(90)</sup>. Il logoramento delle antiche

---

<sup>(89)</sup> S. La Salvia, *Il moderatismo in Italia*, in R. Lill (a cura di), *Istituzioni e ideologie in Italia e in Germania tra le due rivoluzioni*, Il Mulino, Bologna 1987, p. 243.

<sup>(90)</sup> G. Leopardi, *Discorso sopra lo stato presente dei costumi degli Italiani* (1824), con introduzione di M.A. Rigoni, Rizzoli, Milano 1998, p. 57.

fedeli ha aperto le porte ad un individualismo esasperato che sembra addirittura spingere in una direzione opposta allo sviluppo di una nuova appartenenza nazionale; mentre il giornale stesso — simbolo universale della sfera pubblica moderna — in Italia rischia di essere il veicolo di epidemiche « gelosie e di miserevoli dissensioni provinciali »<sup>(91)</sup>.

In realtà, com'è noto, il pubblico italiano arriva a scoprirsi come potenziale attore di una politica nazionale solo molto tardi, con l'inizio degli anni '40 e l'avvio della grande offensiva moderata. La quale offensiva, peraltro, si basa proprio sul progetto di rendere compatibile una moderna coscienza nazionale con il più scrupoloso rispetto del pluralismo tradizionale della società. « Per avere il maggior appoggio possibile dell'opinione pubblica, era necessario adottare massime che urtassero il minor numero possibile d'interessi »<sup>(92)</sup>: ovvero, « massime » che consentissero d'integrare all'interno del nuovo pubblico-nazione il più alto numero possibile delle vecchie appartenenze. Il problema delle 'due Italie' viene quindi risolto sdrammatizzando quel conflitto che aveva tanto angosciato le *élites* giacobino-napoleoniche, ed anzi denunciando il carattere illusorio del presunto dualismo illuministico tra modernità e tradizione. Senza abdicare in niente al proprio carattere progressista, la nazione dei liberi lettori si dichiara anche, *allo stesso tempo*, plurale e legittimista, cattolica e cetuale, localista e ossequiosa delle gerarchie, fino a identificare l'essenza della italianità (secondo la dottrina del *Primato*) in un'accettazione compiaciuta delle proprie stesse arretratezze. Essa è uno spazio a cui si può accedere senza dover lasciar fuori quasi niente di sé. Non più due nazioni, dunque, ma una soltanto: moderna perché finalmente autocosciente, ma per il resto orgogliosamente 'antica' e desiderosa di conservarsi il più possibile fedele a se stessa. La nuova, esaltante scoperta della forza dell'opinione, che è la grande conquista del Risorgimento maturo, si combina così con una sorta di agnosticismo istituzionale, che in definitiva identifica il tanto atteso riscatto con la pubblica proclamazione

---

<sup>(91)</sup> Così, per tutti, U. Foscolo, *La letteratura periodica italiana* (1826), in *Edizione nazionale delle opere*, vol. XI, parte II, Le Monnier, Firenze 1958, p. 368.

<sup>(92)</sup> M. D'Azeglio, *Proposta d'un programma per l'opinione nazionale italiana*, Le Monnier, Firenze 1847, p. 5.

dell'assioma per cui « l'opinione è oggi la vera padrona del mondo »: « quando in una nazione tutti riconoscono giusta una cosa e la vogliono, la cosa è fatta; e in Italia il lavoro più importante per la nostra rigenerazione si può far con le mani in tasca »<sup>(93)</sup>. L'« essenza » dei governi liberi non sta nell'una o nell'altra formula costituzionale, ma semplicemente nella « pubblicità; e dovunque sia questa [è] a' nostri di libertà sufficiente »<sup>(94)</sup>.

Di qui, il miraggio di un Risorgimento che avrebbe dovuto concludersi in un irenico tripudio di federalismi e di autonomie municipali, sotto lo sguardo di principi ansiosi soltanto di prestar ascolto ad un'eletta aristocrazia di « scrittori ideali » (leggi: scrittori non di fatti, ma d'idee), a loro volta capi riconosciuti della totalità dei loro concittadini. In vista della rinascita nazionale — rimarcava Gioberti — « le consulte e le ringhiere fanno meno a proposito degli scrittori accurati e profondi, che sogliono prevenire gli eventi, e penetrar collo sguardo assai più innanzi che gli altri uomini »<sup>(95)</sup>. Nel momento in cui anche l'Italia giungeva così, alla fine, a vedersi come una grande platea di lettori intellettualmente autonomi, si riproponeva daccapo il vecchio mito settecentesco di una opinione tanto forte ed univoca da imporre a tutti la propria naturale supremazia senza bisogno di alcun riconoscimento costituzionale. La nazione avrebbe potuto continuare a vivere il proprio quotidiano nei mille luoghi della sua identità storica, lasciando che la sua volontà comune si decantasse nelle redazioni dei giornali, nelle pagine dei grandi pubblicisti o — al massimo — in qualche ufficio di alta consulenza politica istituito *a latere* del trono. La moderna sovranità del pubblico si sarebbe così sovrapposta senza traumi alla ragnatela delle vecchie identità, senza mettere in questione la natura intrinsecamente plurale dell'ordine.

Il '48 s'incaricò di sfatare questa facile illusione. Esso rivelò

---

<sup>(93)</sup> Id., *Degli ultimi casi di Romagna*, Italia, s.e., s.l. 1846, p. 84.

<sup>(94)</sup> C. Balbo, *Delle Speranze d'Italia* (1844), Tipografia Elvetica, Capolago 1845, p. 219.

<sup>(95)</sup> V. Gioberti, *Prolegomeni del Primato morale e civile degli Italiani*, a cura di E. Castelli, in *Edizione nazionale delle opere*, Bocca, Milano 1938, p. 260 (la precedente espressione virgolettata è sempre giobertiana e si trova a p. 258 della stessa opera).

immediatamente come dietro alla metafora del ‘regno dell’opinione’ si nascondesse in realtà un bosco di opinioni confliggenti che la politica moderna doveva sforzarsi di ricondurre ad unità tramite l’unico strumento a ciò disponibile, quello costituzionale-rappresentativo. « L’opinione pubblica [...] — notava Cavour in un celebre articolo delle prime settimane dell’anno — avendo per unico reggitore il giornalismo non camminerà a lungo per la retta via, sarà tratta spesso in errore, traviata da illusioni, spinta a pericolose esagerazioni. Le grandi questioni politiche e sociali, per essere chiaramente concepite, rettamente intese dallo spirito pubblico, vogliono essere argomento di discussioni delle grandi istituzioni dello Stato, fatte poi di pubblica ragione »<sup>(96)</sup>. A loro volta, tali istituzioni, per raggiungere il loro scopo, non potevano esser messe insieme partendo da municipi e corpi provinciali, alla maniera di quelle vecchie rappresentanze cetual-proprietarie che costituivano ancora il modello pressoché esclusivo della pubblicistica prequarantottesca. Ciò avrebbe riprodotto al centro il caleidoscopio dei particolarismi periferici, senza permettere di distillare alcuna opinione veramente generale. La nuova nazione, in realtà, non poteva che esprimersi mediante un suffragio individuale e diretto (ancorché così limitato da sagomare un ‘pubblico’ non molto più ampio delle antiche aristocrazie cetuali); cioè mediante l’unico metodo che permette ai popoli di « esercitare tutti i diritti politici senza essere costretti a ricorrere al pericoloso espediente di dividersi in una moltitudine di piccole associazioni »<sup>(97)</sup>. Per converso, tutti gli enti territoriali non avrebbero più dovuto « costituire corpi politici indipendenti », bensì pure e semplici articolazioni amministrative di un unico organismo istituzionale<sup>(98)</sup>. Improvvisamente, nel giro di pochi, brevissimi mesi, quella libertà dei moderni che la cultura politica italiana aveva per tanto tempo o frainteso o consapevolmente espunto dal proprio orizzonte, si profilò così come la sola formula capace di ospitare la nuova nazione autocosciente generata

---

<sup>(96)</sup> Così sul *Risorgimento* del 15 gennaio 1848, ora in *Gli scritti del Conte di Cavour*, a cura di D. Zanichelli, Zanichelli, Bologna 1912, vol. I, p. 4.

<sup>(97)</sup> Sempre Cavour, in un altro, celebre intervento del 12 febbraio (*Gli scritti*, cit., vol. I, p. 43).

<sup>(98)</sup> *Ibidem*.

dalla formazione della sfera pubblica. Negli anni seguenti quella formula avrebbe dimostrato un'efficacia sbalorditiva, comunicando ai contemporanei la sensazione che tutto lo sviluppo politico italiano si muovesse ormai lungo un piano fortemente inclinato; sensazione che ha poi contagiato profondamente la stessa storiografia istituzionale, inducendola a leggere anzi tutta l'esperienza risorgimentale, fin dai suoi esordi, alla luce di un esito in qualche modo già iscritto nelle sue premesse. La nostra veloce carrellata, in realtà, basta a dimostrare quanto faticosa sia stata, in Italia, la marcia d'avvicinamento alla nazione moderna e quanto legittimo sia lo sforzo di affrancare questo nostro passato dall'ipoteca di ogni 'destino manifesto'. È anche vero però che, se il processo di costruzione nazionale riflette almeno in parte quello della crescita del pubblico, la scelta cavouriana di istituzionalizzare l'opinione pubblica e di conferirle il posto d'onore nell'ambito dello spazio costituzionale appare la più aderente alla logica interna di quel processo stesso. E ciò può aiutare forse a comprendere meglio il successo di una politica che pure, osservata da altre sponde, non cessa di lasciarci interdetti.

MAURIZIO FIORAVANTI

LO 'STATO MODERNO' NELLA DOTTRINA  
DELLA COSTITUZIONE DELLA PRIMA  
METÀ DEL NOVECENTO (1900-1940)



## 1. *Premessa*

Nella giuspubblicistica, come nella scienza giuridica in genere, le costruzioni dogmatiche non sono fatte di sole tecniche. In quelle costruzioni agisce spesso anche la forza di determinate immagini, non di rado attinenti ad un'intera epoca, in ipotesi al 'moderno' in quanto tale, ed ai suoi caratteri generali. Ciò è tanto più vero in quelle fasi storiche, come quella da noi prescelta, dei primi quarant'anni del Novecento, ricche in modo particolare di conflitti, anche drammatici, che non consentono uno sviluppo ordinato e tranquillo, tutto tecnico, della scienza, che anzi inducono a demolire costruzioni consolidate, a ricercare nuove vie, ed anche a ridiscutere i presupposti primi della riflessione scientifica, spesso condensati per l'appunto in grandi immagini, della società, degli individui stessi e del loro interagire collettivo, dello Stato.

Per ciò che riguarda la storia della giuspubblicistica europea tra Otto e Novecento, la prima e più rilevante di queste immagini è stata proprio quella dello 'Stato moderno'. Essa ha sempre operato in profondità nelle costruzioni giuspubblicistiche, ma ancor più ha operato proprio nei primi decenni del Novecento e nella dottrina della costituzione, concorrendo in modo decisivo al formarsi di determinate concezioni generali della costituzione, dei diritti, della legge, della giurisdizione e dell'amministrazione. È ciò che studieremo in questo contributo <sup>(1)</sup>. I confini temporali sono dati da due

---

<sup>(1)</sup> Nei limiti dati, e dunque in modo necessariamente sintetico. In particolare, al fine di non appesantire oltre misura l'apparato di note, abbiamo deciso di limitare le citazioni in modo rigoroso alle sole fonti, ovvero alla stessa dottrina costituzionale posta ad oggetto della nostra ricerca. Per un quadro generale, si veda comunque G. Volpe, *Il costituzionalismo del Novecento*, Laterza, Roma-Bari 2000; e sia consentito inoltre rinviare a M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, due tomi, Giuffrè, Milano 2001, che raccoglie saggi scritti nello spazio di vent'anni, contenenti di volta in volta spunti ed osservazioni che vengono ora ripresi, nello scritto che diamo alle

straordinarie ed emblematiche opere: la *Allgemeine Staatslehre* di Georg Jellinek, pubblicata nel 1900, in cui si condensa la grande tradizione europea dello Stato liberale di diritto, in quel momento ancora vitale, ma presto destinata a fare i conti con le grandi novità del Novecento, e *La costituzione in senso materiale* di Costantino Mortati, pubblicata esattamente quarant'anni dopo, che ancora in un certo senso appartiene a quella tradizione, ma che tiene anche fatalmente conto delle trasformazioni avvenute e di quelle in corso, e dunque porta in sé per intero i segni del Novecento, che di lì a poco si ricomporranno nella soluzione che verrà, nella democrazia costituzionale della seconda metà del secolo.

## 2. *Lo Stato liberale di diritto e la concezione dualistica dello Stato moderno*

Nell'estate del 1911, Vittorio Emanuele Orlando dava alle stampe la sua introduzione alla traduzione italiana di una delle più celebri monografie di Georg Jellinek, quella dedicata ai diritti pubblici subbiettivi<sup>(2)</sup>. In sostanza, Orlando tornava a riflettere sul lato della scienza giuspubblicistica dedicato ai diritti, ed ancora una volta sul piano del diritto pubblico generale, e dunque preoccupandosi di definire il posto che i diritti occupavano nel sistema dello Stato liberale di diritto, e quale fosse il loro stesso fondamento. In tale riflessione, Orlando formulava una considerazione di carattere comparativo, sulle rispettive vocazioni in materia di diritti dei « popoli latini », e di quelli « germanici », che forse in passato è stata trascurata.

In una parola, Orlando rivendicava ai primi, ai « latini », sul piano storico, una maggiore sensibilità per la dimensione dei diritti. Il nostro giurista, pur non riesumando affatto le dottrine contrat-

---

stampe. L'opera citata ricorda anche un fatto, obbiettivo ed incontestabile: che fu Paolo Grossi ad indicarmi, come campo di ricerca, lo spazio del diritto pubblico. Da allora, ogni passo compiuto in quella direzione ha per me avuto il significato di un dialogo con il Maestro, che non si è mai interrotto. Con il saggio di oggi, a Lui dedicato, è questo medesimo dialogo che prosegue ancora.

(<sup>2</sup>) V.E. Orlando, *Prefazione* a G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Società Editrice Libreria, Milano 1912, poi in Id., *Diritto pubblico generale, Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Giuffrè, Milano 1940, pp. 275 sgg.

tualistiche e giusnaturalistiche della rivoluzione francese, pensava in sostanza proprio alla Francia, che nel corso del diciannovesimo secolo aveva a suo giudizio più della Germania sviluppato il concetto della « costituzione » come sistema di garanzie poste a tutela dei diritti. D'altra parte erano ben noti i limiti di quella riflessione: essa non riusciva ad offrire un punto fermo, cui connettere quelle medesime garanzie, perché le mancava, nella sua autonomia e nella sua rilevanza primaria, la dimensione giuridica della norma dello Stato, del diritto positivo statale. Per questo motivo, per Orlando rimaneva irrinunciabile e fondamentale il contributo venuto dalla Germania, dalla giuspubblicistica tedesca, perché solo su quella base si era potuto affermare con forza il principio, basilare per lo Stato di diritto, della garanzia dei diritti tramite il diritto, e dunque, nell'ambito della dominante cultura statualistica e positivistica, tramite la norma positiva dello Stato.

Il nostro giurista non nascondeva comunque un'altra ben nota circostanza: che quella specie di rivoluzione venuta dalla Germania si era all'inizio manifestata in modo autoritario, quasi facendo coincidere lo sforzo di giuridificazione con la riduzione dei diritti a meri *Reflexrechte*, del tutto dipendenti, per la loro stessa esistenza, dalla sovrana volontà dello Stato. Ecco allora la straordinaria rilevanza dell'opera di Jellinek. È come se in essa si sancisse in modo ormai definitivo il superamento di quella iniziale fase autoritaria della dottrina tedesca, e si congiungessero anzi, in modo sempre più evidente, i due aspetti presi in considerazione da Orlando: la sensibilità verso i diritti, in origine derivante dalla stessa rivoluzione francese — ma certo non solo da questa, come subito vedremo —, e la solidità della soluzione statale, della norma dello Stato come norma di garanzia, tradizionalmente sottolineata dalla stessa giuspubblicistica tedesca.

Proprio da questo incontro nascevano i diritti pubblici subbietivi di Jellinek: né diritti naturali, nel senso dei modelli giusnaturalistici e contrattualistici dell'età rivoluzionaria, considerati ormai tramontati, né meri riflessi, sul piano soggettivo, della legge dello Stato sovrano. Orlando indicava dunque, per il tramite della traduzione di Jellinek, una sorta di 'terza via', che era per lui da considerarsi come la vera e propria via maestra dello Stato liberale di diritto in Europa. Essa corrispondeva, a livello di diritto pubblico

generale, ad *una precisa immagine dello Stato moderno* come *Stato sovrano* ma anche come *Stato intrinsecamente limitato*, perché sovrano entro « limiti predeterminati dalle condizioni svariate e complesse della coscienza giuridica del popolo e del grado di civiltà da esso raggiunto »<sup>(3)</sup>. Non si trattava di frasi generiche, e magari anche un po' vacuamente retoriche, ma di convinzioni solide e lungamente maturate, a partire dalla matrice iniziale della Scuola Storica del diritto, e dunque dalla costante necessità di ricondurre la legge dello Stato alla dimensione, storicamente fondata, del diritto nazionale, e dei suoi principi fondamentali. Era questa la matrice, d'impronta decisamente storicistica, che dava sostanza alla nostra 'terza via': lo Stato era sovrano, contro gli eccessi contrattualistici e giusnaturalistici della rivoluzione, ma era anche limitato, e dunque comprendeva in sé necessariamente, come forma di Stato, la garanzia dei diritti.

Una simile impostazione consentiva anche di risolvere il celebre dilemma della autolimitazione dello Stato sovrano, posta dalla dottrina tedesca a fondamento dei diritti. Infatti, da una parte, si conservava intero il versante positivistico della sovranità dello Stato, perché non si ritornava al diritto naturale, e si rimaneva dunque nella logica della autolimitazione statutale, ma quest'ultima, d'altra parte, non poteva affatto essere intesa come mero atto di volontà, ed assumeva piuttosto il significato, d'impronta storicistica, della ricognizione, in sé quasi obbligata, dei limiti che il diritto nazionale poneva alla legge dello Stato. I diritti si fondavano quindi sulla legge dello Stato, ma questa, a sua volta, doveva corrispondere ai principi del diritto nazionale.

Certo, si potrebbe sostenere che siamo di fronte, nel 1911, alla semplice riproposizione, tenace ma anche francamente attardata, di formulazioni ottocentesche più volte ripetute dallo stesso Orlando, specialmente nel corso degli anni Ottanta del secolo precedente, e molto spesso in sintonia con la perdurante presenza del già ricordato paradigma di stampo storicistico relativo alla priorità del diritto sulla legge dello Stato, da ricondurre a Savigny ed alla Scuola Storica del diritto. E tuttavia, una rapida conclusione di questo genere non

---

(3) Ivi, p. XI.

terrebbe conto della complessità di questo riferimento contenuto in Orlando, in Jellinek, ed in buona parte della dottrina europea dello Stato liberale di diritto.

Ed in effetti, proprio riprendendo in mano per un attimo quei saggi orlandiani degli anni Ottanta del secolo diciannovesimo <sup>(4)</sup>, ci rendiamo subito conto della esistenza di una seconda componente del paradigma storicistico, sempre puntualmente affiancata a quella tedesca della Scuola Storica. Si tratta del *grande mito della costituzione inglese*, che è da ritenersi relevantissima parte costitutiva di questa concezione dello Stato moderno presente nella dottrina dello Stato liberale di diritto. L'Inghilterra rappresenta infatti l'immagine, del tutto positiva e rassicurante, di un paese che aveva saputo precocemente raggiungere una sua propria unità, grazie al suo diritto comune, al *common law*, che era servito in modo eccellente a combattere il lato disgregante e particolaristico del feudalesimo. Ma quello stesso diritto si era subito dopo rivelato decisivo strumento di resistenza nei confronti del pericolo opposto, dato dall'assolutismo politico e costituzionale. Proprio grazie al *common law* l'Inghilterra era dunque all'avanguardia su entrambi i fronti: nella costruzione del diritto nazionale e del principio di unità politica, ma anche nella ricerca delle garanzie a favore dei diritti, nella affermazione della costituzione come argine nei confronti delle tendenze di stampo assolutistico. Ed infine, ancora quel diritto comune storico, dopo aver contrastato i particolarismi e gli assolutismi, si era rivelato efficacissimo anche per moderare gli eccessi della stessa rivoluzione. Così descrive Orlando la *Glorious Revolution*: « Il popolo, attaccato nei suoi secolari diritti, si difese, lottò e vinse, e si contentò che quei diritti fossero solennemente dichiarati, ma nulla di più pretese, lo sviluppo di quelli aspettò pazientemente dall'organico sviluppo della forma costituzionale. Tipo perfetto, quanto inimitabile, di legittima resistenza collettiva » <sup>(5)</sup>.

---

<sup>(4)</sup> Mi riferisco in particolare a V.E. Orlando, *Della resistenza politica individuale e collettiva*, Loescher, Torino 1885; Id., *Studi giuridici sul governo parlamentare* (1886), ora in Id., *Diritto pubblico generale*, cit., pp. 345 sgg.; Id., *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà* (1885-1888), poi in *Biblioteca di Scienze Politiche*, dir. da A. Bruniati, vol. V, Utet, Torino 1890, pp. 932 sgg. e pp. 1101 sgg., con riferimento più diretto alle problematiche trattate nel testo.

<sup>(5)</sup> Orlando, *Della resistenza*, cit., p. 71.

Se torniamo ora per un attimo alla celebre teoria della autolimitazione, ci accorgiamo che in un quadro del genere essa non vale solo per lo Stato sovrano: il diritto storico che sta alla base di quella autolimitazione opera infatti come limite anche verso le forze particolari per ricondurle ad unità, e perfino verso il popolo stesso, impedendo che la sua azione assuma tratti eversivi, autenticamente costituenti, e si configura quindi come la base irrinunciabile del *modello costituzionale dello Stato liberale di diritto*, a cui tutto deve essere ricondotto, affinché tutto abbia la sua misura, il suo limite. In altre parole, il diritto comune storico, operante in modo esemplare nella esperienza inglese, non rappresenta solo il limite posto alla legge dello Stato sovrano, sostanzialmente in funzione di garanzia dei diritti, ma anche la base di una forma costituzionale capace di tenere unite le forze particolari, moderando le loro pretese, ed addirittura di segnare con precisione il confine che lo stesso popolo non può varcare nella sua azione di resistenza.

La 'terza via' lungo cui procedeva l'esperienza dello Stato liberale di diritto, in egual misura lontana dal contrattualismo rivoluzionario e dall'autoritarismo che condannava i diritti ad essere meri 'riflessi' della norma statale, inizia dunque a prendere forma. Essa non conta più solo su un riferimento dottrinale, come quello dato dalla Scuola Storica, ma anche su un'esperienza pratica, e dunque su un vero e proprio modello costituzionale, che per lo meno nelle pagine di Orlando sembra essere in primo luogo quello inglese. Rimaneva tuttavia aperto un problema di non poco conto: quanto di quel modello inglese era applicabile alla realtà degli Stati nazionali dell'Europa continentale? Sarebbe stato possibile sostenere l'esistenza, per quegli Stati, di un diritto storico comune capace di limitare la loro legge, senza per altro mettere in discussione la loro sovranità?

La storia sembrava negare questa possibilità. Ne erano ben consapevoli gli stessi protagonisti della stagione dello Stato liberale di diritto, tra Otto e Novecento. Essi sapevano bene perché solo in Inghilterra era riuscita in modo così esemplare l'impresa di esprimere un potere forte, una monarchia autorevole ed un parlamento sovrano, ed insieme il *rule of law*, il sistema dei diritti e delle loro garanzie. Il motivo era chiaro. Gli inglesi non avevano dovuto fare i conti con la grande frattura della rivoluzione, ed erano dunque stati

capaci di far convivere la sovranità dei tempi nuovi con quel diritto comune storico, che nell'Europa continentale era invece stato condannato, proprio dalla rivoluzione, come diritto di antico regime, e che quindi sembrava ormai inutilizzabile in funzione di garanzia, di limite nei confronti della legge statale. Per questo motivo, nella dimensione continentale si era costretti a ricercare la garanzia dei diritti nell'unico diritto possibile, che era quello statale, e si lasciava quindi fatalmente il dilemma della autolimitazione senza risposta, quasi ritornando al punto di partenza: gli Stati sovrani dell'Europa continentale, frutto dell'opera livellatrice dell'epoca degli Stati assoluti, e della stessa rivoluzione, per garantire i diritti non potevano contare altro che sul proprio diritto, e dunque si autolimitavano, ma senza poter richiamare alcun diritto diverso dal loro, e perciò, in definitiva, esprimendo una volontà che rimaneva essenzialmente libera. Così, i diritti, tante volte invocati, rimanevano senza vere e proprie garanzie. Alla fine, a ben guardare, essi erano addirittura privi di un vero e proprio fondamento.

Eppure, questa non era la strategia dello Stato liberale di diritto, e questa non era certo l'opinione di autorevoli teorici di quella forma di Stato, come Jellinek ed Orlando. Ed in effetti, il riferimento al modello inglese ci ha avvicinati alla comprensione del nodo problematico che abbiamo di fronte, ma non può essere di per sé risolutivo. È necessario allora allargare ancor più il nostro quadro di riferimento, e tornare a chiedersi: *quale 'Stato moderno' era al centro della dottrina costituzionale dello Stato liberale di diritto?*

La risposta è questa volta soprattutto nelle pagine di Jellinek (6). Nel celebre capitolo della maggiore opera del nostro giurista, della *Allgemeine Staatslehre*, dedicato ai 'tipi storici' di Stato (7), si trovano le risposte ai quesiti che abbiamo posto. Per

---

(6) Si vedano soprattutto G. Jellinek, *Die Politik des Absolutismus und des Radikalismus (Hobbes und Rousseau)* (1891), e Id., *Die Entstehung der modernen Staatsidee* (1894), in Id., *Ausgewählte Schriften und Reden* (1911), rist. Scientia Verlag, Aalen 1970, vol. II, pp. 3 sgg. e pp. 45 sgg.; Id., *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* (1895), tr. it. *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, a cura di D. Nocilla, Giuffrè, Milano 2002; Id., *Allgemeine Staatslehre*, Springer, Berlin 1914, pp. 323 sgg., per la parte dell'opera specificamente dedicata al concetto di 'Stato moderno'.

(7) Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 287 sgg.

Jellinek, il 'tipo storico' denominato 'Stato moderno' è certamente caratterizzato dalla dominante presenza del principio di sovranità. In altra parte della sua opera il giurista tedesco considera non a caso impossibile storicamente un diritto pubblico dell'età moderna che pretenda di emanciparsi dal concetto stesso di 'sovranità' (8). Nessun dubbio dunque sulla solidità di questa convinzione, ben presente nella dottrina costituzionale dello Stato liberale di diritto, rappresentata da Jellinek, che vuole che al centro del diritto pubblico moderno si ponga questa grande immagine, e realtà, dello Stato moderno come soggetto storicamente portatore del principio di sovranità, che ha progressivamente proceduto, nel corso dei secoli, tra medioevo ed età moderna, ad erodere, e poi sconfiggere, gli antichi particolarismi.

E tuttavia, lo stesso giurista tedesco provvede poi, in queste stesse pagine, a rendere esplicite altre convinzioni, che concorrono non poco a rendere più mosso ed articolato lo Stato moderno sul piano storico-costituzionale, e di conseguenza anche sul piano della stessa costruzione giuspubblicistica. La prima di queste è relativa alla *permanenza*, entro lo stesso Stato moderno, della eredità sul piano storico accumulata nell'epoca medievale, e nei primi secoli dell'età moderna, ovvero nei secoli in cui in Europa dominava la forma di Stato *monarchica dualistica*, che affiancava ai crescenti poteri d'*imperium* delle monarchie, e delle signorie territoriali, la presenza di una sfera in cui i diritti particolari conservavano il loro spazio. C'è un passo della *Allgemeine Staatslehre* in questo senso altamente significativo: « Il contrasto tra re e popolo opera ancora oggi nel determinare quella convinzione che vuole che lo Stato, nonostante la sua sovranità, abbia determinati limiti di fronte al popolo. Le libertà ed i privilegi medievali, dei singoli, delle corporazioni, e dei ceti, stanno in un rapporto di evidente connessione storica con le moderne libertà costituzionali » (9).

Ma c'è ancora di più. Secondo Jellinek, la stessa grande « idea della costituzione scritta », che diviene pratica corrente a partire dalla fine del diciottesimo secolo, ha il suo fondamento nella epoca ben più risalente dello « Stato dualistico », in cui ci si abituò

---

(8) Ivi, p. 474.

(9) Ivi, pp. 327-28. La traduzione è nostra.

progressivamente in Europa a mettere in forma scritta i rispettivi ambiti di potere, in modo che ciascuno di essi fosse delimitato, e che ciascuna forza operante sul territorio fosse sempre più sicura dei propri diritti e privilegi <sup>(10)</sup>. Ancora una volta, la spiegazione del presente avviene a partire dalla storia: le costituzioni tendono ad assumere forma scritta non per caso, ma in conseguenza di una precisa tradizione che alla forma scritta ha sempre più fatto ricorso per regolare i rapporti tra i due soggetti del rapporto costituzionale, tra re e popolo, tra principe e ceti.

Torniamo allora alla nostra domanda principale, relativa alla concezione generale dello Stato moderno. Si tratta di una forma di Stato certamente imperniata sul principio di sovranità, ma che tende nello stesso tempo a rifiutare le soluzioni costituzionali più rigidamente monistiche, secondo lo stesso Jellinek rappresentate dalle emblematiche dottrine di Hobbes e di Rousseau. In una parola, lo Stato moderno è sovrano, ma non assoluto, perché conserva in sé i tratti evidenti della *tradizione storica dualistica*. Nel saggio su *La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, in cui il giurista tedesco in modo più diretto si occupa di storia, appare evidente che tale vera e propria *tradizione di potere limitato* non è più da considerare solo inglese, perché non è più legata in modo necessario alla specificità del *common law*, e si riferisce invece al più ampio quadro costituzionale della monarchia dualistica, che ha interessato per lo meno anche i territori dell'area germanica, e che comunque ha influenzato, in senso più generale, larga parte della storia europea tra medioevo ed età moderna. Ed anche la nota tesi, esposta in quel medesimo saggio, che individua nei *Bills of Rights* della stagione rivoluzionaria americana il modello della Dichiarazione dei diritti francese del 1789, assume il suo significato più autentico solo nel medesimo quadro generale: ciò che interessa è affermare che perfino i diritti naturali individuali di quella Dichiarazione, nel cuore della rivoluzione, sarebbero da ricondurre, attraverso i *Bills of Rights* degli Stati americani, alla stessa matrice storica, che si otterrebbe tornando indietro, da quelle Dichiarazioni americane dell'età rivo-

---

(10) Ivi, pp. 330-31. La traduzione è nostra.

luzionaria alle Carte coloniali, e da queste ancora indietro, all'epoca della *Magna Charta*, dei patti medievali <sup>(11)</sup>.

Così, per tornare al discorso iniziale di Orlando sui 'latini' e sui 'germanici', è possibile individuare un ulteriore significato dell'auspicato incontro tra gli uni e gli altri. I secondi non sono evidentemente portatori solo della più recente cultura positivista e statualistica, che vale a temperare gli eccessi in senso contrattualistico dei primi, ed in particolare quelli consumati al tempo della rivoluzione. Esiste anche un movimento in un certo senso di segno opposto, che vede i 'germanici' portatori di una più risalente tradizione di potere limitato, con precise radici medievali, che i 'latini' erano condannati a scartare a causa della frattura rivoluzionaria e della conseguente generalizzata condanna dell'antico regime, e che vale ancora una volta a temperare gli eccessi della rivoluzione medesima, ma questa volta sul versante opposto, della ricerca di un limite alla legge dello Stato. Come già abbiamo ricordato, per Jellinek l'assolutismo politico e costituzionale non era solo quello di Hobbes, ma anche quello di Rousseau, e dunque non poteva non essere presente, come pericolo attuale, nella dinamica di una rivoluzione come quella francese che aveva tagliato i ponti con il passato e si era proprio per questo motivo preclusa la possibilità di ricercare nel diritto nazionale storicamente fondato un limite positivo al dominio della legge dello Stato.

Come ben si vede, il nostro gioco di immagini, tra 'latini' e 'germanici' — che continuerà ancora, nel corso del Novecento <sup>(12)</sup> —, è certamente complesso, così come altrettanto complesso è il bilancio, più in genere, dello Stato liberale di diritto, di Jellinek e di Orlando. È un bilancio entro cui ricercano una sintesi due diverse *tradizioni costituzionali europee*: quella della *sovranità*, che si sviluppa a partire

---

<sup>(11)</sup> Jellinek, *Die Erklärung*, cit., tr. it., pp. 114 sgg., che sono le pagine conclusive del saggio, in cui l'argomento storicistico della « limitatezza dello Stato » si salda in modo chiaro con la costruzione giuspubblicistica della « autolimitazione dello Stato ».

<sup>(12)</sup> Si veda ancora V.E. Orlando, *Giorgio Jellinek e la storia del diritto pubblico generale*, introduzione a G. Jellinek, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Giuffrè, Milano 1949, che conclude, con la traduzione del terzo libro della *Allgemeine Staatslehre*, la vicenda delle traduzioni in italiano di Jellinek, iniziata nel 1912 con il saggio sui diritti pubblici subbietivi (vedi *supra*, nota 2).

dalla stagione degli Stati assoluti, e che trova il suo esito nel diritto pubblico statale, degli Stati nazionali sovrani, tra Otto e Novecento, e quella, ancora più risalente, di origine medievale, del *potere limitato*, su cui si fonda storicamente il riconoscimento e la garanzia dei diritti, che trova il suo esito nelle costituzioni scritte dell'epoca postrivoluzionaria. Si può anzi affermare che lo Stato liberale di diritto si caratterizza sul piano storico, come forma di Stato, proprio per il tentativo di tenere insieme queste due tradizioni costituzionali, e dunque di affermare con forza la sovranità dello Stato senza rinunciare alla garanzia dei diritti, e viceversa.

Infine, bisogna dire che quella forma di Stato ha saputo collocarsi, nel suo tempo storico, a livello europeo, come punto di riferimento verso cui convergere. Per questo motivo, la dottrina costituzionale che ha provveduto ad elaborarla e rappresentarla — come abbiamo visto nel caso di Jellinek e di Orlando — si prefisse sempre di espungere da ogni modello costituzionale circolante in Europa il suo aspetto più estremo, meno conciliabile con l'insieme e con l'obbiettivo comune dello Stato sovrano e limitato: dal modello tedesco del principio monarchico l'aspetto più autoritario, che riduceva i diritti a meri *Reflexrechte*, dal modello rivoluzionario francese gli eccessi in senso giusnaturalistico e contrattualistico, che meno consentivano di stabilizzare la soluzione ottocentesca dello Stato nazionale sovrano, ed anche l'aspetto radicale della frattura assoluta con il passato, che rendeva inutilizzabile il diritto storicamente fondato come limite alla legge dello Stato.

In questa linea, tutto tendeva a ricollocarsi e a ridefinirsi, compreso il celebre modello inglese, la cui innegabile particolarità non era negata, ma diveniva anche, e forse soprattutto, espressione specifica di una più generale tradizione europea di potere limitato, che anche altrove, specialmente in Germania, era stata efficace, e che era anzi riuscita, per il tramite degli Stati Uniti — nella nota ricostruzione di Jellinek —, ad influenzare la stessa rivoluzione francese. Insomma, ciò che emerge è un quadro europeo entro cui è possibile un dialogo tra le diverse esperienze nazionali, con l'intento di mantenere saldo, e prorogare nel tempo, il comune modello dello Stato liberale di diritto, nello stesso tempo sovrano e limitato.

Certo, non tutto può dirsi così armonico e pacifico: la prima metà del Novecento è infatti già tempo di crisi, anche per quella

forma di Stato. L'idea, tanto cara ai nostri giuristi, secondo cui lo Stato nazionale era capace di contenere in sé la misura ed il limite della propria sovranità, così come delle pretese di ogni forza particolare, e dello stesso popolo, deve fare i conti con una realtà sempre più decisamente contrastante. Il Novecento, già nella sua prima metà, è infatti l'epoca, da Weimar in poi, delle Assemblee costituenti, e torna dunque a proporre quella grande immagine del popolo sovrano, che opera in funzione costituente, che lo Stato liberale di diritto pensava di aver del tutto rimosso, di aver confinato definitivamente al trascorso tempo storico della rivoluzione. Il popolo tedesco, che edifica una nuova repubblica, o ancor più quello della rivoluzione sovietica, hanno ormai ben poco a che fare con quel popolo della *Glorious Revolution*, che Orlando aveva immaginato come forza della storia, in sé ragionevole e moderata, che puntava a restaurare la legalità infranta, la costituzione storica, e non certo a generare una nuova forma politica. Senza contare poi che dietro l'angolo c'era ormai la guerra, e vi sarebbero poi stati i totalitarismi. Si apriva insomma un'epoca in cui i medesimi Stati nazionali avrebbero assunto caratteri assai meno misurati, e ben più aggressivi, di quelli che la dottrina costituzionale dello Stato liberale di diritto aveva immaginato nei primi anni del secolo.

E tuttavia, fin quando quella fase drammatica del Novecento, tra le due guerre, non si dispiegherà totalmente, la nostra dottrina costituzionale continuerà a sostenere tenacemente quella determinata forma di Stato, quello Stato liberale di diritto entro cui si riteneva che si fosse storicamente realizzato lo stesso Stato moderno. È certamente esemplare in questo senso la notissima prolusione di Santi Romano del 1909, su *Lo Stato moderno e la sua crisi* <sup>(13)</sup>. Non è qui in discussione l'acuta percezione, da parte dello stesso Romano, delle trasformazioni in corso, ed in particolare della nuova rilevanza, per lo stesso diritto pubblico, dei gruppi sociali, degli interessi frazionali organizzati. Il punto è un altro: per quanto forti ed impetuose possano essere quelle trasformazioni, Santi Romano non sembra nutrire alcun serio dubbio sulle sorti della partita, che secondo lui volgono ancora, ed immancabilmente, dalla parte della

---

<sup>(13)</sup> S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in Id., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Giuffrè, Milano 1969, pp. 5 sgg.

grande tradizione dello Stato moderno, realizzatasi storicamente, tra Otto e Novecento, nella forma dello Stato liberale di diritto.

Questo è in effetti il dato storico-culturale più rilevante: la permanente fiducia nella vitalità della tradizione politico-costituzionale, e dunque nella forza della forma di Stato del presente, che rende la « decomposizione dello Stato moderno » ipotesi ben lontana, ed assai poco plausibile <sup>(14)</sup>. Ed anzi, lo stesso Stato moderno, opportunamente arricchito e perfezionato, anche con nuove soluzioni istituzionali, sarà senz'altro capace di superare la crisi, e potrà perfino « conservare quasi intatta la figura che attualmente possiede » <sup>(15)</sup>. In realtà, la riflessione di Santi Romano è qui tutta dominata da una profonda convinzione, di ordine prima di tutto storico, relativa proprio a quello Stato moderno che la dottrina costituzionale aveva posto alla base dello Stato liberale di diritto. Ciò che il nostro giurista ritiene è che quello Stato non abbia affatto esaurito il suo percorso, e che possieda anzi ancora una grande capacità d'interpretare e racchiudere in sé le novità, in particolare quelle che la società del Novecento stava proponendo: « i nuovi edifici non contrasteranno con le solide e severe architetture dello Stato moderno, ma poggeranno sulle stesse sue basi e ne costituiranno fatti integranti » <sup>(16)</sup>.

Dunque, lo Stato moderno di cui Romano discute non pensa solo ad erigere difese ed argini nei confronti del nuovo pluralismo politico e sociale del Novecento, al fine di mantenere intatto il principio di sovranità, o anche il suo carattere neutro ed impersonale. Lo Stato moderno è anche capace di riformarsi, di arricchirsi, di perfezionarsi, dialogando con i soggetti che animano quella nuova realtà sempre più frammentata, sempre più articolata e complessa. La costituzione dello Stato moderno non è fatta solo di elementi rigidi, da preservare nei tempi nuovi, ma anche di elementi mobili, che possono e devono essere riformati: è una costituzione in buona misura elastica, adattabile ai tempi nuovi. Certo, il nucleo fondamentale di quella costituzione continua ad essere dato dal principio di sovranità, che lo stesso Stato impersona e rende concreto con il

---

<sup>(14)</sup> Ivi, pp. 16-18.

<sup>(15)</sup> Ivi, pp. 24-25.

<sup>(16)</sup> Ivi, p. 20.

suo diritto. Ma tale principio, a sua volta, non deve essere collocato in modo aprioristico in una posizione di assoluta inconciliabilità con le nuove istituzioni del pluralismo sociale e politico. Ancora una volta, anche in Romano, come già in Orlando ed in Jellinek, lo Stato moderno è inteso come realtà complessa, che si realizza *su due lati*, proponendosi così nel Novecento, da una parte come il soggetto che intende preservare il suo ruolo tradizionale di portatore del principio di sovranità, dall'altra parte come il soggetto che intende rappresentare in sé, con la sua costituzione continuamente adattata ai tempi nuovi, la crescente complessità della società.

In ultima analisi, lo Stato liberale di diritto — di Orlando, di Jellinek, di Santi Romano — non può essere ricondotto ad una forma politica di tipo *monistico*, prima di tutto perché non è monistica la concezione dello Stato moderno che sta alla sua base. Ed in effetti, la dottrina costituzionale dello Stato liberale di diritto associa con forza, e con convinzione, lo Stato moderno al principio di sovranità, ma senza esaurire mai il primo nel secondo, e proponendo quindi continuamente *un secondo lato* di quello Stato, che è poi quello in cui trovano adeguato spazio il riconoscimento e la garanzia dei diritti, o anche la capacità di adattare la forma politica ai tempi nuovi, imposti dal nuovo pluralismo, sociale e politico, del Novecento. Ciò che quindi si rifiuta è un'interpretazione in senso rigidamente monistico dello Stato moderno: quella interpretazione che aveva in passato ridotto i diritti a meri *Reflexrechte*, e che per il futuro avrebbe potuto condannare lo Stato medesimo a contrapporsi sterilmente alla nuova realtà pluralistica del Novecento, con una strategia di sola difesa del tradizionale principio di sovranità, alla lunga fatalmente perdente.

Per questo motivo, i nostri giuristi, con la loro dottrina costituzionale, ebbero così tanto successo: perché il modello da loro costruito era da una parte sufficientemente affidabile, non prevedendo affatto la rinuncia al principio di sovranità, ma dall'altra parte era anche sufficientemente aperto alla soluzione dei problemi che erano posti dalla realtà sociale e politica, dalla garanzia dei diritti alla presenza dei nuovi soggetti del pluralismo. Tutto però si teneva, e rimaneva in piedi in modo coerente e plausibile, fin quando la forma politica era rappresentabile *in senso dualistico*. Ma proprio questa era, per altro verso, la condizione di base destinata ad essere

rapidamente sottoposta, già nei primi decenni del Novecento, ad una critica corrosiva.

3. *La crisi novecentesca dello Stato liberale di diritto e le nuove concezioni monistiche dello Stato moderno*

A ben guardare, lo Stato liberale di diritto si fondava su un ideale politico moderato, o temperato, che a sua volta rinviava ad una concezione altrettanto moderata del processo di costruzione dello Stato moderno in Europa: questo si era certamente affermato contro gli antichi particolarismi sulla base del nuovo principio di sovranità, ma non nel senso della grande frattura suggerito dalla rivoluzione francese. Al contrario, la dottrina dello Stato liberale di diritto sottolineava continuamente gli elementi di continuità tra antiche libertà e moderni diritti, e non a caso valorizzava in questo quadro complessivo il celebre modello inglese. Alla fine, ciò che dominava il panorama costituzionale era lo Stato, inteso come soggetto portatore del principio di sovranità, ma a condizione che fosse altrettanto evidente la sua natura di soggetto limitato, nient'afatto capace di disporre liberamente dell'intero spazio del diritto pubblico, ed in particolare di quello dei diritti. Nessuno dei due estremi era possibile: *né un diritto pubblico senza Stato sovrano*, ovvero senza il soggetto che rappresenta l'unità, e l'esistenza di un centro, *né uno Stato sovrano senza diritto pubblico*, ovvero senza un diritto capace di porre limiti, d'istituire garanzie, di riflettere il pluralismo sociale e politico. Il segreto dello Stato di diritto stava appunto nella inscindibilità dei due termini del rapporto: il diritto pubblico presupponeva lo Stato sovrano, ma questo, a sua volta, presupponeva l'esistenza dello stesso diritto pubblico, in funzione di limitazione e di garanzia.

Com'è ben noto, la prima metà del Novecento non è certo solo l'età della riscrittura di questa tradizione costituzionale. Al contrario, è l'età in cui il nostro Stato di diritto viene decisamente attaccato, su entrambi i lati: per un verso, per aver costruito un diritto pubblico ancora dominato dal principio di sovranità, per un altro ed opposto verso, per aver disperso, in quel diritto pubblico, ogni significato propriamente politico dell'opera statale.

La prima di queste critiche è quella sviluppata con grande forza

teorica da Hans Kelsen, nei suoi *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, del 1911, ed in una serie di saggi degli anni successivi<sup>(17)</sup>. In questi saggi, Kelsen immagina la costruzione dello Stato moderno, già a partire dai primi secoli dell'età moderna, in termini del tutto diversi da quelli che erano consueti nell'ambito della tradizionale dottrina dello Stato di diritto. A quest'ultima viene rimproverato di avere in un certo senso edulcorato il significato di quel processo che nel corso di alcuni secoli condusse i principi, i signori territoriali, le monarchie europee, a sottrarre progressivamente ai soggetti che tradizionalmente operavano sul territorio i loro poteri, i loro antichi diritti e privilegi. Secondo Kelsen, non si trattò di un semplice processo di concentrazione dei poteri di rilevanza pubblicistica, che la tradizionale dottrina immaginava tra l'altro in sé moderato, tale da non spezzare mai un certo filo di continuità, ma di una vera e propria espropriazione, condotta in nome di un « principio politico », che voleva il diritto del signore dotato di *Mebrwert*, di « plusvalore », rispetto ad ogni altro diritto presente sul territorio: è qui, in questo contesto storico-costituzionale, che lo « Stato » viene opposto al diritto, alla « tradizionale costituzione giuridica » presente sul territorio, al fine di aprire per il signore, e per la

---

(17) H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze* (Tübingen, 1911, 1923<sup>2</sup>) rist. Scientia Verlag, Aalen 1960 ( tr. it. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, a cura di A. Carrino, E.S.I., Napoli 1997). In connessione con questa opera di Kelsen, si può leggere H. Kelsen, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, Tübingen, 1911, rist. Scientia Verlag, Aalen 1970 ( tr. it. *Tra scienza del diritto e sociologia*, a cura di G. Calabrò, Guida, Napoli 1974). In quei medesimi anni, consideriamo essenziale H. Kelsen, *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, in « Archiv des öffentlichen Rechts », 31, 1913, pp. 53 sgg. e 190 sgg. Ma la critica di Kelsen alla tradizionale dottrina dello Stato di diritto si svilupperà anche negli anni successivi, come testimoniano numerosi saggi degli anni Venti contenuti in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkel, Alfred Verdross*, due tomi, Europa Verlag, Wien 1968, spec. I, pp. 95 sgg. e II, pp. 1525 sgg.; nella stessa linea, sono utili per il lettore italiano i saggi tradotti in H. Kelsen, *Il primato del parlamento*, a cura di C. Geraci, intr. di P. Petta, Giuffrè, Milano 1982. Del resto, il Kelsen critico della tradizione giuspubblicistica dello Stato di diritto come Stato sovrano era già apparso al lettore italiano negli anni Venti: H. Kelsen, *Diritto pubblico e privato*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », IV, 1924, pp. 340 sgg.

sua burocrazia, « uno spazio più ampio di libera discrezionalità » (18).

Fino dalle origini dell'età moderna, e poi in modo ricorrente nel corso dell'età moderna e contemporanea, si tenta dunque di ricondurre allo 'Stato', ed alla sua 'essenza', un potere particolarmente intenso, una speciale capacità di operare nell'interesse pubblico, che a sua volta richiama l'autorità, altrettanto speciale, del monarca e della burocrazia. Non è vero dunque, secondo Kelsen, che lo Stato ed il diritto rinviano necessariamente l'uno all'altro, quasi per loro natura. Al contrario, lo 'Stato' è in origine, specialmente nell'epoca delle signorie territoriali e degli Stati assoluti, vero e proprio 'principio politico', che opera *contro* il diritto, al fine di creare zone franche in cui il potere pubblico opera con vincoli minori, interpretando in modo diretto, e quasi del tutto libero, l'esistenza di un interesse pubblico.

Il dualismo esiste dunque, anche per Kelsen, alle origini della vicenda dello Stato moderno, e tende anche a prorogarsi nel tempo. Ma non si tratta di un dualismo che tende a comporsi in una figura armonica, bilanciando in modo adeguato il versante della sovranità e quello della garanzia, e del limite, come pensava Jellinek. Lo Stato di diritto non nasce per Kelsen dalla conservazione di quel carattere dualistico originario dello Stato moderno, che i giuristi come Jellinek ponevano alla base della forma di Stato europea tra Otto e Novecento, non a caso dotata della doppia virtù della sovranità e del limite. Al contrario, lo Stato di diritto poteva nascere solo superando quel dualismo, la cui funzione storica prevalente, secondo Kelsen, non era stata affatto quella di mantenere vivo, di fronte allo Stato

---

(18) Si vedano in particolare Kelsen, *Zur Lehre*, cit., spec. pp. 55 sgg. e pp. 243 sgg.; Id. *Rechtsstaat und Staatsrecht* (1913), in *Die Wiener*, cit., II, pp. 1525 sgg.; Id., *Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik* (1921), in *Die Wiener*, cit., I, pp. 95 sgg., spec. pp. 145 sgg.; Id., *Staat und Recht* (1922), in *Die Wiener*, cit., I, pp. 149 sgg.; e Id., *Staatsform als Rechtsform* (1925-26), in *Die Wiener*, cit., II, pp. 1689 sgg. Tra i saggi tradotti in italiano si vedano soprattutto Id., *Diritto pubblico e privato*, cit., spec. pp. 342 sgg.; e Id., *Giurisdizione e amministrazione* (1929), in Id., *Il primato del parlamento*, cit., pp. 123 sgg. Le singole parole, e le frasi, riportate nel testo, sono disseminate un po' in tutti i saggi citati, con i medesimi significati ed in contesti argomentativi continuamente ricorrenti. La traduzione è nostra.

sovrano, il diritto come limite e come garanzia, ma piuttosto quella, del tutto opposta, di mantenere vivo lo 'Stato' come *prius*, precedente il diritto positivo. Fin quando non si fosse superato il dualismo introdotto dai principi e dalle monarchie europee agli inizi dell'età moderna e nell'epoca degli Stati assoluti, non si sarebbe dunque compiutamente affermato alcun *Rechtsstaat*, alcuno Stato di diritto, perché lo spazio del diritto positivo, in sé formale e neutrale, avrebbe sempre potuto essere minacciato dal principio politico contenuto nello 'Stato', esattamente come era avvenuto agli inizi della vicenda dello Stato moderno, quando per questa via si era affermato il potere sovrano dei signori territoriali, delle monarchie, e dei loro apparati burocratici.

Il dualismo che anche Kelsen ben vede nello svolgersi della vicenda dello Stato moderno in Europa non può dunque essere mantenuto, e tanto meno codificato sul piano dottrinale. Al contrario, quel dualismo, che è in sé conflittuale, deve risolversi, da una parte o dall'altra. Per Kelsen è dunque necessario schierarsi, e lo si deve fare *contro la priorità dello 'Stato' sul diritto*, e dunque a favore dello Stato di diritto, inteso come forma di Stato integralmente dominata dal diritto, che non lascia alcuno scarto fuori di sé, non consentendo quindi più a nessuna forza di proclamarsi 'Stato', e di aprirsi in tal modo uno spazio governato da un principio politico, in cui sia possibile agire con ampia discrezionalità, in sostanza sottraendosi al dominio del diritto.

Anche sotto questo profilo, l'insegnamento della storia è decisivo. Erano stati infatti i signori territoriali della prima età moderna, ed in seguito ancor più le monarchie europee, a far valere il grande argomento dello 'Stato' a proprio favore, al fine di acquisire al proprio diritto una forza ed una qualità superiore a quella di ogni altro diritto positivamente vigente, e di costruire così spazi sempre più ampi di discrezionalità, in cui fosse possibile agire secondo il proprio principio politico. A Kelsen non interessa tanto che questa sia stata storicamente una delle principali strategie costruttive del 'moderno', attraverso una progressiva riduzione del pluralismo caratterizzante l'epoca medievale. A Kelsen interessa che quella strategia non sia più utilizzabile nel Novecento, nell'età del nuovo pluralismo sociale e politico. In tale età lo Stato di diritto non potrà più tollerare uno 'Stato' precedente il diritto, perché non potrà più

correre il rischio dell'affermarsi di una forza che rompe l'equilibrio insito nella società pluralistica, ricercando per sé una legittimazione speciale, diversa da quella data dal diritto positivo paritariamente vigente per tutti i soggetti, per tutte le forze agenti.

Questa tensione, insita nell'opera kelseniana, in questo senso tutta rivolta al presente, ed alla tutela della società democratica e pluralistica del Novecento, spiega un ultimo punto di rilevanza storica, interno alla vicenda dello Stato moderno, che è quello del diritto naturale, non a caso oggetto di particolare attenzione da parte di Kelsen <sup>(19)</sup>. Secondo il fondatore della Scuola di Vienna, il diritto naturale non è affatto in sé un diritto rivoluzionario, quasi necessariamente rivolto alla demolizione del diritto positivo vigente. Se i giuristi europei mediamente pensano questo, particolarmente in Germania — e Kelsen se ne rende perfettamente conto —, non è per caso, ma perché si trovano sotto l'influenza della Scuola Storica del diritto, che all'inizio del diciannovesimo secolo ha potentemente contribuito a costruire questa immagine del diritto naturale come fondamento della rivoluzione, associato al paradigma contrattualistico, anch'esso di stampo rivoluzionario. In una parola, sulla base delle elaborazioni teoriche della Scuola Storica, i giuristi europei avevano finito per identificare diritto naturale e rivoluzione. È questo per Kelsen un errore formidabile, che deve essere prontamente corretto nella cultura giuridica e costituzionale del suo tempo <sup>(20)</sup>.

In realtà, secondo Kelsen, in generale, e come tendenza nettamente prevalente nella vicenda dello Stato moderno in Europa, il diritto naturale ha svolto una funzione tutt'altro che rivoluzionaria. Non a caso il suo periodo d'oro è stato quello dello *Staatsabsolutismus*, ben dentro l'epoca degli Stati assoluti. Se si è capaci di

---

<sup>(19)</sup> Ci riferiamo in particolare a H. Kelsen, *Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses* (1927/28), in *Die Wiener*, cit., I, pp. 215 sgg.; Id., *Die Idee des Naturrechtes* (1927/28), in *Die Wiener*, cit., I, pp. 245 sgg.; Id., *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (1928), in *Die Wiener*, cit., I, pp. 281 sgg.

<sup>(20)</sup> Per le argomentazioni di Kelsen relative alla Rivoluzione ed alla Scuola Storica del diritto si vedano i saggi citati *supra*, alla nota precedente, ed in particolare Kelsen, *Naturrecht und positives Recht*, cit., pp. 239 sgg.; e Id., *Die philosophischen Grundlagen*, cit., pp. 311 sgg.

ragionare obbiettivamente, liberi dall'influenza esercitata dalla rivoluzione e dalle dottrine della Scuola Storica, non è difficile scorgere, secondo Kelsen, nello stesso diritto naturale, una funzione storicamente di gran lunga prevalente, che è quella della giustificazione, e della legittimazione, del diritto positivo. Più in particolare, il diritto naturale era servito a dare forza speciale al *diritto statale*, ovvero al diritto che i principi, le monarchie, e le loro burocrazie, avevano introdotto nel corso dell'età moderna: il loro diritto, proprio perché espressione del diritto naturale, e dunque portatore di principi di ragione, ben difficilmente poteva essere contrastato da un qualsiasi altro soggetto, o dalla società nel suo complesso, che non poteva non essere remissiva di fronte allo 'Stato', ovvero di fronte al diritto positivo statale inteso come concretizzazione dello stesso diritto naturale.

In realtà, anche per questa via torniamo all'impegno di Kelsen nella società del suo tempo, a difesa del suo carattere democratico e pluralistico. Ciò che a Kelsen interessa è dichiarare conclusa l'età dello *Staatsabsolutismus*, e con essa la funzione storicamente svolta dal diritto naturale. Quest'ultimo non è più attuale, perché nella società del Novecento, a causa del suo carattere intrinsecamente ed intensamente pluralistico, non è più possibile alcuno *Staatsabsolutismus*, e dunque non è più tollerabile uno 'Stato', che si ponga prima del diritto positivo, ricercando proprio nel diritto naturale un fondamento speciale per determinati poteri, per determinati soggetti, per determinate forze, e rompendo così l'equilibrio su cui si regge in definitiva la società democratica e pluralistica del Novecento.

Ovviamente, quella medesima società non sarà priva di Stato. Ma non si tratterà più di quello 'Stato' secondo Kelsen ancora ben presente nella tradizione giuspubblicistica europea dello Stato di diritto, ovvero di quel soggetto in cui si pretendeva di racchiudere la rappresentazione in senso unitario dell'intera comunità politica, in fondo nella linea del principio monarchico, e non a caso finendo infatti per privilegiare, nella individuazione della cosiddetta 'essenza' dello Stato, l'esecutivo e la burocrazia, ovvero i poteri e gli apparati storicamente più vicini alla tradizione costituzionale monarchica. Lo Stato che Kelsen giudica compatibile con la formula dello Stato di diritto e con la società del suo tempo è tutt'altra cosa. Quello Stato non è più una 'persona', ma il semplice « punto finale del processo

giuridico d'imputazione»: in altre parole, lo Stato è l'ordinamento stesso, dal punto di vista della sintesi, della riconduzione ad unità del complesso delle norme che attribuiscono poteri, diritti e doveri. Come ben si vede, uno Stato di questo genere non può più essere il *prius*: al contrario, quello Stato non può neppure essere pensato senza il diritto, che lo precede logicamente, prevedendo quei poteri e quelle competenze che solo successivamente potranno essere chiamate, in senso sintetico, 'Stato', ma anche storicamente e fattualmente, perché quel diritto è prima di tutto legge, che per Kelsen è in modo esplicito « funzione sociale », derivata dalla società e dalle forze in essa agenti, che costituiscono la realtà primaria nel processo di produzione del diritto, ancora una volta precedente lo Stato (21).

Se lo Stato è questo, diviene di conseguenza inconcepibile quell'altra operazione, che Kelsen pure rinveniva in parte della tradizione giuspubblicistica, tendente ad identificare la cosiddetta 'essenza' dello Stato nella amministrazione, in fondo in continuità con quella concezione dello Stato moderno che individuava nelle monarchie, e nelle loro burocrazie, i soggetti protagonisti nel processo di costruzione della forma statale, fino dall'inizio dell'età moderna. Poiché non c'è più alcuno 'Stato' prima del diritto, nel modello kelseniano l'amministrazione non potrà essere altro che il complesso degli uffici che operano per l'esecuzione della legge, magari con margini anche ampi di discrezionalità, ma sempre presupponendo l'ordinamento, nel quale ricercare una norma attributiva di poteri e di competenze, e non certo lo 'Stato', nel quale ricercare addirittura il fondamento della propria legittimazione (22).

In ultima analisi, Kelsen propone uno Stato di diritto depurato da ogni influenza, di carattere culturale e storico, proveniente dal principio di sovranità. Egli rompe in tal modo il tradizionale schema dualistico, che pretendeva di contenere il principio di sovranità nello Stato di diritto, di esso fornendo una versione moderata e temperata, e denuncia a chiare lettere l'inconciliabilità del secondo con il primo.

---

(21) Ci riferiamo qui in modo sintetico a Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, cit., pp. 184 sgg., e pp. 406 sgg., per i passaggi più significativi. La traduzione è nostra.

(22) Ivi, pp. 491 sgg., ed anche Id., *Giurisdizione e amministrazione*, in *Il primato del parlamento*, cit., pp. 123 sgg.

Se si vuole davvero aprire l'epoca dello Stato di diritto, non si può non chiudere l'epoca precedente, legata alla affermazione del principio di sovranità.

Per questo motivo, Kelsen entra subito in polemica con Otto Mayer, figura dominante nella elaborazione scientifica del diritto amministrativo all'inizio del Novecento (23). Agli occhi del giurista austriaco, Mayer rappresentava infatti proprio quel tipo di giurista da lui avversato, che continuava a legare inscindibilmente lo Stato di diritto al principio di sovranità. In un saggio del 1908, lo stesso Mayer si era anzi spinto ancora oltre, anche rispetto alla tradizione giuspubblicistica rappresentata da Georg Jellinek (24). Egli aveva infatti criticato quella fondamentale operazione teorica che aveva condotto i « professori tedeschi » a considerare « lo Stato come persona giuridica », perché in essa andava disperso il carattere più propriamente ed intensamente politico insito nello Stato moderno, che aveva combattuto e vinto la battaglia contro l'antico pluralismo cetuale: nella idea stessa della 'persona giuridica' andava disperso il carattere politico primario dello Stato, che per Mayer è infatti il « Gigante, che invano oggi si cerca di legare con i nuovi lacci della personalità giuridica », il soggetto che « può e deve essere limitato dal diritto e dall'ordinamento giuridico », ma che non può mai dirsi 'giuridico' nella « sua più intima natura » (25).

In altre parole, Mayer criticava la tradizione giuspubblicistica dal versante opposto rispetto a Kelsen. Nella concezione dello Stato come persona giuridica si realizzava infatti il progetto del tradizionale Stato di diritto, teso a conservare sia il lato della sovranità che quello del limite: lo Stato era 'persona', capace di volere e di ordinare, ma era persona qualificata come 'giuridica', e dunque appartenente al mondo del diritto, da questo limitata e disciplinata.

---

(23) Ad iniziare da Kelsen, *Zur Lehre*, cit., pp. 65 sgg. e pp. 190 sgg. Per il lettore italiano, riferimenti in questo senso si trovavano già in Id., *Diritto pubblico e privato*, cit., pp. 342 sgg.

(24) Ci riferiamo a O. Mayer, *Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht*, in *Staatsrechtliche Abhandlungen. Festgabe für Paul Laband zum fünfzigsten Jahrestage der Doktorpromotion*, J. C. B. Mohr, Tübingen 1908, I, pp. 1 sgg., poi in Id., *Kleine Schriften zum öffentlichen Recht*, Duncker & Humblot, Berlin 1981, I, pp. 278 sgg.

(25) Ivi, p. 315, p. 324 e p. 331. La traduzione è nostra.

Ebbene, mentre Kelsen critica il primo lato, ovvero il fatto che lo Stato sia ancora considerato come 'persona', perché considera questo un residuo dell'epoca del diritto naturale, da eliminare nel nuovo tempo storico dello Stato di diritto, sul versante opposto Mayer critica il concetto di 'persona giuridica', perché lo ritiene intriso di elementi privatistici, inadatti ad esprimere la realtà storico-politica dello Stato, che come tale ha « il compito e la missione di creare e mantenere unità di popolo, comunità storiche di uomini » (26). Entrambi sostengono lo Stato di diritto, ed anche lo Stato come principio di unità politica, ma Kelsen rifiuta quello 'Stato' che tende a collocarsi, come 'persona', prima dell'ordinamento, e Mayer, all'opposto, rifiuta quello 'Stato di diritto' che affida il suo essere 'di diritto' alla presupposta natura 'giuridica' della sua personalità, come se esistesse un ordinamento, precedente lo Stato, capace di attribuire a questo la personalità.

Infine, entrambi i giuristi hanno un approccio alle problematiche dello Stato di diritto fortemente proteso a disvelare le realtà sottostanti le grandi costruzioni dottrinali: Kelsen critica l'idea dello 'Stato' precedente l'ordinamento perché in essa vede la possibile legittimazione della permanenza di poteri speciali e particolari, storicamente eredi delle prerogative monarchiche, e Mayer, nella direzione opposta, critica l'idea dell'ordinamento precedente lo Stato perché in essa vede la possibile legittimazione della permanenza del tradizionale primato del diritto privato, da lui ritenuto sul piano storico l'ostacolo principale per lo sviluppo di un diritto autenticamente pubblico, adeguato alla natura politica dello Stato, e dunque adeguato a disciplinare il perseguimento delle sue grandi finalità, sociali e politiche (27).

Si ha qui un livello della elaborazione giuspubblicistica che incontra, ancora una volta, la concezione generale dello Stato mo-

---

(26) Ivi, p. 314. La traduzione è nostra.

(27) Si pone a questo proposito la grande questione, non toccata in questo contributo, del diritto amministrativo come diritto pubblico, che come tale secondo Mayer deve essere ricostruito, liberandolo dallo storico dominio del diritto privato. Sul punto si vedano, anche perché speculari rispetto alla riflessione di Kelsen, i seguenti saggi: O. Mayer, *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge* (1888), in *Kleine Schriften*, cit., I, pp. 3 sgg. e Id., *Justiz und Verwaltung* (1902), in *Kleine Schriften*, cit., I, pp. 62 sgg.

derno. Da una parte, per Kelsen, la plurisecolare vicenda dello Stato moderno è intesa come un processo di progressiva riconduzione dello 'Stato' al diritto, fino all'esito novecentesco, in cui nessuno 'Stato' precedente il diritto è più possibile, dall'altra parte, per Mayer, in quella medesima vicenda il grande filo conduttore è piuttosto quello della emancipazione dello Stato, e del suo diritto, dai vincoli derivanti dai molteplici diritti particolari presenti sul territorio, fino all'esito novecentesco, in cui lo Stato medesimo è chiamato a dispiegare pienamente la forza del suo diritto, soprattutto al fine di dominare il conflitto sociale, e di tenere unite le collettività politiche, le nazioni ed i popoli.

Tende così a rompersi il modello dualistico su cui aveva costruito le sue fortune la dottrina dello Stato di diritto tra Otto e Novecento, ed emergono prospettive, tra loro opposte, di tipo monistico, che tendono cioè a scartare, o a subordinare in modo netto, uno dei due lati presenti nel modello tradizionale: da una parte, nella linea di Kelsen, la prospettiva di un diritto pubblico che considera apertamente lo 'Stato', in quanto espressione personificata del principio di sovranità, come un residuo dell'epoca dello *Staatsabsolutismus* e del diritto naturale, di cui gli apparati storicamente collegati alla monarchia ancora si servono per opporsi all'avanzata della nuova società orientata in senso democratico e pluralistico; e dall'altra parte, nella linea di Mayer, che diverrà poco più tardi quella di Carl Schmitt, la scelta per un diritto pubblico che considera altrettanto apertamente la concezione dello Stato come 'persona giuridica' come un indebito mascheramento del carattere intensamente politico del principio di sovranità, che in questa linea è chiamato, proprio nella società del Novecento, così ricca di conflitti, a dispiegarsi pienamente, al fine di contrastare gli esiti più disgreganti del nuovo pluralismo. Da una parte, il diritto pubblico è minacciato dalla permanenza dello 'Stato', dall'altra dalla sua dissoluzione, dalla collocazione del principio pluralistico al vertice nella scala dei valori costituzionali.

Il diritto pubblico della tradizione, quello di Jellinek, di Orlando, di Santi Romano, appare così sempre meno possibile, in un'età in cui è divenuto così apertamente conflittuale il rapporto tra Stato e società: il diritto pubblico, che prima pretendeva di tenere in sé, sulla base di un rapporto armonico e pacificato, sia lo Stato che

la società, si trova ora lì in mezzo, tra l'uno e l'altra, quasi dilacerato, attratto ora dal polo dello Stato, e dunque chiamato a svolgere la missione di rappresentare e di conservare il principio di unità politica contro gli effetti disgreganti del nuovo pluralismo, ora dal polo della società, e dunque chiamato a sostenere la crescita della nuova società democratica e pluralistica, liberandosi di ogni residuo dell'epoca del diritto naturale, di ogni metafisica del potere. Si doveva dunque scegliere, tra le due prospettive: non c'era più una via maestra da seguire, proseguendo una tradizione consolidata, ma un sentiero da imboccare, all'altezza di un bivio.

#### 4. *Lo Stato moderno, il potere costituente e la supremazia della costituzione*

In un saggio del 1935, successivo di qualche anno al più noto scritto su *Legalità e legittimità*, Carl Schmitt accostava in modo esplicito la sua teoria del 'premio politico', o del 'plusvalore politico addizionale', a favore del possesso legale del potere, alla *Mehrwerttheorie* di Otto Mayer, costruita a proposito dell'atto amministrativo, ovvero di quell'atto della autorità pubblica in cui quel 'plusvalore' veniva concentrato, in modo da presupporre in linea generale la sua legalità, e da dotarlo di immediata esecutorietà<sup>(28)</sup>. Si tornava così, anche per questa via, alla centralità dell'amministrazione nell'ambito della forma politica moderna. Ciò che per Kelsen era mero 'esecutivo', magari dotato di poteri discrezionali anche ampi, ma comunque in sé dipendente dalla autorizzazione legislativa, per Mayer e per Schmitt rappresentava invece il nucleo fondamentale dello Stato moderno, che non a caso si era affermato, fino dagli inizi dell'età moderna, in primo luogo espropriando le amministrazioni di ceto a favore della amministrazione statale, con una forza ed un'intensità che l'età contemporanea non poteva e non doveva disperdere.

È dunque questa, senza dubbio, la linea che nel corso del Novecento ancora sostiene con convinzione il progetto politico

---

(28) C. Schmitt, *Was bedeutet der Streit um den 'Rechtsstaat'?*, in « *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* », XCV, 1935, pp. 189-201, p. 195 per il riferimento diretto a Otto Mayer. Specularmente, per la critica di Kelsen alla medesima *Mehrwerttheorie*, si vedano i saggi cit. *supra*, nota 18.

contenuto nello Stato moderno, ed in particolare quella sua versione che esalta l'aspetto della storica battaglia ingaggiata contro i particolarismi di ceto e di luogo. Non dobbiamo dunque stupirci del fatto che, guardando al panorama dottrinale della prima metà del Novecento, si ritrovi la più intensa apologia della rivoluzione francese, ed in particolare del potere costituente del popolo sovrano, proprio nella *Dottrina della costituzione* di Carl Schmitt<sup>(29)</sup>. Proprio in questo testo è infatti delineata con il massimo vigore la figura dello *Stato moderno europeo* come realtà politico-istituzionale che si afferma, prima per opera delle monarchie e dei loro apparati, e poi per opera della rivoluzione, in una marcata linea di continuità che ha come avversario sempre e comunque il pluralismo, dispregiativamente connotato come particolarismo, e come obbiettivo l'affermazione piena del principio di sovranità: con la rivoluzione francese « la nazione come soggetto del potere costituente » abbatte « il principe assoluto », ma nello stesso tempo « si pone al suo posto in modo altrettanto assoluto », giungendo anzi al risultato ultimo di « un accrescimento del potere statale », di una sua « più intensa unità ed indivisibilità »<sup>(30)</sup>.

In questa linea, lo Stato moderno è prima di tutto una forza, è essenzialmente rappresentabile come potenza. Su di esso — come già aveva sostenuto Otto Mayer — il diritto si aggiunge, in modo anche consistente e perfino determinante, ma senza pretendere di definire la sua 'essenza', che è in origine politica, e tale sempre rimane. Questo nucleo fondamentale dello Stato moderno, in qualche modo ritenuto irraggiungibile da parte del diritto, si esprime storicamente prima nel principio monarchico e nella forza delle amministrazioni statali che espropriano quelle di ceto, e poi nel potere costituente della rivoluzione, e nella forza della legge che da esso deriva.

Così, entro questo quadro generale, diviene comprensibile la ripresa piena, da parte di Carl Schmitt, della dottrina della permanenza e della inesauribilità del potere costituente, e dello stesso popolo sovrano, posto al di sopra e prima della costituzione intesa

---

(29) C. Schmitt, *Verfassungslehre* (Berlin, 1928), tr. it. *Dottrina della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano 1984.

(30) Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 77.

come legge costituzionale positivamente vigente, in una posizione in fondo non molto diversa da quella che era occupata dal re sulla base del principio monarchico. Tutto questo rappresenta per Schmitt quell'elemento politico, da cui deriva la vera e propria forma di Stato, che è essenziale per la vita di ogni costituzione. Solo una lettura deformata della rivoluzione ha potuto vedere in essa esclusivamente l'affermazione dei principi dello « Stato borghese di diritto », della separazione e dell'equilibrio tra i poteri, della garanzia dei diritti, in modo particolare di tipo giurisdizionale: tutto questo è certamente presente nella rivoluzione, ma costituisce solo un aspetto delle costituzioni moderne, che da essa nasceranno, e che secondo Schmitt non potrebbero neppure esistere, e dunque svolgere anche la loro funzione di garanzia, senza l'elemento politico, senza la decisione del popolo sul tipo di unità politica <sup>(31)</sup>. Come ben si vede, siamo anche per questa via usciti del tutto fuori dalla concezione tradizionale dello Stato di diritto, che al contrario si fondava proprio sul rifiuto del potere costituente della rivoluzione, e più in genere dei due 'estremi' politici: il principio monarchico da una parte, il popolo sovrano dall'altra <sup>(32)</sup>. Schmitt riprende anzi proprio i due 'estremi' scartati dalla dottrina tradizionale dello Stato di diritto, e li mette addirittura in successione sul piano storico: lo Stato moderno europeo è ciò che nasce dal lavoro iniziale delle monarchie, e da quello finale, e decisivo, del popolo sovrano della rivoluzione.

Da ciò deriva, infine, il concetto, centrale nella *Dottrina della costituzione* di Carl Schmitt, della *legge politica*, in cui rivive continuamente il potere costituente del popolo sovrano, e con esso l'inesauribile elemento politico della costituzione: « Legge nel senso del concetto di legge politica è volontà concreta e comando e un atto di sovranità. Legge in uno Stato di principio monarchico è perciò la volontà del re; legge in una democrazia è la volontà del popolo; *lex*

---

<sup>(31)</sup> Ivi, p. 64, per la formulazione della dottrina dei due 'elementi' delle costituzioni moderne, quello politico, e quello relativo ai principi dello « Stato borghese di diritto »; pp. 109 sgg. e spec. pp. 130 sgg., sulla concezione del potere costituente; e p. 313, sulla concezione del popolo sovrano.

<sup>(32)</sup> Sulla dottrina tradizionale dello Stato liberale di diritto, in particolare rappresentata da Georg Jellinek, vedi *supra*, paragrafo 2.

*est quod populus iussit*»; e dunque, nonostante il generale clima positivistico e la generale tendenza alla neutralizzazione, « esiste ancora un concetto di legge politica, che nessuno Stato di diritto può rimuovere » (33).

La costruzione di Schmitt, solida ed ordinata, non era tuttavia quella dominante nella dottrina costituzionale dei primi decenni del Novecento. Se la teoria kelseniana appariva a non pochi giuristi troppo rarefatta, ed in fin dei conti non affidabile, soprattutto per quella sua tendenza a dissolvere lo Stato, quasi a discioglierlo nell'ordinamento, sull'altro versante l'approccio di Schmitt alle problematiche delle costituzioni moderne sembrava essere altrettanto poco affidabile, non solo perché troppo sbilanciato dalla parte del principio politico di sovranità, ma anche, e forse soprattutto, perché metteva in crisi con sconcertante disinvoltura il principio della *impersonalità del potere*, che la maggioranza dei giuspubblicistici europei, per quanto consapevolmente collocati in un'età di crisi, considerava ancora come il principio-guida, che addirittura riassumeva in sé il 'moderno' in quanto tale (34).

Sotto questo profilo, consideriamo essenziale il contributo offerto da Raymond Carré de Malberg, nella sua opera di sintesi apparsa in due tomi tra il 1919 ed il 1922, e forse ancor più nella monografia del 1931 sulla legge come espressione della volontà generale (35). Il giurista francese, in una linea diametralmente opposta rispetto a quella indicata da Schmitt, vede nella rivoluzione francese il trionfo di un 'moderno' che è essenzialmente dato dal sostituirsi a mille sovranità particolari e concrete di una sola sovranità generale ed astratta, essenzialmente impersonale, che è quella della nazione, con la sua legge e la sua costituzione. Rimane invece prigioniero di una logica 'antica' colui che vede nella stessa rivolu-

---

(33) Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 199.

(34) Consideriamo in questo senso esemplare la prolusione di Santi Romano del 1909 su *Lo Stato moderno e la sua crisi*, aperta alla percezione del nuovo, e delle molteplici soggettività presenti nella società del Novecento, ma anche irremovibile nel considerare l'impersonalità del potere come il carattere irrinunciabile dello stesso Stato moderno: si veda *supra*, § 2.

(35) R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, due tomi, Sirey, Paris 1919-1922; Id., *La Loi, expression de la volonté générale* (Paris, 1931), rist. Economica, Paris 1984.

zione una sorta di trasferimento di sovranità, da un soggetto concreto all'altro, dal re al popolo, dal principio monarchico alla sovranità popolare. La rivoluzione francese è molto di più di tutto questo, del semplice passaggio dei poteri di sovranità da un soggetto all'altro, ed è piuttosto rappresentabile come l'inizio di una vera e propria nuova epoca in cui nessuna « sovranità individuale » sarà più possibile, in cui si assisterà finalmente al dominio integrale di un potere di carattere impersonale, della legge e della costituzione, su ogni soggettività particolare, individualmente determinata <sup>(36)</sup>.

Anche in questo caso, dello Stato moderno si coglie soprattutto il processo di accentramento delle funzioni d'*imperium*, l'annullamento delle potestà particolari, ma in un senso del tutto diverso, rispetto a Schmitt: il 'moderno' che trionfa non è rappresentabile come un soggetto che ha vinto una battaglia epocale contro mille altri soggetti, ma come l'annullamento di ogni soggetto, o meglio come il dominio di quel solo soggetto che possieda la virtù della impersonalità. Da un'impostazione complessiva di questo tipo deriva poi una conseguenza piuttosto precisa, in ordine alla concezione generale della legge. Mentre in Schmitt — come abbiamo visto — il legislatore in sostanza prosegue l'opera del potere costituente, che in tal modo rimane vivo, anche dopo l'emanazione della costituzione, in Carré de Malberg, al contrario, si apre finalmente lo spazio per una distinzione netta tra potere costituente e poteri costituiti, tra cui anche quello legislativo. Infatti, se l'obbiettivo finale è quello di garantire l'impersonalità del potere, si dovrà per forza procedere, nella linea di Carré de Malberg, a contenere il potere costituente, in modo che esso non si trasfonda in nessuno dei poteri costituiti, in modo che nessuno di questi ultimi, compreso il legislativo, possa pretendere di qualificarsi sul piano costituzionale come il potere per il cui tramite il sovrano, in senso soggettivo ed originario, continua ad operare. Sovrani saranno piuttosto i poteri costituiti nel loro insieme, ed in fondo sovrano sarà lo stesso ordinamento costituzionale, che quell'insieme prevede e definisce, in omaggio al principio-guida della impersonalità del potere <sup>(37)</sup>.

---

<sup>(36)</sup> Si veda in particolare Carré de Malberg, *Contribution*, cit., II, pp. 152 sgg.

<sup>(37)</sup> Ivi, II, pp. 483 sgg.

C'è poi un altro aspetto di cui tenere conto. La distinzione tra potere costituente e poteri costituiti è strutturata in modo tale da funzionare fatalmente in entrambe le direzioni, nel senso che serve non solo a proteggere i poteri costituiti, ed il loro carattere impersonale, dalla continua reviviscenza del sovrano in senso soggettivo, del potere costituente, ma anche ad impedire che uno di quei poteri, essenzialmente il legislativo, proprio in quanto storicamente operante in continuità con lo stesso potere costituente, affermi la sua sovranità sull'insieme delle regole costituzionali. L'avversione, che si esprime in modo netto nelle pagine di Carré de Malberg, verso la sovranità in senso 'antico', in senso soggettivo, non è dunque solo avversione verso l'illimitatezza del popolo sovrano e della sua inestinguibile volontà costituente, ma anche verso la pretesa dei legislatori, altrettanto illimitata, di disporre di quelle regole, e di quei principi, che furono posti con l'atto costituente, ed ai quali è comunque da attribuire un rango costituzionale, in ipotesi superiore al rango della legge ordinaria. Così, in quelle pagine, troviamo espressa in modo nitido la prospettiva del controllo di costituzionalità, e con essa il richiamo agli Stati Uniti come luogo di realizzazione del principio di supremazia della costituzione, ben più difficile a concretizzarsi in un'esperienza come quella francese, storicamente refrattaria a ridurre integralmente il legislatore alla dimensione del potere costituito, ed a creare così le condizioni perché i suoi atti siano sindacabili, essenzialmente per opera dei giudici e sulla base della costituzione <sup>(38)</sup>.

C'era tuttavia, nelle costruzioni di Carré de Malberg, come in genere nelle costruzioni della dottrina europea della costituzione della prima metà del Novecento, un punto palesemente irrisolto.

---

<sup>(38)</sup> Ci riferiamo soprattutto a R. Carré de Malberg, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, in H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, a cura di G. Geraci, Giuffrè, Milano 1981, pp. 215 sgg., che riproduce la nota presentata da Carré de Malberg alla sessione dell'Istituto internazionale di diritto pubblico, tenuta nell'ottobre del 1928. La sessione è nota più che altro per la relazione di Kelsen, sul medesimo argomento del controllo di costituzionalità, e per la discussione che ne seguì: Kelsen, *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 143 sgg. Per il riferimento agli Stati Uniti, ed alle differenze sul piano storico con il modello scaturito dalla rivoluzione francese, si veda anche Carré de Malberg, *La Loi, expression de la volonté générale*, cit., pp. 104 sgg. e 189 sgg.

Esso riguardava, ancora una volta, la grande problematica del potere costituente. Si poteva infatti anche intuire la necessità di un'evoluzione del sistema costituzionale verso il principio di supremazia della costituzione, ma il fatto è che la superiorità della costituzione sulla legge richiamava subito il potere costituente nell'unica forma fino ad allora conosciuta, che era quella della rivoluzione francese. E con quel potere, in quella forma data, si tornava ad evocare sovranità difficilmente limitabili, del popolo o del legislatore. Si finiva così per trovare l'opposto di ciò che si cercava, quasi come se si fosse inesorabilmente costretti a tornare al punto di partenza.

Lo stesso celebre dibattito, tra Schmitt e Kelsen, sul custode della costituzione, mostrava bene l'esistenza di questo problema nella configurazione della supremazia della costituzione <sup>(39)</sup>. Chi infatti, come Schmitt, legava quella supremazia alla forza originaria del potere costituente sembrava condannato a ricercare un custode, che preservi nel tempo quella forza, dotato della massima capacità di rappresentazione dell'unità politica: un parlamento, in certe fasi storiche, o un altro organo politico, in altre fasi, come il Presidente del Reich nel caso della Costituzione di Weimar e della sua crisi. Da quella supremazia della costituzione non nasceva dunque alcun controllo di costituzionalità, tanto meno di tipo giurisdizionale. Al contrario, chi come Kelsen perveniva alla necessità di quel controllo sembrava negare ogni supremazia della costituzione di tipo storico-politico, diversa da quella che si realizzava sul piano rigorosamente formale della gerarchia delle fonti di diritto. Non a caso, per Kelsen il 'potere costituente' era una sorta di residuo dell'epoca del diritto naturale, non molto diverso, da questo punto di vista, dal 'principio monarchico', o dalla concezione dello 'Stato' come 'persona' preesistente all'ordinamento. Insomma, o la costituzione era norma politica, ed allora non poteva certo essere discussa in sede giurisdizionale, o era norma giuridica, ed allora doveva svincolarsi da ogni presunta origine nella volontà del popolo sovrano. Una terza via non appariva possibile, e proprio per questo motivo era ancora in realtà così lontana l'esperienza costituzionale americana. In quel caso si

---

<sup>(39)</sup> I testi sono notissimi: C. Schmitt, *Il custode della costituzione* (1931), tr. it. a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano 1981; e H. Kelsen, *Chi dev'essere il custode della costituzione?* (1931), in *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 229 sgg.

aveva infatti in modo tangibile ciò che sembrava impossibile in Europa: una costituzione che aveva una chiara origine politica, che traeva la sua supremazia dal potere costituente del popolo, superiore a quello ordinario del legislatore, e che nondimeno era affidata, come norma giuridica, alla tutela ed all'interpretazione dei giudici.

In realtà, in Europa la dottrina della costituzione era profondamente condizionata dall'avvenuta dissoluzione novecentesca della tradizionale immagine dello Stato moderno, che specialmente nel corso del diciannovesimo secolo era servita in modo eccellente a temperare il lato politico dell'indirizzo, della espressione di volontà del soggetto sovrano, e quello giuridico del limite, dell'equilibrio. Nel contesto, critico e carico di conflitti, del primo Novecento avevano preso campo immagini ben più forti ed unilaterali: lo 'Stato' dell'età moderna come tentativo, marcatamente ideologico, di giustificare il potere autocratico delle monarchie e delle loro burocrazie, nella dottrina kelseniana, o al contrario, in senso positivo, nella linea di Schmitt, lo 'Stato moderno' come soggetto che ha operato politicamente contro il pluralismo di origine medievale, e che continua ad operare contro ogni altro tipo di pluralismo che torni a minacciare il fondamentale principio di unità politica. La costituzione segue questa vicenda più complessiva, ed è anch'essa costretta a ricondursi ad una delle due soluzioni: o è la norma giuridica da cui è espunto ogni 'Stato', ma anche ogni 'popolo', come ogni altro principio politico che intenda assumere una funzione fondante, o è la norma politica che detta l'indirizzo fondamentale, che contiene i principi fondamentali che animano l'azione dello Stato, che danno contenuto alla legge, e significato all'opera del governo e dell'amministrazione. L'una si oppone all'altra, ed una soluzione mediana non appare possibile.

Per uscire da questa situazione era necessario prima di tutto pensare in modo meno conflittuale il rapporto tra diritto e politica. Era cioè necessario pensare ad un diritto più disponibile ad ammettere un fondamento di tipo politico, e per altro verso ad una politica più disponibile a disciplinarsi in forme giuridiche: la costituzione sarebbe allora stata il luogo in cui si dichiarava l'origine politica del diritto, e nello stesso tempo, ed inscindibilmente, il luogo in cui la politica iniziava a disciplinarsi in forme giuridiche. È ciò che accadde con il passaggio alla seconda metà del secolo, dopo la caduta dei regimi totalitari, con le costituzioni democratiche dell'ultimo

dopoguerra, frutto d'inequivocabili volontà costituenti, come nel caso della Costituzione italiana del 1948, ma anche destinate, come dimostreranno gli sviluppi successivi, a tradursi in autentiche norme giuridiche, da interpretare soprattutto in sede giurisdizionale.

Di questo passaggio non possiamo occuparci in questo contributo. Si può però conclusivamente fare riferimento all'opera di un giurista come Costantino Mortati, che rappresenta un tipo di riflessione sulla costituzione già orientata alla riproposizione di un legame forte, e reciprocamente vincolante, tra diritto e politica. Così, mentre Schmitt e Kelsen battagliaivano sul custode della costituzione, ed anche in altra sede continuavano a ripetere le ragioni della loro contrapposizione <sup>(40)</sup>, Mortati iniziava a ragionare, in senso costruttivo, sulle nuove caratteristiche dello Stato moderno del Novecento. Con il saggio del 1931, dedicato a *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, il giurista italiano tornava così a mischiare le carte, in un certo senso mettendosi alle spalle le rigide contrapposizioni del primo Novecento. Ed infatti, da una parte lo Stato moderno è certamente per Mortati il soggetto politico per eccellenza, che anzi proprio nel Novecento realizza al meglio tale suo carattere, adottando forme di governo, come quella del 'regime del Capo del governo' — che il nostro giurista giudica tra l'altro essere anche italiana —, fondate sul criterio della *suprema potestas*,

---

(40) Per Kelsen, consideriamo esemplare in questo senso un saggio del 1930, dedicato alla critica del concetto smendiano d'integrazione, ora disponibile anche nella traduzione italiana: H. Kelsen, *Lo Stato come integrazione*, a cura di M.A. Cabiddu, Giuffrè, Milano 2001, specialmente pp. 96 sgg., per la nostra problematica dello 'Stato moderno'; per Schmitt, consideriamo altrettanto esemplare un breve intervento del 1933: C. Schmitt, *Machtpositionen des modernen Staates*, in Id., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre* (Berlin 1958), rist. Duncker & Humblot, Berlin 1985, pp. 367 sgg., dove si ribadisce ancora una volta il fatto che « lo Stato moderno è nel suo nucleo essenziale Esecutivo » (p. 367, la traduzione è nostra), ovvero monopolio organizzato della forza, cui solo successivamente si sono aggiunte la legislazione e la giurisdizione: ciò che era precisamente l'idea fondamentale dello Stato moderno contestata da Kelsen, in cui il fondatore della Scuola di Vienna ravvisava il corpus tentativo di mantenere forza autonoma e distinta alle amministrazioni storicamente collegate al principio monarchico, facendo di esse, proprio in quanto 'nucleo essenziale' dello Stato, l'argine più efficace contro l'avanzata del principio democratico e pluralistico nel corso del Novecento.

ovvero sulla individuazione dell'organo in cui primariamente si esprime il principio di sovranità, e che è dunque titolare del potere ultimo di decisione, ma dall'altra parte lo stesso Stato moderno è anche quella più generale forma di Stato, caratterizzata dal principio della sottoposizione dello Stato al diritto, e dal porsi dello stesso Stato « come soggetto giuridico », entro cui deve rimanere anche la vicenda costituzionale del Novecento, ed in definitiva entro cui deve essere ricondotto lo stesso principio di sovranità <sup>(41)</sup>.

I due volti dello Stato moderno, quello politico del soggetto che sceglie e governa, e quello giuridico del soggetto entro cui tutti i poteri trovano il loro ambito ed il loro limite, continuano ad essere compresenti anche nella successiva opera di Mortati, che si pone ai confini ultimi della nostra ricerca, ovvero ne *La costituzione in senso materiale*, pubblicata nel 1940. Qui però c'è qualcosa di più, ovvero un tentativo di offrire una soluzione a quel dilemma dello Stato ad un tempo sovrano e limitato, che era rimasto senza risposta nel corso del Novecento, dopo che si era in sostanza abbandonata la via dello Stato liberale di diritto. E la risposta è data proprio dalla costituzione in senso materiale, che per Mortati è la *costituzione originaria*, ovvero quell'ordine che si determina quando all'interno di una certa comunità politica storicamente data, attraverso il basilare processo di differenziazione ed attraverso il ruolo decisivo del partito politico, si forma *un indirizzo fondamentale*, che sta poi, a sua volta, alla base della forma politica nascente, e dunque dello Stato <sup>(42)</sup>.

Ebbene, proprio questo indirizzo è ciò che risolve il nostro dilemma: esso è infatti, nello stesso tempo, l'espressione primaria del principio di sovranità, che lo Stato sarà chiamato ad impersonare, ed il fondamento della limitazione, poiché quel medesimo Stato non potrà agire se non in attuazione di quell'indirizzo. A questa soluzione si giunge con Mortati perché il nostro giurista è il primo a mettere in discussione il carattere esclusivamente politico del potere costituente, tanto che il punto sul quale egli insiste di più è proprio quello del carattere giuridico della costituzione originaria, ovvero di

---

<sup>(41)</sup> C. Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (1931), rist., Giuffrè, Milano 2000, *passim*, e spec. pp. 217 sgg.

<sup>(42)</sup> C. Mortati, *La costituzione in senso materiale* (1940), rist., Giuffrè, Milano 1998, *passim*, e spec. pp. 53 sgg.

quella costituzione che nella sua ricostruzione svolge il ruolo che tradizionalmente era affidato proprio al potere costituente. Questa sembra essere la grande novità con cui si conclude il primo quarantennio del Novecento: alle origini dello Stato, e dei poteri costituiti, non c'è *un altro potere*, in senso soggettivo, che come tale pretenderà poi, in modo più o meno intenso, di tradursi nei poteri costituzionalmente operanti, o in uno di essi, ma *un ordine*, dato dalla costituzione originaria, che lo Stato ed i poteri costituiti sono chiamati a rappresentare, sul quale essi fondano la loro sovranità, ma dal quale sono anche nello stesso tempo limitati. E questo ordine, a sua volta, è in sé politico, perché nasce dalla scelta, primaria ed originaria, per un indirizzo fondamentale, e nello stesso tempo giuridico, proprio perché non è più mera decisione, ed è già ordine, già strutturato in modo sufficientemente stabile intorno a determinati interessi e determinati fini.

Quella di Mortati potrebbe essere considerata come una rappresentazione anticipata delle costituzioni democratiche che verranno, dopo la caduta dei regimi totalitari. Sul piano storico, quelle costituzioni saranno infatti caratterizzate proprio dal tentativo di rappresentare, soprattutto attraverso grandi norme di principio, i caratteri delle originarie scelte fondamentali d'indirizzo, e dunque dell'ordine, repubblicano e democratico, che si andava instaurando, su cui si sarebbero fondati, e da cui sarebbero stati limitati, i nuovi poteri costituiti. Sulla base di quelle costituzioni, e nei confini da esse segnati, si sarebbe sviluppata un'ulteriore fase della vicenda dello Stato moderno nel Novecento, ed ancora per qualche decennio dopo l'emanazione delle nostre costituzioni il concetto stesso dello 'Stato moderno' avrebbe continuato a svolgere un certo ruolo nell'ambito della dottrina della costituzione. Mortati era espressione di questa tradizione ancora vitale, che sarebbe proseguita anche nella seconda metà del secolo.

Ma era per altro ben chiaro che si era alla fine di una certa vicenda. Le grandi battaglie dei primi decenni del secolo erano ormai da tempo concluse. E d'altra parte i nuovi orizzonti della stessa dottrina della costituzione incontravano sempre meno la traiettoria dello Stato. Un'intera epoca, entro cui nessuna dottrina della costituzione sarebbe stata possibile senza una dottrina dello Stato, ed in particolare senza una dottrina dello 'Stato moderno', si stava ormai chiudendo.



IRENE STOLZI

GLI EQUILIBRI E I 'PUNTI DI VISTA':  
'INTERNO' ED 'ESTERNO'  
NELLA RAPPRESENTAZIONE  
DELLA DINAMICA CORPORATIVA

UN'IPOTESI DI DIALOGO TRA LORENZO MOSSA  
E WIDAR CESARINI SFORZA



## 1. *Crisi postbellica ed equilibri infranti: la scelta del punto di vista*

‘Servirsi’ della crisi del primo dopoguerra per creare occasioni di dialogo sotto il profilo dell’equilibrio — della trasformazione delle immagini di equilibrio con cui il giurista era avvezzo a confrontarsi — è uno dei modi per rimettersi alle indicazioni e ai suggerimenti provenienti da chi quella crisi è chiamato a vivere o, più spesso e semplicemente, a subire. Perché infatti di equilibrio è la stessa scienza giuridica a parlare ed è solo in questo senso, fuori da ogni pretesa di intervento valutativo da parte di chi scrive, che qui si intende riferirsi all’equilibrio. Che diventa allora una delle nozioni capaci di avvalorare l’ulteriore convinzione che in tempo di crisi sia da riconoscere maggiore efficacia esplicativa ai percorsi piuttosto che agli approdi. Certo l’equilibrio si presenta, nella riflessione scientifica tra le due guerre, nella veste di obiettivo; di più, l’equilibrio incarna spesso — almeno da determinati osservatori, lo si vedrà subito — un fine assorbente, l’indispensabile criterio di legittimazione delle vie prescelte per il transito dal ‘vecchio’ al ‘nuovo’. Quelle vie tendono cioè a giustificarsi nella misura in cui si reputino capaci di produrre assetti di convivenza — tra poteri, saperi, statuti epistemologici — che possano dirsi appunto equilibrati, come tali capaci di governare un moto di cui, evidentemente, si avvertiva la spontanea predisposizione all’estremismo, alla indebita sovrapposizione di piani.

L’equilibrio si colloca quindi nella zona, non generica ma sicuramente ‘elastica’, delle aspirazioni all’ordine, in una zona che costringe il giurista a ripensare, adesso che c’è crisi, le modalità dell’ordine e a destreggiarsi, stimolato e fortificato dalla propria insoddisfazione <sup>(1)</sup>, tra le due percezioni concomitanti della ‘fine’ —

---

<sup>(1)</sup> G. Capograssi, *Il significato dello Stato contemporaneo* (1942), in Id., *Opere*, vol. IV, Giuffrè, Milano 1959, p. 379.

della « vera fine del secolo XIX » (2) — e dell'inizio, dell'apertura di una « nuova storia » (3). Poiché si tratta di percezioni che necessariamente impongono bilanci del passato e 'intuizioni del futuro' (4), il giurista poteva situare — questa l'elasticità di cui si parlava — il valore 'equilibrio' al termine di un percorso che, per esser tracciato su un terreno critico, privo di consolidati punti di orientamento, riusciva a lasciare margini particolarmente ampi alla sua personale sensibilità strategica.

Il fatto è che, col primo dopoguerra, i grandi presidi del modello epistemologico tradizionale, i suoi irrinunciabili criteri di congruenza — neutralità, astrattezza, nitida separazione di competenze — cedono. E cedono a tal punto che anche la difesa del 'vecchio' si trova a dover passare attraverso un — fino a poco prima impensabile — onere di confutazione del 'nuovo'. In questa luce la crisi finisce per coincidere con la perdita di equilibri: e se è vero che parte della crisi va imputata ai fatti (5) e parte alla congenita vischiosità della mentalità giuridica, è anche vero che il giurista si trovava comunque privato di una basilare rassicurazione. Che era la rassicurazione di poter contare sulla preliminare identificazione di cippi confinari: in virtù di questa iniziale ricognizione identitaria, lo spazio giuridico si configurava come spazio *ab origine* equilibrato, sia nel rapporto con se stesso, con le proprie scansioni interne, sia nel rapporto con gli ambiti disciplinari circostanti. Mentre guerra e dopoguerra avevano inaugurato una rotta magari caotica e scomposta nelle sue manifestazioni esteriori, ma chiarissima nell'indicare l'impossibilità di continuare ad assumere l'*alterum non laedere* a criterio informatore dell'intera convivenza sociale. Ciò che fino ad allora si era potuto pensare immune da stimoli e richieste provenienti da aree 'altre' improvvisamente si rivelava poroso, immesso in circuiti scanditi, più che da logiche di spartizione, da una costante intersezione di piani,

---

(2) T. Ascarelli, *Ordinamento giuridico e realtà sociale* (1959), ora in *Il diritto privato nella società moderna*, a cura di S. Rodotà, Il Mulino, Bologna 1971, p. 77.

(3) L. Mossa, *Trattato del nuovo diritto commerciale secondo il codice civile del 1942*, I, *Il libro del lavoro. L'impresa corporativa*, Società editrice libraria, Milano 1942, p. 47.

(4) Ivi, p. 1.

(5) W. Cesarini Sforza, *La crisi delle fonti*, in « Archivio giuridico », XCIII, 1936, p. 21.

da una connessione costante tra 'interno' ed 'esterno'. « Non è soltanto lo Stato, insomma, che invade campi una volta riservati alla libera attività dei singoli, sono i singoli che creano organizzazioni, le quali, anche se lo Stato le ignora, appaiono talora più importanti di certi istituti cosiddetti pubblici » (6).

Per il giurista ad essere revocata in dubbio era quindi la stessa rappresentazione moderna del potere, concepito sempre, privato o pubblico che fosse, come esito di un processo di individualizzazione, di astrazione dalle precedenti — e per ciò stesso 'vecchie' — dinamiche relazionali. Non sorprende quindi che la dinamica di relazione venga colta dapprima nella veste immediata e sconcertante del conflitto (7); non sorprende cioè che la scienza giuridica, ben oltre la rilevazione dei conflitti effettivamente in corso, connetta alla semplice percezione dell'interdipendenza l'immagine del conflitto, del ribaltamento di un ordine che era riuscito a rappresentarsi giuridicamente solo conferendo valore di realtà all'iniziale profilo 'equilibrante' della separazione (8). Mentre ora l'equilibrio si presentava come strategia di risposta al conflitto, come obiettivo 'faticoso' (9) che andava, più che trovato o constatato, costruito, elaborato come risultato di una scelta costruttiva (10). Quello dell'equilibrio è allora anche un tema 'comprensivo', capace di coprire e connettere più di una zona critica e di indicare, per questa via, come il dato critico fosse in realtà tutto compreso nella diversa disponibilità a fare proprio della dimensione connettiva, relazionale, una (la) dimensione qualificante della giuridicità.

E sarà soprattutto l'osservatorio, che in prima approssimazione può esser detto 'privato', quello maggiormente interessato alla va-

---

(6) Id., *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo* (1933), in Id., *Il corporativismo come esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano 1942, p. 88.

(7) Sulla crisi come 'scoperta' della dimensione del conflitto, v. da ultimo P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa, 4, L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2001, specialmente le pp. 157 sgg.

(8) Sul punto, v. L. Ornaghi, *Stato e corporazione. Storia di una dottrina nella crisi del sistema politico contemporaneo*, Giuffrè, Milano 1984, p. 88.

(9) G. Capograssi, *Premessa alla nuova serie della Rivista internazionale di filosofia del diritto* (1939), in Id., *Opere*, cit., vol. IV, p. 175.

(10) Sull'ordine novecentesco come ordine 'costruito', v. Costa, *Civitas, 4*, cit., p. 256.

lorizzazione dell'equilibrio: da quel punto di vista infatti si poteva ribattere alla carica aggressiva della crisi solo prefigurando un complesso gioco di equilibri, chiamato a comporre le varie articolazioni del potere e a preservare, appunto in via di articolazione e successiva specificazione, il valore 'iniziale' e fondante della individualità singola o associata. Mentre dal lato pubblico si poteva, certo, accettare la sfida dell'equilibrio, come si poteva continuare a maneggiare i vecchi arnesi nel tentativo di scovare un'area di neutralità sovrana chiamata a ristabilire i contorni noti della presenza statale, ma si poteva anche scegliere una via totalmente insensibile al valore dell'equilibrio. Si potevano cioè sottoscrivere scelte volte ad incrementare lo stacco qualitativo del 'supersoggetto' <sup>(11)</sup> Stato rispetto agli individui e ai gruppi, scelte che portavano a scorgere nelle 'armature d'acciaio' <sup>(12)</sup> del totalitarismo, del totalitarismo alla Rocco per capirsi, una risposta non casuale, né priva di originalità anche a livello teorico. Ed è qui, come è chiaro, che si rinunciava all'equilibrio nella aspirazione ad un ordine che si costruiva come tale proprio sul presupposto dello « stabile squilibrio » <sup>(13)</sup> tra dimensioni. Ed è sempre qui, lo si nota per inciso, che è possibile liquidare le « querele postume » <sup>(14)</sup> sul 'tradimento' dell'ipotesi corporativa: quell'ipotesi era infatti *ab origine* bifronte, potendo evolvere e verso modelli 'equilibrati' di convivenza tra poteri e verso la integrale mortificazione dell' 'avversario' privato-sociale, mortificazione resa tanto più efficiente se sostenuta da nuove modalità di inquadramento e 'catalogazione' <sup>(15)</sup>.

---

<sup>(11)</sup> M. Fioravanti, voce *Stato (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano 1990, vol. XLIII, p. 723.

<sup>(12)</sup> P. Ungari, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Morcelliana, Brescia 1963, p. 81.

<sup>(13)</sup> Ornaghi, *Stato e corporazione*, cit., p. 285.

<sup>(14)</sup> Ungari, *Alfredo Rocco*, cit., p. 46.

<sup>(15)</sup> « L'apparato corporativo non è che uno dei modi, sia pure il più qualificato e anche il più originale per cui si procede all'attuazione dello Stato come unità economica. E bisogna aggiungere che sarebbe possibile concepire un ordine nazionale dell'economia senza alcun assetto sindacale e corporativo », l'interesse di categoria rappresentando solo « un criterio per classificare le varie posizioni individuali di attività e per organizzarle opportunamente nella disciplina dello Stato ». Sono queste osservazioni di C. Costamagna, *I principii dell'economia*

2. *Le strategie di costruzione dell'equilibrio: la dimensione collettiva del diritto*

« La concezione individualistica », non conoscendo altro che « il diritto privato e il pubblico, l'uno esterno all'altro », <sup>(16)</sup> era facilitata nella produzione di immagini di equilibrio: le bastava attribuire ai due universi caratteri allo stesso tempo uguali e contrari per confermarli nella reciproca posizione di 'eternità' e per allontanare il rischio di fastidiose contaminazioni. Ugualmente incaricati, ciascuno dal proprio punto di vista, di esprimere prerogative sovrane, privato e pubblico ricavavano poi dalla radicale diversità degli interessi tutelati il criterio della rispettiva competenza come le condizioni della loro alleanza. Allora se « individualismo giuridico e sovranità statale non sono concetti contraddittori né politicamente né giuridicamente » <sup>(17)</sup>, « la crisi dell'individualismo non è cominciata — l'osservazione è di Cesarini Sforza — quando è sorta l'idea dello Stato come ente superiore ai singoli individui » <sup>(18)</sup> ma solo

---

*fascista*, in L. Lojacono (a cura di), *L'indipendenza economica italiana*, Hoepli, Milano 1937, pp. 56-57. Specificamente connesse al profilo intellettuale di Costamagna, ma utilizzabili anche in riferimento alle altre le letture del corporativismo in senso totalitario-statocentrico, sono le osservazioni di M. Toraldo di Francia (*Per un corporativismo senza corporazioni: 'Lo Stato' di Carlo Costamagna*, in « Quaderni fiorentini », 18, 1989, rispettivamente a p. 297 e p. 298) secondo la quale Costamagna fu espressione « della prima, e vincente, tendenza » impegnata nella creazione di « un sistema di governo inglobante ogni manifestazione della vita sociale »; di un sistema non disposto « a considerare le formazioni sociali intermedie, sia pure disciplinate e sottoposte a un rigido controllo statale, come possibili portatrici di una forma qualitativamente superiore di organizzazione sociale, da valorizzare nella progettazione di un nuovo ordine socio-economico ed istituzionale riconoscendo loro un'autonoma funzione di sintesi di interessi e volontà individuali ». Sulle varie declinazioni della nozione di totalitarismo, v. da ultimo P. Costa, *Lo 'Stato totalitario'. Un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo*, in « Quaderni fiorentini », 28, I, 1999, pp. 61 sgg.; mentre sul rapporto tra totalitarismo e « sacrificio dell'individuo a una grandezza [lo Stato] che lo sovrasta e insieme lo realizza », v. Id., *Civitas*, 4, cit., p. 222.

<sup>(16)</sup> W. Cesarini Sforza, *Libertà contrattuale e ordine corporativo* (1937), in Id., *Il corporativismo come esperienza*, cit., p. 214.

<sup>(17)</sup> Id., *Preliminari sul diritto collettivo* (1936), in Id., *Il corporativismo come esperienza*, cit., p. 196.

<sup>(18)</sup> Id., *Il libro del lavoro e il nuovo diritto civile* (1941), in Id., *Il corporativismo come esperienza*, cit., p. 272.

quando « raggruppamenti di interessi in organismi sociali di varia ampiezza » (19) hanno turbato « la loro armonia e coesistenza » (20) imponendo al giurista la formulazione di nuove ipotesi di rapporto.

Per cui capire che l'equilibrio, nel XX secolo, è soprattutto un progetto di relazione, significava in primo luogo comprendere i pericoli connessi alla difesa dei precedenti criteri di rapporto: ad insistere sulle tradizionali ragioni della distanza tra pubblico e privato si rischiava infatti, in modo per niente contraddittorio, di convalidare ed esasperare la portata di dell'antagonismo società-Stato che delle diverse interpretazioni totalitarie costituiva l'indispensabile presupposto teorico. Quindi il giurista interessato a soluzioni diverse doveva riuscire a rendersi 'alleata' proprio la 'nuova' dimensione sociale del diritto per trovare in essa, nella sua nuova fisionomia, delle indicazioni di convivenza in cui i « gradi precedenti » allo Stato riuscissero a non « essere dimenticati » (21).

Ed è questo il valore che alla zona comunitaria riconoscono, sia pure da diversi punti di vista, Mossa e Cesarini: personalità intellettuali quanto mai distanti per temperamento e formazione, ma ferme entrambi nel contrastare il « proposito di eliminare il diritto privato dalla realtà giuridica » (22) ed entrambi capaci di intuire come « la leggenda del diritto privato che col crescere dello stato diventa diritto pubblico » (23) sia destinata ad avverarsi proprio rimanendo

(19) *Ibidem*.

(20) Id., *Preliminari sul diritto collettivo*, cit., p. 197.

(21) Id., *Intorno alla seconda dichiarazione della Carta del Lavoro (1937)*, in Id., *Il corporativismo come esperienza*, cit., p. 232.

(22) Id., *Individuo e Stato nella corporazione (1933)*, in Id., *Il corporativismo come esperienza*, cit., p. 170. Si tratta di una delle 'risposte' cesariniane alle tesi di Volpicelli (e di Spirito) secondo le quali, come è noto, il corporativismo avrebbe potuto rappresentare una svolta autentica della dinamica istituzionale solo sostituendo alla precedente concezione 'rapportuale' (il termine è volpicelliano) della giuridicità, una visione viceversa fondata sulla identificazione tra individuo e Stato, tra privato e pubblico; identificazione inaccettabile per Cesarini, per un giurista che affida l'idea stessa di equilibrio alla 'tenuta' dei (nuovi) dispositivi di equidistanza privato-pubblico. Di Volpicelli, v. la relazione letta al II Convegno di Studi sindacali e corporativi *Corporativismo e scienza del diritto*, in « Archivio di studi corporativi », III, 1932 e Id., *Santi Romano* in « Nuovi studi di diritto, economia, politica », III, 1929.

(23) Mossa, *Trattato*, cit., p. 148.

legati ai tradizionali criteri di separazione. O si riuscivano a stabilire per il diritto privato nuove modalità di distanza e di differenziazione dal pubblico — è questo in sostanza il loro discorso — o non restava che rassegnarsi al declino della sua specifica funzione equilibrante.

In un simile quadro, rimettere alla dialettica ‘interno-esterno’ la descrizione di alcune tra le possibili strategie di salvaguardia della privatezza equivale proprio a misurare la diversa posizione equilibrante riconosciuta alla dimensione del collettivo. In questo senso: se il collettivo finisce — ed è il caso di Mossa — nell’area delle risorse indispensabili alla tutela della stessa individualità, esso verrà contestualmente incaricato di reagire sulla struttura, sulla configurazione ‘interna’ di tutti i poteri, ad esso si affiderà la fondamentale funzione di garanzia e di ‘sorveglianza’ sulla organizzazione a base comunitaria dei poteri medesimi. Viceversa, se il collettivo si limita ad incarnare il fatto nuovo, il dato appunto perturbatore di una convivenza altrimenti armonica, da esso non si potrà comunque prescindere ma gli si chiederà soprattutto di fornire indicazioni di rapporto, gli si chiederà di partecipare alle nuove formule di equilibrio nel senso specifico della produzione di aggiornamenti rispetto al modello tradizionale entrato ormai nella sua fase critica. Di modo che ad esser toccato è soprattutto l’‘esterno’, ad esser rilevanti sono in primo luogo i procedimenti di compensazione ricavabili dalla presenza di aree intermedie. Neanche da questo punto di vista, che grosso modo corrisponde a quello cesariniano, il collettivo assume tuttavia le sembianze, banali, del puro accidente storico in cui il giurista si imbatte: incarnando la principale risorsa di ri-equilibrio, di quel nuovo centro di energia giuridica non si doveva stemperare la capacità di presa, piuttosto se ne doveva convertire la portata nella direzione prescelta.

Osservazione e costruzione ricavano perciò, e in modo per niente contraddittorio, le ragioni della loro interdipendenza come della rispettiva autonomia dal fondamentale momento ‘intermedio’ della selezione degli obiettivi. Mossa e Cesarini osservano, e sono osservatori di rango, infastiditi dalle scorciatoie metodologiche di chi preferisce la rimozione alla consapevolezza <sup>(24)</sup>, e sono allo stesso

---

(24) La scienza giuridica, dice Mossa, sconta troppo spesso « una certa

tempo costruttori perché capaci di trarre, dagli esiti dell'osservazione e solo da essi — questo è il momento della necessaria interdipendenza — argomenti per una complessiva revisione della dinamica giuridica, revisione reputata ottimale — questo invece il momento dell'autonomia — anche rispetto al proprio personale bagaglio di convinzioni. Per cui non è singolare che alla sostanziale consonanza nell'individuazione dei fattori di crisi corrisponda la prospettazione di soluzioni fra loro distanti. Pluralità di ordinamenti giuridici <sup>(25)</sup>, equivalenza tra diritto e vita sociale <sup>(26)</sup>, ripudio dei 'buddismi' <sup>(27)</sup> legalistici ottocenteschi e delle inversioni tra storia e logica ad essi imputabili <sup>(28)</sup>, sono tutti temi percepiti in via di osservazione sia da Mossa che da Cesarini e sono temi riportati al medesimo ciclo storico di trasformazione. Solo che ad essi si chiederà di partecipare in diversa misura, o meglio da punti di vista diversi, alla individuazione del nuovo corso, perché costruzione è soprattutto progettazione di un ordine cui il giurista sente di poter prendere parte in prima persona. Ed è sempre per questo che non c'è contraddizione tra le indicazioni metodologiche 'imposte' dalla crisi e la singolare articolazione della letteratura che la crisi stessa produce: da un lato infatti si assiste allo sforzo che il giurista compie

---

formazione giuridica, fatta sulla paura della realtà» (Id., *L'impresa nell'ordine nuovo*, s.d., in Id., *L'impresa nell'ordine corporativo*, Sansoni, Firenze 1935, p. 169); non c'è dubbio, gli fa eco Cesarini, che sia «meglio rinunciare al sistema che adoperarne uno illusorio, la scienza non dovendo servire da diaframma fra il pensiero e la realtà», in W. Cesarini Sforza, *Gli studi di diritto pubblico durante il fascismo* (1938), in Id., *Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto*, Giuffrè, Milano 1967, vol. II, p. 254.

<sup>(25)</sup> Sul punto, v. *infra*, n. 4.

<sup>(26)</sup> Si veda, ad esempio, W. Cesarini Sforza, *Senso e condizioni del progresso della scienza del diritto* (1918), in Id., *Vecchie e nuove pagine*, cit., pp. 126 sgg.; Id., *Lezioni di teoria generale del diritto*, Cedam, Padova 1929, p. 26; e Id., *Il diritto dei privati*, in Id., *Il corporativismo come esperienza*, cit., specialmente le pp. 1-3 e 20.

<sup>(27)</sup> L. Mossa, *I problemi fondamentali del diritto commerciale* (1926), in Id., *L'impresa nell'ordine*, cit., p. 14.

<sup>(28)</sup> La «supremazia, o priorità di fatto [...] degli imperativi statuali si trasforma irresistibilmente in priorità logica, ossia il concetto di *un dato potere normativo* si converte nel concetto del *potere normativo*», così Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, cit., p. 5; di analogo tenore sono le osservazioni contenute in Id., *Senso e condizioni*, cit., p. 141.

per rendere mobili le precedenti confinzioni, per non rinserrarsi dietro « troppo artificiosi cancelli » (29), dall'altro si registra il singolare peso che formazione ed osservatorio di provenienza continuano ad esercitare. Ma non c'è contraddizione perché Mossa e Cesarini sono autori che del valore strategico del discorso giuridico comprendono i presupposti indispensabili come le indispensabili condizioni di incidenza e di credibilità. Capiscono insomma che il giurista poteva rivendicare per sé effettive capacità di orientamento del moto post-bellico solo previa formulazione di diagnosi (il più possibile) lucide, potendo al limite 'forzare' la verosimiglianza delle proprie considerazioni nel momento successivo, e strategicamente orientato, della costruzione. Ma non era questa la via per traviare il senso di quanto osservato, casomai era il modo per coinvolgere in un quadro fortemente programmatico i risultati dell'osservazione stessa, magari contrabbandando per 'dato', per 'osservato', ciò che in realtà era solamente un *desideratum* (30). Ed era anche il modo questo — sostenuto o meno da tale sapiente alternanza retorica — per riabilitare la funzione di indirizzo della scienza giuridica e per salvaguardare, di conseguenza, la specificità del suo statuto disciplinare.

Col primo dopoguerra infatti entrano in crisi non solo le abituali partizioni endodisciplinari — in prima linea quella tra privato e pubblico — ma anche quelle interdisciplinari: politica ed economia, tradizionalmente e orgogliosamente annesse all'area del non-giuridico, facevano ora sentire tutta la loro vitalità di determinanti rispetto alle stesse rappresentazioni della giuridicità. E se di esse ci si poteva servire nella veste 'minima' e difensiva dell'istanza di realtà, della conoscenza come indispensabile ausilio per fronteggiare il dato

---

(29) V. Polacco, *La scuola di diritto civile nell'ora presente*, in « Rivista di diritto civile », XI, 1919, p. 119.

(30) Per Cesarini Sforza, si veda, ad esempio, quanto detto *infra*, alla nota 132 in materia di espropriazione; per Mossa, si pensi alla lettura, 'descrittiva' solo in apparenza, della nota formula mussoliniana secondo la quale niente poteva esservi oltre lo Stato. Questa formula, dice Mossa (*Trattato*, cit., p. 110), « quando proclama che nessuna legge vi è al di fuori dello stato, contro lo stato, vuol proclamare che nessun diritto può riconoscersi che attenti al diritto sociale affermato dallo stato. Non può spezzare quel diritto popolare e quel diritto sociale che vale, invece, a rafforzare le più alte manifestazioni del diritto sociale fatte dallo stato e dalla società italiana nelle associazioni, nelle corporazioni e nei sindacati ».

ostile, di esse si poteva anche cogliere la portata ‘massima’, ossia la capacità di incrementare il patrimonio di immagini specificamente giuridiche. Se si è imposta la « forza dell’economia come base dell’organizzazione sociale »<sup>(31)</sup>, se nei rapporti giuridici è emerso un non più trascurabile « substrato economico »<sup>(32)</sup>, non per questo — le parole sono di Mossa — il giurista « diviene, a sua volta, economista », semplicemente moltiplica i propri referenti teorici, arricchisce il proprio orizzonte di indagine chiedendo chiarimenti « a tutte le scienze sociali e specialmente all’economia »<sup>(33)</sup>. Dire — così Cesarini Sforza — che « accanto ai concetti giuridici s’introducono quelli politici [...] non è che un modo di riconoscere che i primi sono insufficienti »<sup>(34)</sup>: « l’influsso della sociologia e della politica — questo invece è Mossa — non sono fatti per distruggere, ma per consolidare la giurisprudenza »<sup>(35)</sup>.

Di conseguenza, il problema cruciale aperto dalla crisi, quello della storicizzazione del paradigma liberale classico, poteva essere brillantemente affrontato e ‘risolto’ ove il giurista fosse riuscito a vedervi il terreno propizio per la valorizzazione di un’attitudine specifica della propria costituzione scientifica, l’attitudine alla conversione. Mi spiego. Se il ‘salto’, la brusca inversione di rotta, tendenzialmente ripugnano alla mentalità giuridica, ai suoi tratti costitutivi che sono di tipo ordinante<sup>(36)</sup>, la portata corrosiva della

---

<sup>(31)</sup> E. Finzi, *Verso un nuovo diritto del commercio*, in « Archivio di studi corporativi », IV, 1933, p. 213.

<sup>(32)</sup> L. Mossa, *Nozione e presupposti e scopo del diritto dell’economia*, in Id., *L’impresa nell’ordine*, cit., p. 88; questo è il titolo di una delle quattro conferenze che Mossa tenne nel 1934 presso l’Università di Santander, conferenze poi raccolte sotto il titolo comune di *Principi del diritto economico* e pubblicate nel volume appena citato.

<sup>(33)</sup> Mossa, *I problemi fondamentali*, cit., p. 14.

<sup>(34)</sup> W. Cesarini Sforza, *Figura giuridica degli enti sportivi e dei direttori di gara* (1936), in Id., *Il corporativismo come esperienza*, cit., p. 119.

<sup>(35)</sup> L. Mossa, *Modernismo giuridico e diritto privato* (1931), in Id., *L’impresa nell’ordine*, cit., p. 40. Osservazioni di analogo tenore si possono leggere anche in Id., *Trattato*, cit., p. 43; e in Id., *L’impresa nell’ordine nuovo*, cit., p. 168.

<sup>(36)</sup> « Non bisogna [...] dimenticare che i giuristi sono, per loro natura, conservatori, perché nella rivoluzione non possono non scorgere il fatto che nega il diritto, e sovverte l’ordine costituito ». L’osservazione è di Cesarini Sforza, *Gli studi di diritto pubblico*, cit., p. 255.

crisi poteva essere, non solo e non tanto stemperata, ma appunto convertita, sospinta in direzioni appaganti, proprio se filtrata dallo sguardo ordinante del giurista. Quella crisi, cioè, poteva non spuntare le armi dell'interprete, ma affilarle, solo se fosse stata vissuta come occasione complessiva di arricchimento del corredo di coordinate interpretative: l'alternativa insomma non correva tra lo sfinimento della usuali categorie ermeneutiche e la perdita di specificità del discorso giuridico; anzi di quel discorso andava sfruttato per intero il privilegio raro del rigore, quel discorso andava stimolato, riportato ad una vocazione 'comprensiva', nella consapevolezza che ogni atteggiamento rinunciatario equivaleva, nella sostanza, ad una ammissione di impotenza.

Il punto di svolta, anche su questo fronte specifico, poteva essere rappresentato dalla dimensione comunitaria del diritto: per sua natura 'integrale', refrattaria ad ogni logica di spartizione, la negletta dimensione comunitaria poteva 'salvare' la cultura giuridica dal rischio di dispersione della specificità del proprio statuto per garantire ad esso, e simultaneamente, centralità ed autonomia. Centralità nella misura in cui la scienza giuridica avesse rivendicato per sé atteggiamenti inclusivi, orientati alla predisposizione di intelaiature ordinanti disposte appunto a comprendere, senza esclusioni pregiudiziali, la complessità dei lieviti ambientali circostanti; e autonomia nella misura in cui si fosse riusciti a capire che proprio nella capacità di organizzare quei lieviti prefigurando le tipologie di potere con essi compatibili, risiedeva il *quid proprium* del discorso giuridico e con esso le ragioni della sua irrinunciabilità <sup>(37)</sup>.

### 3. *Il corporativismo come progetto di equilibrio*

A servire era, come chiaro, il terreno su cui verificare le proprie

---

<sup>(37)</sup> Sul punto v. P. Costa, *La giuspubblicistica dell'Italia unita: il paradigma disciplinare*, in A. Schiavone (a cura di), *Stato e cultura giuridica dall'Unità alla Repubblica*, Laterza, Roma-Bari 1990, pp. 95-96; con riferimento specifico a Cesarini Sforza, il problema della salvaguardia dello statuto epistemologico della scienza giuridica è affrontato sempre da Id., *Widar Cesarini Sforza: 'illusioni' e 'certezze' della giurisprudenza*, in «Quaderni fiorentini», 5/6, 1976-77, specialmente pp. 1048 sgg.

attitudini progettuali, su cui misurare la tenuta dei propri obiettivi. Meglio se si trattava di un « terreno ancora vergine »<sup>(38)</sup>, di una zona teorica praticamente inesplorata capace, come tale, di conferire all'interprete il senso dello spazio aperto e con esso la possibilità di assumere il più liberamente possibile la decisione fondamentale sugli scopi, sugli obiettivi. Ed è questo il ruolo che l'idea corporativa gioca sia in Mossa che in Cesarini: interpretata sempre a livello « macro »<sup>(39)</sup>, di quell'idea convince soprattutto la possibilità di assicurare un angolo di osservazione prospettico, capace, per un verso, di comprendere tutte le variabili delle nuove equazioni di equilibrio e, per l'altro, di concedere al giurista adeguati margini di manovra sul fronte specifico dei 'punti di vista', delle modalità di rappresentazione e immissione delle grandezze incaricate appunto di produrre equilibrio. E le grandezze su cui Mossa e Cesarini lavorano per la prefigurazione di un equilibrio sensibile alle ragioni della privatezza sono sostanzialmente tre: la scienza giuridica, lo Stato, l'economia.

Se lo snodo cruciale è rappresentato, come si intuisce, dal problema dello Stato, il riferimento all'economia e alla scienza giuridica diventava una delle vie per effettuare la scelta sulle caratteristiche da attribuire al momento autoritativo. Sfruttare l'occasione corporativa per Mossa e Cesarini è infatti anche il modo per spostare il fuoco dell'indagine sulla « vita sociale » e sulla « storia »<sup>(40)</sup>, sul diritto così come offerto « dall'astuccio della esistenza sociale »<sup>(41)</sup>, ed è il modo per riabilitare il valore della dogmatica giuridica anche (soprattutto) in tempo di crisi, quando non può coincidere con la dogmatica del solo diritto ufficiale<sup>(42)</sup>. Perché quello corporativo

---

<sup>(38)</sup> Cesarini Sforza, *Gli studi di diritto pubblico*, cit., p. 253.

<sup>(39)</sup> G. Vardaro, Introduzione in Id. (a cura di), *Diritto del lavoro e corporativismi in Europa: ieri e oggi*, Angeli, Milano 1998, p. 20.

<sup>(40)</sup> « Il laboratorio della scienza del diritto è la vita sociale o la storia »; così Cesarini Sforza, *Lezioni di teoria generale*, cit., p. 28.

<sup>(41)</sup> Mossa, *I problemi fondamentali*, cit., p. 16.

<sup>(42)</sup> « La dogmatica — nota Mossa — è di regola la dogmatica del diritto ufficiale », in Id., *Modernismo giuridico*, cit., p. 37. Val la pena notare come le stesse 'aperture alla politica', cui ci si riferiva poco sopra, siano sempre connesse, in Mossa e in Cesarini, al bisogno di tutelare, arricchendola di nuovi suggerimenti, l'autonomia del discorso giuridico. A tal fine, non bastava sottolineare il valore 'politico' della legge (cfr. W. Cesarini Sforza, *La crisi delle fonti*, in « Archivio giuridico »,

era infatti un terreno vergine e insieme minato, pericolosamente aperto, come sopra si accennava, a sperimentazioni istituzionali arroganti, radicalmente insensibili al valore dell'«esterno», dell'«altro» rispetto allo Stato. Per cui «mai come oggi», dice Mossa, «col crescente monopolio della vita sociale da parte dello Stato, l'opera del giurista è stata necessaria»<sup>(43)</sup>: ed è al giurista — gli fa eco

---

XCIII, 1936, pp. 19 sgg.) ed il carattere riduttivo di una considerazione meramente legalistica del fenomeno giuridico, ma si doveva specificare ulteriormente l'obiettivo sotteso alla valorizzazione del giurista nella costruzione del nuovo ordine corporativo. Se infatti il riferimento alla scienza giuridica (come alla giurisprudenza) poteva spiegarsi — è il caso dei nostri autori — col bisogno di arginare i rischi di una integrale conversione pubblicistica dell'ordinamento, il riferimento alle «forze sapienziali» del diritto poteva anche affondare le proprie motivazioni in ragionamenti di segno diametralmente opposto. In tal senso è assai lucido il discorso del Guardasigilli De Francisci tenuto nel 1932 al primo congresso giuridico italiano: la dogmatica tradizionale, dice De Francisci, si fonda sopra «un processo dialettico che prescinde dalla storia, e da ogni contenuto concreto, riducendo tutto il diritto a una forma», per cui spetterà «all'interprete e al giudice» di garantire «l'efficacia del diritto», mantenendolo in costante contatto con l'ambiente in cui deve trovare applicazione. Solo che a decidere di tale criterio di congruenza tra diritto e vita è esclusivamente la dimensione politica, intesa come zona delle insindacabili e unilaterali decisioni statuali. In questa luce, il riferimento a dottrina e giurisprudenza non si lega all'esigenza — che aveva accomunato in Europa varie scuole «eretiche» — di contestare il monopolio statale del diritto, ma a quella, opposta, di potenziarlo anche attraverso la astuta richiesta di prestazioni a forze dotate di maggiore versatilità ed agilità rispetto alla legge. Nel discorso di De Francisci è infatti assai chiaro il valore che si riconosce alla direttiva di Regime, come l'unica idonea a stabilire le finalità dell'ordinamento e l'unica capace di legittimare la collaborazione interprete-legislatore. Il riferimento è a P. De Francisci, *Per la formazione della dottrina giuridica italiana*, in «Rivista di diritto pubblico», XXIV, 1932, rispettivamente p. 584 e pp. 588-89. Nella stessa direzione anche le osservazioni di B. Donati, *Fondazione della scienza del diritto*, Cedam, Padova 1929, specialmente le pp. 170 sgg.; anche in questo caso la contestazione dell'identità diritto-regola formale (pp. 62 sgg.) è infatti funzionale ad incrementare il tasso di statualità dell'intero ordinamento e non a «ridurlo». E fu soprattutto il terreno della progettazione corporativa quello in cui «trovò esplicazione» — le parole sono di Toraldo di Francia — la politica culturale del fascismo nei confronti degli intellettuali di formazione giuridica, ai quali si proponeva di ricoprire una propria funzione sociale partecipando, nella duplice veste di «produttori di ideologia» e di «tecnici», «esperti», alla costruzione (immaginaria) del nuovo Stato». Le osservazioni sono tratte da Toraldo di Francia, *Per un corporativismo*, cit., p. 270.

<sup>(43)</sup> Mossa, *Modernismo*, cit., p. 31.

Cesarini — che spetta la ricerca di soluzioni che sono davvero giuridiche nella misura in cui sappiano pensare l'ordine attraverso l'equilibrio, attraverso l'incontro equilibrato fra l'*ego* e l'*alter* (44).

Allora concentrarsi sulle caratteristiche della dinamica economica, partire da lì, dall'osservatorio economico, era un modo per collocare la nuova fisionomia statale nella zona delle risultanti, degli esiti di potere necessari se (e finché) partecipi, sia pure in posizione protagonista, di una rete di rapporti tessuta da molteplici interlocutori.

Certo a sollecitare la scelta del punto di vista stanno le dimensioni imponenti assunte dalla dinamica economica, sta la consapevolezza di come siano state esigenze essenzialmente economiche a determinare la coagulazione degli individui intorno a formazioni collettive, ma sta soprattutto la percezione dell'intervento statale in un'area che si era voluta riservata agli scambi 'paritari' tra privati. Ed è qui che l'economia diventa il punto di attacco per un discorso più ampio sui poteri, tanto per il commercialista Mossa, per la sua trascinate enfasi 'onnieconomica', come per Cesarini che pure tiene a limitare l'incidenza della riforma corporativa ai soli aspetti economici della vita associata (45). Ma si trattava, in fondo, della strategia più radicale per ribadire il valore costituzionale della dimensione economica: poiché specialmente ad essa si era chiesto, nel paradigma liberale classico, di segnare le condizioni di incontro tra privato e pubblico, circoscrivere entro confini 'economici' la dinamica corporativa equivaleva ad imporre a quell'incontro nuove e precise condizioni di legittimazione. Equivaleva cioè a formulare un'opzione di aggiornamento degli equilibri tradizionali, chiedendo, da un lato, che il paradigma giuridico continuasse a svilupparsi intorno agli estremi noti, all'individuo e allo Stato, e, dall'altro, che quegli estremi continuassero a trovare nelle ragioni dell'economia le basi della loro alleanza.

Ed è proprio a partire da qui, da queste considerazioni, che è possibile sciogliere l'apparente contraddittorietà di alcune affermazioni cesariniane: « potrà sembrare un paradosso — dice Cesarini —

---

(44) Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, cit., p. 9.

(45) Id., *Corso di diritto corporativo*, quarta edizione, Cedam, Padova 1935, p. 6.

ma è innegabile che allo Stato politico autoritario non corrisponde, né può corrispondere, in quanto esso è Stato corporativo, una economia autoritaria. Corporativismo non significa autoritarismo economico » (46). L'organizzazione della vita economica « non può essere imposta totalitariamente dall'alto, bensì deve svilupparsi secondo le esigenze della vita economica, secondo i problemi dell'equilibrio che questa pone di continuo » (47). Ma contemporaneamente: « solo uno Stato forte come quello fascista poteva proporsi [...] di dominare sistematicamente le forze economiche che si agitano nella vita della Nazione » (48); e ancora: il corporativismo « avrà a che fare con uomini vivi, non con pezzi di macchine, con volontà umane, non con forze naturali: proprio questo porre in primo piano la volontà [...] è una delle caratteristiche della concezione corporativa » (49).

Dove, si intuisce, il privato coinvolto nel rapporto col pubblico era ancora quello 'attivo', identificato dalla autonomia della volontà, era l'individuo libero perché protetto dalla zona « sacra » (50) della libertà economica. Certo non era più solo il « borghese proprietario di immobili » (51), adesso c'erano interi 'eserciti di produttori' (52) da organizzare, ma ciò non bastava, come vedremo, a revocare in dubbio la morfologia liberale del « dominio sociale » (53). Che poi individuo e Stato potessero continuare a 'cercarsi' e a riconoscersi vicendevolmente nella veste di entità autonome, capaci di strutturarsi compiutamente come poteri, solo accettando di misurarsi con la obiettiva complicazione della dinamica giuridica, era ovvio: aggiornare non significa infatti parafrasare le vecchie formule di convivenza, significa piuttosto individuare le strade, queste sì fino in

---

(46) Id., *Gli accordi economici nell'economia corporativa* (1939), in Id., *Il corporativismo come esperienza*, cit., p. 257.

(47) Ivi, p. 258.

(48) Id., *Corso di diritto corporativo*, cit., p. 25.

(49) Id., *Individuo e Stato*, cit., p. 166.

(50) Id., *Corporativismo e scienza del diritto* (1932), in Id., *Il corporativismo come esperienza*, cit., p. 160.

(51) Id., *Il libro del lavoro*, cit., p. 271.

(52) Id., *Diritto corporativo vecchio e nuovo* (1942), in Id., *Il corporativismo come esperienza*, cit., p. 291.

(53) Costa, *Widar Cesarini Sforza*, cit., p. 1066.

fondo nuove, idonee a mantenere (il più possibile) inalterato il precedente sistema dei fini.

Se invece si toccava quel sistema, per esempio leggendo nell'« infecondo spirito di neutralità della giurisprudenza liberale »<sup>(54)</sup> il segno chiaro di scelte, di una scelta di indifferenza per la sorte della soggettività giuridica oltre la discriminante *lato sensu* proprietaria, si ricavano indicazioni di equilibrio profondamente diverse. Ed è quanto fa Mossa, caso unico tra i giuristi del suo tempo, quando decide di insistere sul problema della giustizia sociale<sup>(55)</sup>, quando connette la richiesta di diritto al bisogno di contrastare la forma tutta nuova di perversione del potere rappresentata dalla concentrazione. La concentrazione, del potere economico come del potere politico, azzerava integralmente il valore della individualità, esclude che il protagonismo sociale possa essere un fatto individuale, sia pure degli individui 'attivi'. Per questo in Mossa il problema della

---

<sup>(54)</sup> L. Mossa, *Il diritto del lavoro, il diritto commerciale ed il codice sociale*, in « Rivista del diritto commerciale », XLIII, 1945, p. 63.

<sup>(55)</sup> Si veda, ad esempio, Id., *Modernismo giuridico*, cit., p. 35 e Id., *Influenza del diritto della economia sui dogmi ed istituti giuridici tradizionali*; è questo il titolo di un'altra delle conferenze tenute nel 1934 a Santander e ora leggibile, come le altre, in Id., *L'impresa nell'ordine corporativo*, cit., p. 131. Ancora nel '51, forse indispettito dalle tante letture 'tecnico-formali' fornite dai giuristi sulla vicenda politico-giuridica fascista, Mossa continuava a contestare la riduzione delle crisi del diritto a mere crisi della legalità o della giurisprudenza: « Crisi del diritto, anzitutto non è che una manifestazione di ordine materiale e spirituale, che testimonia uno *squilibrio*, una frattura profonda e di superficie di quella essenza della società umana che è la giustizia »; ancora: « Noi vogliamo, di conseguenza, escludere, nella crisi del nostro tempo, un isolamento del diritto dalla giustizia » perché « non si può confondere il diritto con la legge, la giustizia con la legalità, e non si può parlare di crisi del diritto se si vuole semplicemente parlare di crisi della legge e della legalità »; così Id., *La crisi del diritto in Europa*, in « Nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale », I, 1951, rispettivamente p. 211 e p. 212. Ed è il 1951 l'anno in cui la Facoltà giuridica patavina dedicò alla crisi del diritto una serie di conferenze, poi raccolte in volume nel 1952 (*La crisi del diritto*, Cedam, Padova 1952), ma sul punto, v. P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè, Milano 2000, specialmente le pp. 139 sgg. e 275 sgg.; sull'eterodossia della valutazione mossiana in ordine alle responsabilità della scienza giuridica durante il fascismo, v. da ultimo P. Cappellini, *Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in « Quaderni fiorentini », 28, 1999, I, specialmente le pp. 244 sgg.

giustizia sociale coincide essenzialmente con l'aspirazione a soluzioni organizzative di tipo comunitario: a rilevare non sono soltanto le predilezioni ideologiche del 'solidarista sincero' <sup>(56)</sup>, ma l'intuizione profonda che solo un ordinamento sensibile al valore dell'organizzazione sociale possa scongiurare rischi di interventi rapaci ai danni dell'individuo, dell'estremità debole della catena dei poteri.

L'alternativa agli automatismi non sono gli equilibri parziali di cui parla Cesarini, ma gli 'schiacciamenti tragici' <sup>(57)</sup>: non è vero, per Mossa, che la vita economica riesce a trovare « in se stessa », « attraverso discipline spontanee » solo rimedi « limitat[i] e parziali » <sup>(58)</sup>. Il problema non sta nella carente capacità di integrazione dimostrata dal gioco economico lasciato a se stesso come non sta nella conseguente aspirazione ad uno Stato che lavori sui presupposti <sup>(59)</sup> delle scelte economiche. Questo è lo Stato corporativo di Cesarini, è lo Stato sollecitato ad intervenire attivamente per preparare il terreno, per rinnovare lo spazio delle scelte libere, inteso come spazio rigorosamente individuale, riservato ad un soggetto che determina *ad libitum* i fini delle proprie azioni. Con la differenza che ora, con l'ingigantirsi e il complicarsi delle modalità della vita economico-sociale, di Stato c'è più bisogno perché è più forte la richiesta di un potere coordinante <sup>(60)</sup>, chiamato a rispettare e a far rispettare delimitazioni ritenute fondamentali.

Il corporativismo cesariniano non descrive infatti un movimento compositivo, di progressiva ascesa dall'interesse individuale a quello generale, il transito dall'una all'altra visuale essendo invece possibile

<sup>(56)</sup> Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 198; sul punto v. anche Id., *Itinerari dell'impresa*, in « Quaderni fiorentini », 28, II, 1999, pp. 999 sgg.

<sup>(57)</sup> Mossa, *Il diritto del lavoro, il diritto commerciale*, cit., p. 74.

<sup>(58)</sup> Cesarini Sforza, *Gli accordi economici*, cit., p. 258.

<sup>(59)</sup> Lo Stato, dice Cesarini, garantisce il « massimo di obbiettivizzazione e di normalizzazione dei presupposti delle scelte economiche », in Id., *Libertà contrattuale e ordine corporativo*, cit., p. 223.

<sup>(60)</sup> La stessa nozione di interesse generale nasce, per Cesarini, con lo Stato moderno, perché « solo nello Stato moderno la *coordinazione* è possibile, perché lo Stato moderno si afferma come organismo-limite, che comprende in sé altri organismi e beni ed interessi particolari e tutti li subordina al bene e all'interesse proprio, che è l'unico di valore assoluto »; così Id., *Per la storia dei rapporti fra Stato e corporazioni* (1938), in Id., *Il corporativismo come esperienza*, cit., p. 247.

solo attraverso un processo di entificazione, di astrazione-separazione dalle posizioni particolari <sup>(61)</sup>. Da un lato l'interesse privato, di esclusiva pertinenza individuale, dall'altro l'interesse generale, a definizione esclusivamente e rigorosamente statale, « lo vogliono » i singoli « o non lo vogliono » <sup>(62)</sup>, ed un *no bridge* <sup>(63)</sup> a sanzionarne l'impossibile intersezione. Quella dell'entificazione è quindi, sotto il profilo specifico delle richieste di equilibrio, la risorsa teorica capace di garantire che l'integrazione, di cui il corporativismo si fa promotore, non equivalga alla sottrazione di spazi giuridici, né, soprattutto, alla alterazione della loro qualità. Era insomma la risorsa per mantenere privato e pubblico nella tradizionale posizione di 'esternità' e per rintracciare nella zona 'nuova' del collettivo un fondamentale dispositivo di equidistanza. Se infatti « la distinzione tra privato e pubblico ha di indiscutibile » la « ineliminabile variabilità del punto di vista, rispettivamente soggettivo ed oggettivo, dal quale gli interessi possono essere definiti » <sup>(64)</sup>, è anche vero che il diritto secondo il quale vivono le formazioni collettive è più che privato e meno che pubblico <sup>(65)</sup>.

Esiste quindi uno snodo della convivenza sociale che rende pensabile una coabitazione tra autonomia ed eteronomia, una zona in cui « l'obbiettivizzazione degli interessi si ferma, per dir così, a mezza strada » <sup>(66)</sup>, in cui « non si verifica l'assoluta contraddizione tra l'interesse dello Stato e l'interesse del singolo individuo che caratterizza i rapporti di diritto pubblico » <sup>(67)</sup>. « La cosa [poi] non cambia — dice Cesarini — se la definizione degli interessi collettivi è fatta, invece che dalla collettività medesima [...] dallo Stato, quel

---

<sup>(61)</sup> *Ibidem*. L'interesse generale — nota Cesarini — « sorge solo allorché la comunità o il corpo sociale vengono idealmente separati dai loro singoli componenti, e concepiti come entità che hanno una vita indipendente da quella dei singoli. Questa entificazione sta alla base del concetto moderno della personalità giuridica »; v. anche Id., *Preliminari sul diritto collettivo*, cit., p. 193.

<sup>(62)</sup> Id., *Studi sul concetto di interesse generale* (1935), in Id., *Il corporativismo come esperienza*, cit., p. 145.

<sup>(63)</sup> Ivi, p. 129.

<sup>(64)</sup> Id., *Il libro del lavoro*, cit., p. 273.

<sup>(65)</sup> *Ibidem* e Id., *Preliminari sul diritto collettivo*, cit., p. 189.

<sup>(66)</sup> Id., *Preliminari sul diritto collettivo*, cit., p. 193.

<sup>(67)</sup> Id., *Il libro del lavoro*, cit., p. 274.

che importa, perché possa parlarsi di interesse collettivo anche in tal caso »<sup>(68)</sup> è che, appunto, non si verificchino le ipotesi di conflitto tipiche della dinamica privato-pubblico. Se quindi l'equilibrio coincide, in Cesarini, col rispetto delle distanze, questo era il modo per ricordare allo Stato le direzioni in cui poteva esplicarsi il suo compito equilibrante: in direzione privata, gli interventi pubblici dovevano continuare a svolgersi lungo la linea 'esterna' della lotta<sup>(69)</sup> o della richiesta<sup>(70)</sup>; sul fronte collettivo era invece ammissibile, come si è visto, una presenza 'condizionata' dello Stato. E se qui assumono particolare rilievo le ragioni dell'economia, la prima forma di aggregazione ad assumere visibilità sarà l'impresa, una struttura collettiva, come tale raggiungibile dalla disciplina statale, anche se non riducibile ad un sistema di determinazioni integralmente eterodirette. È infatti dall'impresa, come realtà organizzativa ad origine privato-sociale, che partono i nuovi *input* di razionalizzazione della dinamica economica, è all'interno dell'impresa che nasce la indispensabile coscienza della complementarità<sup>(71)</sup> delle funzioni produttive ed è sempre l'impresa ad aver bisogno, *ad externum*, di una prestazione statale rinnovata, capace di assegnare all'attività produttiva finalità congruenti con gli interessi generali.

Lo Stato corporativo di Cesarini è infatti quello che, sfruttando la visuale ampia della sua posizione dominante, assicura l'« integrazione di tutti gli equilibri particolari fino a raggiungere l'equilibrio totale che importa la razionalizzazione del mercato su scala nazionale »<sup>(72)</sup>; non è insomma lo Stato corporativo di Mossa, non è lo Stato che, finalmente capace di farsi carico di un equilibrio giuridico perché *giusto*, si erge a « vigile guardia contro gli abusi dell'econo-

---

<sup>(68)</sup> *Ibidem*.

<sup>(69)</sup> Id., *Proprietà e produzione nell'impresa agraria*, in « Rivista di diritto agrario », XX, 1941, p. 142.

<sup>(70)</sup> « Ma l'intervento statale, almeno nel campo del diritto privato, bisogna che sia *chiesto*: esso è, dunque, soltanto un mezzo formale di tutela di quella giuridicità sostanziale che la volontà privata pone in essere »; l'osservazione è tratta da Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, cit., p. 8.

<sup>(71)</sup> Id., *Libertà contrattuale*, cit., p. 211.

<sup>(72)</sup> Id., *Gli accordi economici*, cit., p. 257.

mia »<sup>(73)</sup>. Ciò che serve, per Mossa, è soprattutto un potere capace di *scegliere*, « consapevole dei suoi scopi »<sup>(74)</sup>, capace di dirigere ed « organizza[re] giuridicamente l'economia »<sup>(75)</sup>, uno Stato che deve saper distinguere, per sé e per i movimenti che ha di fronte, tra organizzazione e concentrazione, tra potere e forza<sup>(76)</sup>.

In Mossa 'organizzazione' e 'comunità' sono le risorse indispensabili a descrivere la nuova fisiologia dei poteri, di quello statuale come degli altri, perché la comunità che si organizza è un centro sensibile al valore dell'esterno, dei propri interlocutori, mentre la concentrazione, esprimendo la tentazione 'egocentrica'<sup>(77)</sup> del Novecento, riesce solo a produrre fratture e crisi. Non solo; è a partire dalla zona comunitaria che diviene possibile calare le presenze giuridiche nella dimensione intersoggettiva della scelta e delle responsabilità di condotta ad ogni scelta inevitabilmente legate. La logica di relazione è infatti una logica che costringe a scegliere, ad individuare i fini delle proprie azioni, con la conseguenza non banale di imporre l'ingresso, nei processi di definizione — e soprattutto di legittimazione — delle presenze giuridiche, dell'elemento nuovo, connettivo, della giustificazione<sup>(78)</sup>. Se il precedente 'equilibrio da separazione' trovava infatti il suo indispensabile puntello nella ca-

<sup>(73)</sup> Mossa, *Nozione e presupposti*, cit., p. 28. Le norme corporative, per Mossa, « sono sorte per prevenire, con una manifestazione formale solenne, gli abusi del potere economico nella formazione degli usi e realizzare il più *giusto* diritto dell'economia », Id., *Trattato*, cit., p. 120.

<sup>(74)</sup> Id., *Trattato*, cit., p. 48.

<sup>(75)</sup> Id., *Nozione e presupposti*, cit., p. 23.

<sup>(76)</sup> Si segnalano al riguardo le pagine che Capograssi scrive nel 1921 e nelle quali è ben reso lo smarrimento del confine tra dimensione giuridico-politica e dimensione economica, e la conseguente perdita di validi criteri di distinzione tra potere e forza: « il mondo economico — dice Capograssi — [...] celebra ed integra la conquista che ha fatto della società con la piena conquista dello Stato [...]; la conquista dello Stato diventa l'episodio e lo scopo più drammatico della lotta economica. [...] Così accade che lo Stato si accresce infinitamente e si deprime infinitamente », diviene forte, fortissimo ma allo stesso tempo fragile perché espressione di un predominio specifico, settoriale, che ne altera il senso dell'autorità. I riferimenti sono tratti da G. Capograssi, *Riflessioni sulla autorità e la sua crisi* (1921), in Id., *Opere*, cit., vol. I, p. 320.

<sup>(77)</sup> Mossa, *Influenza del diritto della economia*, cit., p. 114.

<sup>(78)</sup> Sul punto, sono chiarissime le osservazioni di G. Capograssi, *La nuova democrazia diretta* (1922), in Id., *Opere*, cit., vol. I, p. 450.

ratura seccamente autoreferenziale <sup>(79)</sup> dei poteri in esso compresi, adesso quegli stessi poteri tendono ad assumere una curvatura funzionale, a collocarsi nell'area emergente delle condotte vincolate nel fine.

Se il nuovo ha da essere diverso dal vecchio, se gli equilibri classici si sono rivelati 'labili' <sup>(80)</sup>, la chiave di accesso alla stabilità dovrà riposare, per Mossa, sull'ingranarsi' <sup>(81)</sup>, su un processo capace di far risultare le nuove indicazioni di rapporto privato-pubblico dalla « felice combustione » <sup>(82)</sup> dei due universi, dal bisogno di ripensarne la diversità a partire dalla struttura, dal nucleo identitario più profondo. Per questo non poteva essere risolutiva una « socializzazione fredda » <sup>(83)</sup>, giocata ancora una volta solo sugli 'esterni', sulla logica delle alternative, della suddivisione degli spazi giuridici: l'equilibrio non può essere l'esito di un gioco di resistenze rispetto al quale il contatto è pensabile solo nella veste, appunto esterna, dell'intervento, della deviazione da percorsi normalmente autonomi.

In questo quadro, ricondurre, come fa Mossa, ad un moto di 'relativizzazione dei diritti' <sup>(84)</sup> il significato più profondo del 'nuovo' serve a rendere sostanziale l'indicazione metodologica, troppo spesso sfruttata con superficialità, della natura sociale del diritto. Socialità del diritto per Mossa è in primo luogo ripudio delle sublimazioni <sup>(85)</sup> ottocentesche, del culto degli assoluti: dello Stato, perché « la statolatria sopprime la libertà e l'iniziativa creatrice

---

<sup>(79)</sup> Si veda, ad esempio, S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1909), in Id., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano 1969, p. 7.

<sup>(80)</sup> Mossa, *Trasformazione dogmatica e positiva della proprietà privata*, in *La concezione fascista della proprietà privata*, a cura della Confederazione fascista dei lavoratori dell'agricoltura, s.e., Roma 1939, p. 255.

<sup>(81)</sup> È questo un vocabolo ricorrente nel lessico mossiano, ben capace di descrivere la direzione auspicata del cambiamento, di un cambiamento che riusciva ad esser tale solo se orientato a connettere, a intersecare piani fino ad allora percepiti come distanti. Si veda, ad esempio, Mossa, *Nozione e presupposti*, cit., p. 95.

<sup>(82)</sup> Id., *Trattato*, cit., p. 183.

<sup>(83)</sup> Id., *Trasformazione dogmatica*, cit., p. 258.

<sup>(84)</sup> Ivi, p. 253.

<sup>(85)</sup> Id., *Nozione e presupposti*, cit., p. 91.

nell'individuo non meno che nei gruppi sociali »<sup>(86)</sup>, e dell'individuo, perché è « questo il momento nel quale il diritto privato viene confuso col diritto individualistico e relegato nella reazione. È questo ancora il momento nel quale l'entusiasmo verso uno Stato, che assolve i suoi compiti di fronte al lavoro e all'economia, fa sì che non si distingua più fra individuo e stato, e qualunque fenomeno giuridico, diventi orgoglioso diritto pubblico »<sup>(87)</sup>.

Ed è sempre per questo che l'impresa, la comunità di impresa, assume in Mossa un valore ultraeconomico per collocarsi tra le premonizioni complessive di una nuova strutturazione dei poteri. E se « l'entusiasmo »<sup>(88)</sup> del neofita espone costantemente Mossa al rischio di eccessi prognostici<sup>(89)</sup>, ciò deriva dal fatto che l'impresa è chiamata, nel suo pensiero, ad esprimere il punto di conversione in senso comunitario delle condotte private e pubbliche ed il punto a partire dal quale il diritto privato arricchisce le proprie prerogative del valore 'nuovo' dell'organizzazione. Non era semplicemente la strada per corroborare, adeguandola ai tempi, la tradizionale nozione di soggettività privata, sostenuta e protetta, ora, dalla forza dell'aggregazione. Il senso del collettivo per Mossa non sta solo nella maggior robustezza espressiva derivante dall'unione, ma nella capacità di modificare *ab intus* le stesse situazioni giuridiche private.

Natura sociale del diritto significa infatti « riconoscimento che il diritto ha fondo sociale nel sorgere, non meno che nel suo esercizio »<sup>(90)</sup> con la conseguenza che la stessa privatezza si struttura, fin dall'origine, come realtà comunitaria, di interdipendenze. Ed è una realtà, per questo, responsabilizzante: « chi nega l'evenienza degli

<sup>(86)</sup> *Ibidem*.

<sup>(87)</sup> *Ivi*, p. 96.

<sup>(88)</sup> Grossi, *Itinerarii*, cit., p. 1006 e *Id.*, *Scienza giuridica*, cit., p. 197.

<sup>(89)</sup> « Lo Stato italiano nella sua organizzazione attuale è *fondato per intero sulla vita dell'impresa*. [...] Lo Statuto corporativo dell'Italia, la Carta del Lavoro, è una disciplina dell'organizzazione di impresa nei rapporti di lavoro, non solo, ma nei rapporti con la società e con lo stato: istituzionali, in una parola. Dal campo amplissimo del diritto commerciale dove sorge, l'impresa esce a invadere *ogni ramo del diritto, privato o pubblico, a dominare ogni zona giuridica* »; così Mossa, *Il diritto alla impresa* (1927), in *Id.*, *L'impresa nell'ordine*, cit., pp. 61-62; di analogo tenore le considerazioni leggibili in *Id.*, *Influenza del diritto della economia*, cit., p. 126.

<sup>(90)</sup> *Id.*, *Trasformazione dogmatica*, cit., p. 253.

obblighi », di un diritto connesso ai doveri, « disconosce — per Mossa — il legame di necessaria interdipendenza che stringe fra loro gli uomini » <sup>(91)</sup> e così facendo si preclude l'accesso alla « piena maturità della formula [che] sta in questo, che ogni diritto riconosciuto, tanto più scende nella sfera del diritto individuale, tanto più è sociale e collettivo, tanto più è inalterabile e inviolabile » <sup>(92)</sup>. Il dovere diventa allora una risorsa connettiva, capace di salvare l'individualità dalla solitudine e dalla dispersione della propria consistenza perché il dovere non deriva da una imposizione *ab extra* ma dalla natura stessa del diritto come fatto di relazione. E ad esso non sfuggono, non devono sfuggire, le aree più gelosamente custodite della stessa privatezza: anche per quelle, anche per la proprietà, andava abbandonata la prospettiva 'esterna' del limite <sup>(93)</sup> e della repressione delle condotte abusive <sup>(94)</sup>; altrimenti « invece di giovare alla continuità della proprietà come sorgente inesauribile della vita individuale e collettiva » si finiva per « lavora[re] inconsciamente al suo annientamento » <sup>(95)</sup>.

La proprietà dei beni produttivi deve allora coincidere con l'impresa, con il dovere di impresa, la proprietà deve trasformarsi a partire dall'impresa <sup>(96)</sup>, perché la comunità non è, rispetto all'individuo, un 'esterno', ma il terreno più appropriato di coltura della sua stessa personalità, la zona autenticamente solidale con gli apporti costruttivi del privato rispetto alla complessiva configurazione dei poteri. Ed è quindi il primo e fondamentale puntello equilibrante: la comunità assicura infatti l'equilibrio ai suoi presupposti fondamentali, quello di essere il prodotto di un rapporto e di un rapporto rispettoso dell'autonomia e della libertà individuali, autentiche

---

<sup>(91)</sup> Id., *Influenza del diritto dell'economia*, cit., p. 116.

<sup>(92)</sup> Id., *Il diritto del lavoro*, cit., p. 45.

<sup>(93)</sup> Id., *Trasformazione dogmatica*, cit., p. 265.

<sup>(94)</sup> « L'ideale sociale non si rappresenta unicamente nelle forme negative dell'abuso del diritto, della inosservanza dei doveri corporativi, ciò che renderebbe infine il diritto della impresa un puro sistema di sanzioni » in Id., *Trattato*, cit., p. 183; si veda anche Id., *Trasformazione dogmatica*, cit.

<sup>(95)</sup> Id., *Influenza del diritto della economia*, cit., p. 116.

<sup>(96)</sup> Id., *Trasformazione dogmatica*, cit. p. 271 e anche Id., *Trattato*, cit., p. 61 e p. 172.

« legg[i] angular[i] »<sup>(97)</sup> degli ordinamenti avversi agli ‘isterilimenti’<sup>(98)</sup> delle definizioni d’ufficio dell’ordine<sup>(99)</sup>. L’impresa riesce quindi ad acquistare il valore di premonizione esaustiva del nuovo nella misura in cui sappia incarnare, rendendola visibile, l’aspirazione a soluzioni organizzative fortemente orientate in direzione sociale, verso l’interno come verso l’esterno. Essa deve innanzi tutto strutturarsi come realtà sociale, comunitaria: « conquista corporativa dell’impresa »<sup>(100)</sup> per Mossa vuol dire rifiutare che l’impresa al suo interno sia un fatto personale dell’imprenditore, l’ennesima insegna per rinnovare pericolose aspirazioni all’isolamento, pericolose professioni di insofferenza ai vincoli sociali<sup>(101)</sup>. Solo se incardinata nel gruppo, l’impresa riesce infatti a proiettare anche al di fuori il senso equilibrante dell’interdipendenza, conferendo spessore comunitario e non meramente ‘numerico’ alla società ‘esterna’, che fa affidamento sull’impresa e che all’impresa è legata da un rapporto responsabilizzante di doveri e diritti<sup>(102)</sup>.

E poi, certo, l’impresa trova lo Stato, l’altro termine necessario dell’equilibrio, ugualmente trasformato dalla sottostante organizzazione comunitaria della privatezza. Non si tratta, ancora una volta, di assumere il punto di vista ‘esterno’ del *quantum* di potere statale: quel potere, malgrado le varie favole ‘minimaliste’, non si è mai collocato ai margini del diritto privato<sup>(103)</sup>, semmai è stato solidale con certe direzioni di sviluppo del gioco sociale ed economico. Solo

---

<sup>(97)</sup> Id., *Modernismo giuridico*, cit., p. 53.

<sup>(98)</sup> Id., *Nozione e presupposti*, cit., p. 91.

<sup>(99)</sup> *Ibidem*.

<sup>(100)</sup> Id., *L’impresa nell’ordine nuovo*, cit., p. 172.

<sup>(101)</sup> Ivi, p. 171. « L’impresa — nota Mossa — va difesa, nel suo nucleo di interesse economico, collettivo e di lavoro, anche contro l’imprenditore, contro il gerente, contro il proprietario ». Sul necessario legame tra impresa e comunità di lavoro che al suo interno opera, v. Grossi, *Itinerarii*, cit., p. 1011.

<sup>(102)</sup> Mossa, *I problemi fondamentali*, cit., p. 20 e p. 23.

<sup>(103)</sup> « Il principio del secolo si era distinto, nel pensiero giuridico, per una sublimazione dello stato, dovuta alla affermazione politica dello stato moderno unitario e forte, dovuta al culto teorico di questa unità giuridica assorbente. Pure nelle concezioni correnti dello Stato liberale, l’esaltazione dello stato in confronto con l’individuo non era poca. Non foss’altro che per la forza che si mirava ad attribuire allo Stato per garantire la libertà economica dell’individuo »; così Mossa in *Nozione e presupposti*, cit., p. 91.

che ora quella complicità non pagava più perché espressione di un'alleanza giocata sugli 'esterni', su un patto di non belligeranza che, franando, non conosceva alternative alla lotta, alle fratture. La logica 'esterna' della forza era infatti l'unica opponibile tanto all'aggravarsi delle « iniquità »<sup>(104)</sup>, degli squilibri sociali connessi all'« estremo divenire del capitalismo »<sup>(105)</sup>, quanto all'incremento di potere delle organizzazioni economiche.

La struttura dello Stato allora riesce a trasformarsi in senso corporativo solo se disposta a conoscere i propri interlocutori, se disposta a prender parte, in funzione equilibrante, alla sottostante e complessa tela di interdipendenze. Si è detto prima che allo Stato spetta un compito di vigilanza, ma esso, nuovamente, non deve concretarsi nella forma 'esterna' della mera repressione, ma in quella partecipativa della scelta, dell'azione congruente ai fini dell'ordinamento. E se un ordinamento è pensabile solo nel rispetto della natura sociale del diritto, che lo Stato vigili — al limite anche per ragioni di autotutela — in primo luogo sulla consistenza autenticamente comunitaria dei poteri che ha di fronte e si attivi a garanzia di tale consistenza. Gli equilibri complessi infatti non richiedono sorveglianza, ma 'ingranaggio' di tutte le posizioni sociali in una « disciplina tipica ideata dallo Stato »<sup>(106)</sup>: la grande novità dell'esperimento corporativo — dice Mossa — non sta tanto nel « riconoscimento dell'esistenza di una normazione collettiva »; questo è un fenomeno « quanto mai naturale »<sup>(107)</sup> non appena ci si emancipi dalle varie mistificazioni legalistiche della modernità; il dato nuovo sta invece « nell'organizzazione totalitaria delle associazioni e nella loro inserzione nello stato »<sup>(108)</sup>. Dove l'indicazione, si

---

<sup>(104)</sup> Ivi, p. 89.

<sup>(105)</sup> Ivi, p. 85.

<sup>(106)</sup> Ivi, p. 95.

<sup>(107)</sup> Id., *Modernismo*, cit., p. 46.

<sup>(108)</sup> *Ibidem*. Sempre nella stessa sede (p. 45) nota Mossa: « L'organizzazione dei sindacati e delle corporazioni, è la costituzione degli organi che danno questo getto di norme, ma non è il punto di riferimento e di valore della fonte, che possiede virtù propria ed originaria »; o ancora: « La normazione corporativa è legge sociale, che nasce nel grembo dell'economia come nascono gli usi, che rivela come essi la coscienza di diritto dei gruppi o delle categorie, che attira, per la sua freschezza e per la certezza della manifestazione e per l'evidente sicurezza del diritto, il senso

capisce, è assai netta: lo Stato riesce a qualificarsi come potere, come potere 'attivo', solo se si organizza a partire dal dato comunitario allontanando anche da se stesso la tentazione 'appropriativa' della concentrazione. A legittimarlo, ed eventualmente ad opporgli resistenza, interverrà la comunità in tutte le sue molteplici sfaccettature: come fa, si chiede Mossa, la comunità della Germania nazional-socialista, che pure è interessata ad una valorizzazione della socialità del diritto, ad « esercitare le sue azioni, se non per il tramite dello Stato, in un paese nel quale non è organizzata in corporazioni? »<sup>(109)</sup>. Che quindi l'impresa rimanga *istituzione*, ordinamento giuridico *anche* nel rapporto con lo Stato<sup>(110)</sup>: se infatti si altera il

---

della più pronta applicazione. Essa è una *codificazione mobile*, mutevole, permeata di *equilibri* e temperamenti, ciò che la fa considerare sotto quell'aspetto di vita sociale che è proprio dell'uso»; così Id., *Trattato*, cit., pp. 126-27.

<sup>(109)</sup> Id., *Trasformazione dogmatica*, cit., p. 264; l'ordine corporativo, prosegue Mossa, « offre i mezzi e gli organi, in rappresentanza dei diritti ed interessi della comunità. La comunità non abbisogna, da noi, di rappresentanza di organi dello stato per interessi che sono *sociali nel senso della comunità* ».

<sup>(110)</sup> Si veda, ad esempio, Id., *Il diritto alla impresa*, cit., pp. 61-63; o ancora Id., *Il diritto del lavoro*, cit., p. 53 e Id., *Trattato*, cit., p. 110. Era questa, si intuisce, la lettura più 'temuta' della lezione romaniana; qui si vorrebbe solo segnalare la singolare posizione di Bottai, del giurista e dell'uomo di regime che ad una concezione corporativa non orientata in senso rigidamente statualistico partecipò sia in veste istituzionale — dal '26 al '32 fu, prima sottosegretario, poi Ministro delle Corporazioni — che di promozione culturale — è lui a fondare l'« Archivio di studi corporativi » e la Scuola superiore di studi corporativi a Pisa. Ed è sempre Bottai che, accettando di prefare *L'impresa nell'ordine corporativo* di Mossa, non esita a sostenere come « tra le pagine più vive » del libro vi siano « proprio quelle dedicate al modernismo giuridico »; e si trattava di un apprezzamento « sconcertante — l'osservazione è di Grossi — se si pone mente che è un gran gerarca del Regime a scriver[lo] », a formularlo in riferimento a pagine « eterodosse, ridondanti di attacchi violenti al diritto ufficiale ». Eppure lo stesso Bottai, negli *Studi* per Santi Romano, tracciando il profilo scientifico dell'insigne pubblicista, riconosceva come *L'ordinamento giuridico* rappresentasse un'indagine eccellente sull'« *essenza* » del diritto, inadeguatamente sfruttata da coloro « che hanno preteso di applicar[la] [...] al sistema sindacale e corporativo, proprio dello Stato fascista, [sistema nel quale] non v'è posto per associazioni che non ripetano dallo Stato stesso ogni loro diritto e potestà »; queste osservazioni si possono leggere in G. Bottai, *Santi Romano*, in *Studi giuridici in onore di Santi Romano*, Cedam, Padova 1940, vol. I, p. XVIII; mentre il riferimento alla prefazione dell'opera mossiana è tratto da Grossi, *Scienza giuridica*, cit., p. 180.

senso profondo, strutturale, di quella aggregazione, salta il fondamento stesso degli equilibri e si è costretti alla delega in bianco al potere pubblico, « si è costretti a identificare la comunità con lo Stato »<sup>(111)</sup>.

#### 4. *Gli equilibri e i dispositivi di sicurezza*

La teoria romaniana della pluralità degli ordinamenti giuridici trova così in Mossa un interprete non disposto a stemperarne la portata innovativa sul fronte cruciale del rapporto tra ordinamenti: la caratura istituzionale del diritto sociale non solo resta intatta, ma incide sul contenuto stesso della prestazione autoritativa, costituendone una fondamentale determinante. Mossa non si appoggia quindi alla soluzione — o alla scappatoia — dei ‘punti di vista’, della diversa consistenza attribuibile ai fenomeni giuridici in base all’angolo di osservazione assunto. L’intuizione di Romano, proprio in quanto fondata sul riconoscimento della « strutturale affinità »<sup>(112)</sup> dei vari

---

<sup>(111)</sup> Mossa, *Trasformazione dogmatica*, cit., p. 269. Sul punto, v. Grossi, *Itinerarii*, cit., pp. 1013-14.

<sup>(112)</sup> Costa, *La giuspubblicistica dell'Italia unita*, cit., pp. 110-11. Merita riportare un passo dello stesso testo romaniano attinente proprio al rapporto impresa-Stato: anche nel caso delle imprese — dice Romano — « si avranno piccole istituzioni, microcosmi giuridici, dei quali l'elemento personale, che dell'istituzione rappresenterà il *dominus*, potrà essere riassunto in un solo individuo, che però si integra con altri elementi, che, fusi assieme e coordinati, costituirà quell'unità che potrà chiamarsi un'azienda in senso ampio. *Questa sarà un'istituzione, pel suo diritto interno*, e, come tale, avrà un capo, un legislatore, dei sottoposti, proprie leggi, tutto un coordinamento di autorità e di ingranaggi amministrativi: sarà quindi un mondo giuridico a sé, completo nel suo genere e nei suoi fini. *Dal punto di vista del diritto statale* sarà qualcosa di ben diverso: o sarà scomposta nei rapporti più svariati che intercedono tra le persone che ne fanno parte, o, come unità sarà considerata un'*universitas rerum* o un complesso di attività e passività di un esercizio commerciale. Così, mentre il diritto dello Stato definirà la posizione del proprietario di questa azienda, la quale quindi sarà oggetto di un diritto di esso; per l'ordinamento interno di cui ci occupiamo, il proprietario può rimanere anche fuori dall'azienda medesima quando ad essa è preposto un capo diverso dal proprietario, e, ad ogni modo, quando questi ne assume il governo, quel che è decisivo non è il suo diritto di proprietà, ma la sua qualità di capo », così Romano, *L'ordinamento giuridico* (1918) rist., Sansoni, Firenze 1946, pp. 75-76. Ed era proprio questa la posizione che per Mossa andava respinta: « la scienza giuridica [...] non ha ancora colto il

ordinamenti, poteva infatti essere utilizzata come indicazione diagnostica polisensa: essa era un'istantanea eccellente che si poteva decidere di collocare nella sequenza prescelta, ed è quanto fa lo stesso Cesarini nel momento in cui le attribuisce la fondamentale funzione di monito ri-equilibrante.

Per Cesarini, come si è visto, il problema non è rappresentato dallo Stato in sé, ma dall'eventuale deviazione dalle condizioni di alleanza stipulate con la società. La preoccupazione era quindi di mettere al riparo il rinnovo dei patti dal rischio di invasioni di campo: chi infatti sceglie di non emanciparsi dalla logica 'esterna' della distanza sa di esporre le parti più 'deboli' del paradigma giuridico al pericolo di aggressioni ad opera del termine 'forte'. Puntare sull'equilibrio allora significava impedire allo Stato interpretazioni della propria missione corporativa nell'ottica dell'integrale conversione pubblicitica dell'ordinamento; e poiché la carta pluriordinamentale si prestava ad esser giocata anche in direzione totalitaria <sup>(113)</sup>, insi-

---

nuovo senso dell'impresa. Essa si muove sotto la grave mole romanistica, e non si accorge che parlare di *universitas*, in tempo di rivoluzioni, è davvero stupefacente. [...] L'ordine corporativo infatti suppone [...] una impresa unitaria e responsabile della propria vita. Presupposto della sua esistenza, è che essa sia dotata di autonomia per la sua struttura e la sua composizione. [...] I fautori dell'atomismo di impresa, gli scrittori che separano artificiosamente l'unità economica da quella giuridica, danno l'impressione di coltivare un diritto troppo puro, per essere vivo », in Mossa, *L'impresa nell'ordine nuovo*, cit., pp. 169-70. Analoghe manifestazioni di insofferenza per la perdurante tendenza a risolvere, dal punto di vista giuridico, il problema dell'impresa in quello della *universitas*, si possono leggere in Id., *Prospettive dell'impresa in diritto italiano e tedesco*, in « Nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale », III, 1953, p. 89 e in Id., *Trattato*, cit., p. 146.

<sup>(113)</sup> Molteplici potevano infatti essere le 'vie della concordanza', le vie per riportare nella traiettoria dell'ordine la percezione pluralistica romaniana: se « la coesistenza di ordinamenti giuridici discordanti in un medesimo mezzo storico implica — l'osservazione è di Del Vecchio — almeno virtualmente, una crisi », non era detto che la soluzione dovesse per forza essere cercata nell'area tradizionale dei rapporti tra grandezze giuridiche. Ed è quanto fa, ad esempio, Maggiore, voce totalitaria tra le più intransigenti, quando decide di collocare lo Stato al di là del diritto, nella zona 'franca' della potenza, della volontà di potenza. Che le formazioni collettive avessero « valore giuridico originario », non derivante loro dall'« inclusione nell'ordinamento giuridico statuale » per Maggiore era fuor di dubbio: solo « dal confondere una posizione storica con una posizione dommatica » si era infatti

stere, per un verso, sulla natura istituzionale delle formazioni collet-

---

potuta originare la concezione dello Stato come unico ordinamento giuridico. L'autorità dello Stato quindi non poteva né doveva spiegarsi rimanendo legati alla logica 'giuridica' del rapporto ma solo decidendo di collocare lo Stato stesso « fuori e sopra il diritto, perché lo Stato è forza e potenza », perché lo Stato fascista « rifiuta il diritto in quanto si pone come vincolo anziché come mezzo dello Stato », rifiuta che lo Stato possa condividere del diritto la dimensione ordinativa del limite, della individuazione di precisi e certi confini di azione. Ad aprirsi è, come si capisce, il capitolo relativo alla perdurante possibilità di ricorrere alla nozione di 'Stato di diritto' per la qualificazione dello Stato fascista. E si tratta evidentemente di un tema fuori dai limiti del presente saggio; qui ci basta rilevare come la posizione di Maggiore rinneghi anche la declinazione meramente formale, e perciò potenzialmente 'iper-statalistica', di *Rechtsstaat*, di uno Stato cioè che è 'di diritto' perché « agisce nella forma del diritto » (Costa, *Civitas*, 4, cit., pp. 247 sgg.). Ugualmente merita di esser ricordato in questa sede come il riferimento al modernismo giuridico che accomuna sia Mossa che Cesarini non sia mai connesso nel loro pensiero all'esigenza di svincolare la giuridicità dalla dimensione del limite; semmai quel riferimento valeva ad assegnare alla vita giuridica nuovi binari, e se si vuole nuovi criteri di delimitazione, capaci di restituirla alla sua funzione di strumento *effettivo* di governo di una convivenza. Serviva insomma ad arricchire l'orizzonte giuridico di nuovi punti di orientamento, non necessariamente legati alla norma formalmente posta e pertanto capaci anche di 'sorvegliarne' portata e applicazione. Si vedano, per esempio, di Mossa, *Modernismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 38 e Id., *I problemi fondamentali*, cit., p. 15 sgg.; « La fedeltà alla legge — nota Mossa nel saggio da ultimo citato — non è rinnegata [...] ma si domanda una fedeltà intelligente e condizionata allo scopo »; di Cesarini si può vedere *Il modernismo giuridico* (1912), in Id. *Vecchie e nuove pagine*, cit., vol. I, specialmente pp. 11 sgg. Sulla maggiore importanza che Cesarini, rispetto a Mossa, continua ad attribuire all'elemento formale nel diritto, soprattutto per ragioni di tutela dello statuto epistemologico della scienza del diritto, si rinvia a Costa, *Widar Cesarini Sforza*, cit. L'iniziale riferimento a Del Vecchio si può leggere in G. Del Vecchio, *Sulla statualità del diritto*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », IX, 1929, p. 15; mentre le osservazioni di Maggiore sono tratte da G. Maggiore, *L'ordinamento corporativo nel diritto pubblico*, in « Il diritto del lavoro », II, 1928, rispettivamente alle pp. 190 e 191; e da Id., *Lo Stato corporativo quale Stato di diritto*, articolo pubblicato nello stesso numero della rivista appena citata, p. 406. Per altro il riferimento a Maggiore vale a confermare quanto osservato alla nota 42: contestare il monopolio statale nella produzione del diritto e riconoscere contestualmente valore di fonti alle forze giuridiche misconosciute dal positivismo, non porta di necessità ad abbracciare posizioni teoriche sensibili ad una dislocazione pluralistica dei poteri. Ed è probabilmente in questa luce che può trovare spiegazione anche la 'riabilitazione' dell'equità di cui Maggiore si fa sostenitore e su cui si sofferma Grossi, *Scienza giuridica*, cit., pp. 143-44.

tive <sup>(114)</sup> e ricondurre, per l'altro, la legittimazione sovrana dello Stato al dato storico-empirico della maggior forza <sup>(115)</sup>, al fatto concreto del riconoscimento di una « volontà sociale preponderante » <sup>(116)</sup>, equivaleva a ricordare allo Stato il senso ed i limiti della sua funzione equilibrante. Nel rispetto dei compiti equilibranti assegnati allo Stato, si realizzavano anche i margini, lo si è visto prima, per rendere indifferente la definizione, autonoma od eteronoma, degli interessi collettivi, ma a condizioni di alleanza violate, Cesarini spiegava come potesse essere riabilitato persino l'arnese, squisitamente giusnaturalistico, del contratto <sup>(117)</sup> e come di esso ci si dovesse servire per ristabilire le giuste distanze da uno Stato asfissiante perché burocratico, perché immischiato in modo capillare e fastidioso nella vita dei privati e perciò lontano dai suoi 'alati' compiti equilibranti.

Se fino ad ora si è fatto a meno di specifiche puntualizzazioni temporali, a testimoniare del coerente sviluppo di un pensiero intorno ai temi prescelti, adesso serve una data. Per altro, trattandosi del 1942, è una data che si colloca al limite estremo del periodo considerato; non solo, se ne volessimo indicare altre, si collocherebbero addirittura oltre. Questo vale sia per Mossa che per Cesarini, per la loro fedeltà ad una certa idea del corporativismo, per la « intatta riserva vitale » <sup>(118)</sup> che ad essa si continua a riconoscere anche dopo il « bombardamento aereo a tappeto » <sup>(119)</sup> subito alla

<sup>(114)</sup> Si vedano, tra i tanti contributi cesariniani, in particolar modo, *Il diritto dei privati*, cit., *Preliminari sul diritto collettivo*, cit. e *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo*, cit.

<sup>(115)</sup> Id., *Il problema degli ordinamenti giuridici*, cit., p. 239.

<sup>(116)</sup> Id., *Volontà privata e autonomia*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », XVI, 1936, p. 126; nello stesso senso sono le osservazioni cesariniane leggibili ne *Il diritto dei privati*, cit., p. 12 e nelle *Lezioni di teoria generale*, cit., pp. 83 sgg.

<sup>(117)</sup> Id., *Sindacalismo e crisi dello Stato* (1919), in Id., *Vecchie e nuove pagine*, cit., vol. II, pp. 394-95. Di fronte al « carattere dispotico » della burocrazia statale, dice Cesarini, sarebbe bene far subentrare all'« incorporea volontà generale », il senso di un « accordo tra i titolari di una volontà sociale concreta e i loro amministratori », in modo che subentri un « rapporto sinallagmatico di diritti e di doveri ».

<sup>(118)</sup> Id., *Diritto corporativo vecchio e nuovo*, cit., p. 279.

<sup>(119)</sup> Mossa, *Stato del diritto del lavoro in Italia*, in « Nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale », I, 1951, p. 112.

caduta del fascismo. Ed era la fedeltà alla *loro* idea corporativa <sup>(120)</sup>, distante tanto dal tenore formale degli interventi normativi che pretesero di attuarla, quanto dalle sembianze concrete che essa assunse. Del corporativismo ‘realizzato’ si sono fatti entrambi una pessima opinione, perché l’idea corporativa non poteva non uscire snaturata dal contesto autoritario-burocratico del regime. Con Mossa che ne denunciava le strumentalizzazioni autoritario-patronali <sup>(121)</sup> e Cesarini che ne criticava la degenerazione burocratica <sup>(122)</sup>. E proprio nel 1942, Cesarini risponde alla delusione imponendo al corporativismo una singolare torsione, perfettamente

---

<sup>(120)</sup> O meglio, si trattava della lucida fedeltà tributata ai problemi che per il tramite dell’ordinamento corporativo si era pensato di affrontare, problemi che chiaramente non si erano dissolti con le operazioni di mera pulizia terminologica subite dall’ordinamento con la fine della dittatura. Si vedano, sul punto, W. Cesarini Sforza, *Il diritto collettivo e i sindacati*, in « Il diritto del lavoro », XXXIX, 1965, pp. 129 sgg.; val la pena riportare un passaggio di questo contributo a testimonianza di come Cesarini riconosca alla dimensione collettiva del diritto il ruolo di autentica camera di compensazione tra privato e pubblico: la scelta per l’obbligatorietà del sindacato, dice Cesarini, « dev’essere considerata — più che come modo di recezione totale e perfetto da parte dell’ordinamento statale, come sembra in apparenza — come la più completa negazione del diritto collettivo, non riconoscimento del *tertium genus* bensì soppressione di esso e insieme del *diritto privato* »; si veda anche Id., voce *Corporativismo*, in « Enciclopedia del diritto », vol. X, Giuffrè, Milano 1962, pp. 664 sgg. Per quanto concerne Mossa, si vedano, ad esempio, il già citato articolo del ’45 *Il diritto del lavoro, il diritto commerciale ed il codice sociale*; o ancora Id., *La crisi del diritto in Europa*, cit., p. 216, testo nel quale si contesta duramente il tentativo del fascismo di ‘bandire’ l’individuo dal diritto e di ridurre ogni operazione della vita quotidiana (persino quella di una « donna di casa che compra un’oca al mercato ») al diritto pubblico, a diritto di regime; infine si veda Id., *Stato del diritto del lavoro*, cit., specialmente le pp. 111-12. Per Mossa, di « esemplare coerenza » relativamente alla concezione sociale-comunitaria del diritto, parla Grossi, *Itinerari*, cit., p. 1007. Di particolare interesse sono poi le osservazioni di G. Cazzetta (*L’autonomia del diritto del lavoro nel dibattito giuridico tra fascismo e Repubblica*, in « Quaderni fiorentini », 28, 1999, II, p. 606) relative all’appiattimento del dibattito scientifico del secondo dopoguerra sul tema della ‘crisi del corporativismo’, tema sfruttato non per rimettere all’ordine del giorno il problema delle possibili alternative alla tradizionale dicotomia privato-pubblico, ma per riabilitare in pieno quella dicotomia, adesso sorretta anche dalla forza ‘esemplare’ del recente fallimento corporativo.

<sup>(121)</sup> Si veda, ad esempio, Mossa, *Stato del diritto del lavoro*, cit., p. 111, e anche Id., *Il diritto del lavoro*, cit., pp. 42-43.

<sup>(122)</sup> Cesarini Sforza, *Diritto corporativo vecchio*, cit., p. 281.

coerente con la sua prospettiva 'esterna' del *no bridge* (123). Se interesse particolare e interesse generale continuano a non poter comunicare, a non poter essere pensati insieme, e se la realtà ha mostrato il volto di uno Stato burocratico, irrispettoso dei compiti che si pensava di attribuirgli, non resterà che puntare sulla autosufficienza del sociale. Che gli individui 'tornino a fare da sé' (124), che organizzino autonomamente le loro scelte economiche perché sarà da lì, dagli interessi dei singoli produttori, dal loro punto di vista e non da quello statale, che ora si attingerà il senso dell'interesse generale (125). Se poi di corporativismo, in questo frangente fallimentare e distorto, si vuol continuare a parlare, che ci si riferisca al fatto 'psichico' individuale del dato di coscienza, che si riconosca direttamente al singolo un po' di consapevolezza in più per i problemi della complementarità, dell'interdipendenza (126), purché, però, si stia alla larga dallo Stato. Ad esser ormai forte è l'ansia di disincagliare la società economica dalla morsa di uno Stato che nei fatti non si era rivelato forte ma solamente autoritario e che aveva ridotto l'autonomia individuale a mero *flatus vocis* (127).

Non era stato quindi inutile assicurare alle precedenti speranze corporative una valvola di sicurezza, un'oasi di impermeabilità assoluta agli sguardi statuali. Si trattava, si intuisce, della zona proprietaria, per nessuna ragione, nel pensiero cesariniano, disponibile al contatto con interessi che non siano quelli individuali, dall'individuo liberamente scelti e perseguiti. La proprietà privata non è un diritto ma un imprescindibile fatto di civiltà (128): solo gli

---

(123) Id., *Studi sul concetto*, cit., p. 129.

(124) Costa, *Widar Cesarini Sforza*, cit., p. 288.

(125) « [...] non si pongono da una parte gli interessi particolari e dall'altra quello generale nella speranza di trovare poi tra essi, mediante un certo dispositivo giuridico, un punto di contatto, ma si concepiscono addirittura gli interessi particolari, in quanto interessi di categorie produttive, come interessi della produzione, e della tutela e del soddisfacimento di quest'ultimo si rendono responsabili i produttori »; così Cesarini Sforza, *Diritto corporativo vecchio*, cit., p. 288.

(126) Il corporativismo, dice Cesarini (ivi, p. 286), « si attua ogni volta che un'attività produttiva si svolge come partecipazione responsabile all'opera sociale, come adempimento cosciente del dovere di lavoro ».

(127) *Ibidem*.

(128) Si veda, ad es., Id., *Proprietà e impresa*, in *La concezione fascista della*

ordinamenti primitivi <sup>(129)</sup> non ne riconoscono la consistenza rigidamente individuale, il suo essere legata agli « istint[i] incomprimibil[i] » <sup>(130)</sup> della natura umana. Sulla proprietà si può premere quanto si vuole, ma la sua qualità di « potere assoluto » <sup>(131)</sup> non conosce alternative: lo Stato può limitarla fino a ridurne al minimo il *quantum* e può anche espropriarla con atto sovrano <sup>(132)</sup>; come

---

*proprietà*, cit., pp. 366 sgg.; Id., *Intorno alla II dichiarazione*, cit., pp. 228-29 e Id., *Proprietà e produzione*, cit., p. 139 e p. 140. Ancora nel 1955 (Id., *Dalla libertà alla sicurezza*, in Id., *Vecchie e nuove*, cit., vol. II, p. 213) notava Cesarini come la proprietà funzionasse « come criterio [...] regolatore e valutatore delle trasformazioni che lo *status* dell'individuo, condizionante i suoi diritti e i suoi obblighi, subisce nel tempo. È unicamente sullo sfondo di tali trasformazioni, che i rapporti tra la libertà, l'uguaglianza e la sicurezza sociale acquistano il loro giusto significato storico ».

<sup>(129)</sup> Id., *Lezioni di teoria*, cit., p. 139.

<sup>(130)</sup> Id., *Proprietà e impresa*, cit., p. 366.

<sup>(131)</sup> Ivi, p. 369.

<sup>(132)</sup> Id., *Proprietà ed espropriazione*, in « Educazione fascista », I, 1927, pp. 109 sgg.; in questo testo si apprezza la portata strategica della ricostruzione cesariniana in materia di proprietà: prendendo spunto da interventi espropriativi legittimati dalla nuova circostanza della negligenza del proprietario rispetto allo sfruttamento produttivo di suolo coltivabile, Cesarini ribadisce, con evidente forzatura (v. *supra*, p. 7), i tradizionali presupposti dell'espropriazione. Che sono, da un lato, il potere sovrano dello Stato e la conseguente posizione di sudditanza del privato e, dall'altro, la impossibilità per la proprietà « come tale » di realizzare l'interesse pubblico che del procedimento espropriativo costituisce il fondamento di legittimazione. Mentre era chiaro come alla base delle nuove fattispecie espropriative stesse proprio il rifiuto del proprietario di partecipare alla realizzazione di un interesse pubblico specifico, quello della produzione, ben conseguibile anche in via privata. E sono sempre nel senso di escludere ogni possibilità di contatto tra privato e pubblico, le osservazioni relative all'espropriazione leggibili in Id., *Proprietà e impresa*, cit., p. 371 e in Id., *Proprietà e produzione*, cit., p. 152. In questa ultima sede, Cesarini si serve, anche in materia proprietaria, dell'argomento della entificazione per separare proprietario e beni, proprietario e imprenditore. I beni rilevanti per la produzione nazionale, spiega Cesarini, « escono fuori dalla sua soggettività di proprietario, secondo la quale egli può sfruttarli in modo giuridicamente indefinibile perché la sua volontà si determina in relazione a interessi liberamente valutati; escono fuori dalla sfera della proprietà e si *oggettivano in una entità*, rispetto alla quale il titolare del diritto assume un compito, e così diventa titolare di un obbligo. [...] L'istituto dell'espropriazione qui dimostra che quel che in definitiva importa, rispetto ai beni produttivi, non è che vi sia un proprietario, ma che vi sia un imprenditore », rimanendo peraltro chiaro come la « creazione di

può, la proprietà, ritrarsi, diventare ‘virtuale’ <sup>(133)</sup> durante il processo produttivo; ciò che importa è che sul lato interno del rapporto tra soggetto e cosa resti sempre uguale a se stessa. Né può dirsi che la proprietà, in sé, sia un diritto « vuot[o] di sforzo sociale » <sup>(134)</sup>: il proprietario, anche il semplice titolare di redditi immobiliari, rimane una presenza indispensabile, se non altro perché è un soggetto socialmente affidabile <sup>(135)</sup>, da sempre chiamato a solcare (e dominare) il crocevia privato-pubblico e da sempre incaricato di connettere dimensione politica e dimensione civile della libertà <sup>(136)</sup>.

Non è vero quindi che sottrarre la proprietà ad ogni revisione strutturale equivalga, come sosteneva Mossa, a deciderne la fine: la proprietà non è un fatto di estensione, non bisogna cercare di renderla più o meno riconoscibile adeguandola ai tempi, la proprietà è, appunto, una valvola di sicurezza, che può essere compressa <sup>(137)</sup>,

---

un’impresa » non possa essere che il « risultato di una libera decisione » dell’individuo (ivi, p. 150). Di oggettivazione della proprietà Cesarini parla anche in *Codice Civile e Carta del lavoro nella definizione della proprietà*, in « Stato e diritto », II, 1941, pp. 102-103.

<sup>(133)</sup> Id., *Proprietà e impresa*, cit., p. 373.

<sup>(134)</sup> Mossa, *Prospettive*, cit., p. 88.

<sup>(135)</sup> W. Cesarini Sforza, *Il corporativismo e la proprietà edilizia*, articolo uscito nell’Ottobre 1933, V, su « La proprietà edilizia italiana », pp. 3-4 dell’estratto. Sul punto si vedano le osservazioni di Costa, *Widar Cesarini Sforza*, cit., pp. 1076-77. Il vero ‘soggetto passivo’, nota Costa, sarà semmai il consumatore: tutto ciò che non è riconducibile al blocco proprietario per Cesarini « è consumo, ovvero un qualcosa di fluido e di giuridicamente non esprimibile, pura perdita, un non essere: il corporativismo collega e organizza a partire dal livello minimale della proprietà privata. Al di sotto di quel livello di guardia [...] i soggetti sono proteiformi, indefiniti [...] pura massa ».

<sup>(136)</sup> Nel già citato testo cesariniano del 1955 — *Dalla libertà alla sicurezza* — traspare in modo nitido l’irriducibile avversione dell’autore per i criteri democratici, ‘rozzamente empirici’ (v. Id., *Studi sul concetto*, cit., p. 130), prони ai voleri della massa e incompatibili con la tutela della libertà creatrice dell’individuo. Ed è al tramonto degli assetti liberali tradizionali che, per Cesarini, va legato il declino della individualità perché è da lì che inizia ad affievolirsi la tutela del *proprium* e che si attua la progressiva dissociazione delle libertà politiche dallo *status proprietatis*.

<sup>(137)</sup> « Il diritto di proprietà — dice Cesarini — può [...] essere soppresso, ma non socializzato o sprivatizzato col pretendere che serva a bisogni e interessi collettivi o pubblici: questi bisogni e interessi non sono affar suo », in Id., *Proprietà e produzione*, cit., p. 141; « la positiva delimitazione — prosegue Cesarini — del diritto di proprietà, in un dato momento storico, rappresenta il risultato di una lotta

forse anche tralasciata, ma che deve essere sempre messa in grado di scattare, di restituire l'individuo al primato della sua volontà e di ricordargli, per questa via, tutte le direzioni equilibranti in cui poteva sfruttare quel primato. Perché la volontà poteva continuare a riconoscersi come risorsa di equilibrio solo se mantenuta intatta nelle sue capacità espressive e solo se sostenuta da simboli giuridici — in primo luogo quello proprietario — in grado di fornire all'individuo criteri di giudizio netti, criteri che gli consentano di distinguere tra uno Stato alleato, se e finché ligio ai propri compiti, e uno Stato che viceversa confonde la propria autorità con la possibilità di interventi arbitrari nel sociale.

Certo restava da verificare se la volontà, intesa come volontà individuale, potesse ancora rappresentare un'arma valida di tutela della persona, un valido strumento di equilibrio tra « individuo ed economia »<sup>(138)</sup>: per Mossa, dietro l'affermazione di quel primato, si celava, come si è visto, un malinteso senso della individualità, inefficace a tutelare la stessa libertà economica, ed ancora più la libertà *tout court*. Ma qui ci interessava solo mostrare come alla proprietà, al 'modello' proprietario, si potesse affidare la rappresentazione di due diverse, ed entrambi 'nuove', ipotesi di equilibrio, di convivenza tra « autorità » ed « autonomia »<sup>(139)</sup>.

Dalla prima prospettiva, quella mossiana, si trattava di individuare la gradazione, ritenuta ottimale, di coinvolgimento dell'« arca santa dell'individualismo giuridico »<sup>(140)</sup> moderno, nella rete di interdipendenze resa manifesta dalla crisi postbellica. Dove la conversione della proprietà in diritto a consistenza composita, capace di

---

tra il principio di libertà e la volontà (autorità) dello Stato, e quindi un certo *equilibrio* raggiunto tra le esigenze del primo e quelle della seconda [...] ma qualunque sia questo equilibrio, la struttura del diritto, il suo — staremmo per dire — senso giuridico, non possono non essere quello che sono: l'estensione o la quantità del diritto non influisce, per alterarla, sulla sua qualità » (ivi, pp. 141-42).

<sup>(138)</sup> Mossa, *Nozione e presupposti*, cit., p. 85.

<sup>(139)</sup> Notava Capograssi come il problema del « rapporto tra autorità ed autonomia della vita economica, autorità ed autonomia della vita spirituale dell'individuo diventa[ss]e una esigenza assoluta del pensiero giuridico e politico », in G. Capograssi, recensione a S. Panunzio, *Il sentimento dello Stato* (1929), ora in Id., *Opere*, cit., vol. VI, p. 176.

<sup>(140)</sup> Mossa, *Modernismo*, cit., p. 55.

accogliere nella propria struttura interessi non solo individuali, equivaleva a fornire, si è visto, un'indicazione di salvaguardia della stessa privatezza. Da questo punto di vista, l'equilibrio passa attraverso congegni 'osmotici' <sup>(141)</sup> integrali: all'equilibrio, cioè, si perviene solo ponendo l'elemento del *rapporto* all'origine stessa dei processi definitivi di tutte le grandezze giuridiche; solo dall'incremento di relazioni tra aree prima disegnate come distanti è infatti possibile, per Mossa, ricavare una mappa dai confini rinnovati ma non azzerati ad esclusivo vantaggio dei termini più forti. Per cui la disponibilità a coinvolgere anche il sacrario proprietario in un contesto di legittimazione che, per essere storicamente sensibile, doveva saper rinunciare ad una concezione 'egocentrica' di individualità, significava 'servirsi' delle barassiane zone di confine <sup>(142)</sup> per

---

<sup>(141)</sup> Di « osmosi » tra privato e pubblico parla espressamente P. Grossi (*Stile fiorentino*, Giuffrè, Milano 1986, p. 186) con riferimento alla figura di Enrico Finzi, del civilista che ugualmente risponde alla sfida metodologica aperta dalla crisi post-bellica accettando la revisione dei connotati strutturali della proprietà e del diritto privato in genere; quel diritto anche in Finzi era ormai comprensibile e 'tutelabile' solo se messo in rapporto di « concorso attivo » col diritto pubblico. Poiché si tratta, a nostro avviso, dell'unico privatista, insieme a Mossa, disponibile ad accantonare atteggiamenti difensivi sul fronte cruciale del rapporto tra appropriazione e produzione, tra proprietà e impresa, si ritiene non arbitrario il 'prestito' terminologico e concettuale effettuato dal citato contributo grossiano. Sempre sul tema proprietà-impresa si possono vedere, da ultimo, Grossi, *Scienza giuridica*, cit., specialmente le pp. 190 sgg. e Id., *Itinerari*, cit.; l'espressione « concorso attivo » cui ci siamo riferiti è tratta invece dalla nota relazione di E. Finzi, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, tenuta nel 1935 al primo congresso nazionale di diritto agrario, relazione leggibile nei relativi Atti, Tip. Ricci, Firenze 1935, p. 163.

<sup>(142)</sup> L'espressione 'zone di confine', cui Barassi ricorre in uno scritto del '27, si sfrutta qui non solo per il suo valore icastico, ma anche perché si presta a fornire utili indicazioni per la ricostruzione delle diverse strategie di lettura della crisi post-bellica. Se in Barassi, ben agganciato alla tradizionale impostazione liberale, il riferimento alle zone giuridiche ibride, non sicuramente ascrivibili al pubblico o al privato, diventa la via, astuta, per riuscire a confermare nella loro fisionomia abituale le grandezze identificative di una certa area del diritto, in altri autori, come in Mossa, la percezione dell'esistenza di aree di confine si traduce, come si è cercato di chiarire nel testo, in un imperativo metodologico assai più impegnativo. Diventa cioè l'occasione per negare che « lo spostamento si riferisc[a] — le parole sono di Barassi — quasi sempre a rapporti che vivevano nella zona grigia presso il confine » e coerentemente l'occasione per ripensare anche la fisionomia delle figure giuridiche, come la proprietà, collocate al cuore di una certa area del diritto. Ancora

raggiungere anche le grandezze (fino ad allora) riparate dalla sicurezza di un'appartenenza nitida.

In Cesarini, invece, l'equilibrio si connette alla presenza di *puntelli*, anzi, è proprio questa presenza ad identificare le condizioni stesse di pensabilità dell'equilibrio: senza potersi affidare a punti fermi, la dinamica giuridica rischia di trascinare nel caos, di vivere in balia di forze irresponsabilmente private della cognizione del limite. Ma con il percorso teorico cesariniano non si sperimenta, come spesso succede con molti giuristi coevi, il potere sedativo della rimozione, non si assiste al tentativo di stemperare l'impatto della crisi per il tramite di letture compromissorie, fondate sulle preliminare selezione degli aspetti del 'nuovo' capaci di convivere col 'vecchio', e di rendere così (più o meno) riconoscibili i consueti strumenti di lavoro. Cesarini sa bene che la scienza giuridica si trova a scontare il « peccato di origine »<sup>(143)</sup> della eccessiva semplicità, sa bene che rapprendere l'universo giuridico intorno alla tradizionale distinzione tra privato e pubblico equivale a 'lasciarsi sfuggire buona parte della realtà'<sup>(144)</sup>; come sa che il legame con una certa concezione della privatezza poteva mantenersi vitale solo accettando di spostare il baricentro della dinamica giuridica sulle (nuove) zone di confine. Se infatti esse venivano sfruttate come risorse ordinanti, diveniva anche possibile inquadrare la difesa della proprietà tra le tappe di costruzione — costruzione per aggiornamento, certo — del nuovo assetto dei poteri senza dover ricadere nella prospettiva, meramente cautelare, di tutela della pregressa eredità scientifica.

Ed è sempre questa la via che rende possibile non arrestarsi di

---

diversa, come subito si vedrà, è la posizione cesariniana. La citazione di Barassi sopra riportata è tratta da L. Barassi, *Le zone di confine nelle singole branche del diritto*, in *Studi dedicati alla memoria di P. P. Zanzucchi*, Società editrice Vita e Pensiero, Milano 1927, p. 152. Per le posizioni di difesa della tradizionale struttura della proprietà — a conferma della utilizzazione in veste 'conservatrice' delle zone di confine — si veda Barassi, *La proprietà e la funzione sociale*, in *La concezione fascista*, cit. specialmente p. 200 sgg.; sulle posizioni, ugualmente difensive, in materia di diritto del lavoro, si veda invece il profilo assai esaustivo tracciato da Cazzetta, *L'autonomia del diritto del lavoro*, cit., specialmente le pp. 521sgg.; e si veda anche Grossi, *Scienza giuridica*, cit., specialmente le pp. 59-61.

<sup>(143)</sup> Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 13.

<sup>(144)</sup> Cesarini Sforza, *Figura giuridica degli enti*, cit., p. 119.

fronte alla soluzione, spesso troppo lineare, della constatazione del paradosso. Puntare solo sugli approdi, senza soffermarsi sui percorsi, equivale non solo a disperdere il fascino dei periodi di crisi, ma a travisarne direttamente il senso. Ad essere preclusa sarebbe, per esempio, la comprensione delle strade che consentono a Mossa, ad un privatista assai poco attratto dallo Stato, di coinvolgere anche le creature predilette della moderna privatezza in ingranaggi di trasformazione sensibili alle ragioni del pubblico, e delle strade che, contemporaneamente, rendono ostili tali ingranaggi ad un filosofo del diritto, Cesarini, per converso assai ben disposto verso uno Stato forte.

PAOLO CAPPELLINI

« QUALCOSA OLTRE LE LEGGI »

*PLAIDOYER PER (L'ULTIMO?) CARNELUTTI*



*Se mai vi venisse il desiderio  
di conoscere la storia del pensiero  
umano, cosa molto più interessante  
di quella delle azioni umane...*

(Prosper Mérimée)

Parlare di Francesco Carnelutti, e non solo del ruolo da lui svolto nella cultura giuridica italiana del suo tempo, ma proprio, in assoluto, parlare di lui — in ipotesi proponendosi o addirittura ritenendo di rivolgere tali riflessioni ai giuristi italiani dell'oggi — è compito che più che presentare, come presenta, una grande difficoltà, può apparire, senza meno, radicalmente inattuale o, nel migliore dei casi, del tutto prematuro. L'intenzionale ripresa delle parole di apertura di un brevissimo quanto incisivo intervento di Giovanni Tarello, nell'ormai quasi lontano 1986 <sup>(1)</sup>, vuole servire per iniziare a delineare i confini all'interno dei quali intendiamo muoverci, confini che ci sembra di poter giustificare a partire da un duplice ordine di considerazioni. Anzitutto, infatti, forse a motivo della onnivora poliedricità della figura di *Universaljurist* che il nostro ha cercato, umanisticamente ma con alterne fortune, di incarnare, va a tutt'oggi rilevata la perdurante assenza — nonostante la più che opportuna iniziativa udinese del 1995 <sup>(2)</sup> — di contributi che, soprattutto affrontandola con gli strumenti della storiografia giuridica, siano rivolti a ricostruirne complessivamente il percorso scientifico e culturale, alla luce di una periodizzazione accurata e senza dimenticare di collocarla attendibilmente sullo sfondo dei principali movimenti intellettuali del suo 'intensissimo' tempo: benché, in-

---

<sup>(1)</sup> G. Tarello, *Francesco Carnelutti nella cultura giuridica italiana*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », XVI, 2, 1986, pp. 383-87.

<sup>(2)</sup> Ci riferiamo all'incontro meritoriamente promosso dal Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli studi di Udine e dall'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, *Francesco Carnelutti a trent'anni dalla scomparsa. Atti del Convegno (Udine 18 novembre 1995)*, Forum Editrice Universitaria Udinese, Udine 1996.

somma, si possa dire che sarebbe ormai venuto il tempo — come ben prima, a voler fare solo un esempio, per un Betti <sup>(3)</sup> — di provvedere a restituirne una vera e propria biografia giuridica, dovremmo qui limitarci, per ovvi motivi, a segnalarne l'esigenza. Ma, come accennavamo, non si tratta semplicemente di lacuna imputabile ad un non vigile interesse della storiografia giuridica. C'è qualcos'altro. Non per nulla si incomincia a parlare — si potrebbe dire quasi coralmemente, all'interno della invero ancora troppo ristretta cerchia di coloro che si occupano di cose carneluttiane — di « ingeneroso oblio », seguito ad una fama in vita sempre nel segno di passionali esaltazioni e altrettanto passionali rifiuti <sup>(4)</sup>; di una sorprendente « scarsità delle citazioni dai suoi scritti, sterminati nel numero e collocati in tutte le aree del sapere giuridico », in sostanza di una specie di « rimozione » *post mortem* <sup>(5)</sup>; ancora, di una sorta di insofferenza critica che, *more italico*, si traduce in coltre di silenzio, rispetto alle « costruzioni sistematiche verso le quali Carnelutti si dimostrò sempre attratto » e che « sono uscite di moda se mai lo furono », visto altresì che « le caratteristiche del suo formalismo impregnato di barocco lasciano indifferenti o comunque inducono alla comoda pigrizia di non approfondirne il contenuto » <sup>(6)</sup>. In una parola, il Carnelutti che nel 1947, come molto a proposito ci è stato recentissimamente rammemorato <sup>(7)</sup>, si autoqualificava « infaticabile costruttore di concetti », appare irrimediabilmente fuori moda; e del resto, si dirà, a quale 'attualità' può pretendere di assurgere colui che, ad esempio, a metà del secolo scorso — e usiamo volutamente questa locuzione, allo stato ancora desueta e certo un po'

---

<sup>(3)</sup> Cfr. « Quaderni fiorentini », 7, 1978, appunto dedicati a *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento*.

<sup>(4)</sup> Così V. Colesanti, *Francesco Carnelutti e la cultura giuridica italiana*, in *Francesco Carnelutti a trent'anni dalla scomparsa*, cit., p. 98.

<sup>(5)</sup> Oltre che nell'intervento dedicato a *Francesco Carnelutti e il diritto privato*, ivi, pp. 47-58, P. Rescigno ritorna su questo profilo con significative sfumature anche nel saggio presente nel volume della rivista « *Diritto privato* », (cfr. infra nt. 13).

<sup>(6)</sup> T. Carnacini, *Il centenario della nascita di Francesco Carnelutti*, in « *Rivista di diritto processuale* », 1979, p. 1527, opportunamente richiamato da V. Denti, *Francesco Carnelutti e le riforme del diritto processuale* in *Francesco Carnelutti a trent'anni dalla scomparsa*, cit., p. 29.

<sup>(7)</sup> Cfr. P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè, Milano 2000, p. 243.

fatta per ‘impressionare’, per riferirci all’acuto e anche altrimenti caratterizzante saggio dedicato al profilo del pensiero giuridico italiano del 1950 sulla « Rivista italiana per le scienze giuridiche » — non esitava a scrivere un testo come il seguente: « In Italia, oggi, non tutti certamente, ma una corrente, che si fa sempre più larga, è orientata verso una schietta affermazione che se la scienza del giudizio vuol superare i confini di una pura descrizione del dato, deve ricercare le sue sorgenti in quelle forme dello spirito, che sono di là dal pensiero, ossia nelle forze dell’amore. Così la crinologia stimola i pensatori del diritto a una concezione spirituale, la quale non può non reagire sulla stessa nomologia » (8).

Ci avviciniamo allora molto di più a quel ‘qualcosa d’altro’, a nostro avviso, se, tralasciando per ora le critiche che facendo leva sulle sue doti di eccessiva brillantezza e versatilità stilistica tendono ad attribuirgli un atteggiamento superficiale ed eclettico di incontrollata ‘voracità’ intellettuale assimilatrice rispetto alle mode culturali del momento — od anche quelle ulteriori critiche, in un miscuglio ambiguo ma comprensibile « di amore e odio », e pure nell’iperbole in definitiva un po’ più ‘realisticamente’ comprendenti, a suo proposito, rappresentante privilegiato delle quali sarà nient’altri che Satta, nel quale si può leggere come « Giuseppe Chiovenda usava dire che gli era toccato vivere tra due folli, al principio Ludovico Mortara e alla fine Carnelutti: ma ‘folli’ voleva dire ‘giganti’, i più vicini alla verità, nel suo linguaggio » (9) — cerchiamo di circoscriverlo rispetto ad un momento specifico della sua lunga carriera di giurista: ovvero quello che grosso modo va tra gli anni Quaranta e il periodo successivo alla Liberazione, detto in altri e più espliciti termini, quello che per solito non viene certo considerato tra

---

(8) F. Carnelutti, *Profilo del pensiero giuridico italiano*, in « Rivista italiana per le scienze giuridiche », s. III, IV, 1950, vol. IV, p. 18.

(9) Ricordato in uno dei pochi saggi di notevole livello che ci è dato conoscere dedicati da ‘non giuristi’ ad un’altra eccentrica figura di maestro del diritto novecentesco, unito e separato dal nostro da una lunga, feconda, polemica ch’era pure, tuttavia, ben al di là delle intenzioni, segno di imprescindibile vicinanza, cfr. V. Gazzola Stacchini, *Come in un giudizio. Vita di Salvatore Satta*, Donzelli, Roma 2002, p. 25. Laddove, per inciso, si conferma la capacità di individuazione di nuove prospettive, di grande utilità anche per il giurista, aperte dallo sguardo dell’‘altro’, che non può che auspicarsi, se di tale portata, assai più assiduo.

i più significativi, ch  anzi quasi unanimemente si ascrive — troppo frettolosamente, accenno di valutazione che rester  forse solo una sensazione — ad una fase propriamente involutiva, tra attitudini ormai fortemente conservatrici e fragili suggestioni per formule verbali ‘importate’ dispersivamente e quasi ossessivamente da altri settori disciplinari senza la necessaria sorvegliatezza o consistenza. Ma anzitutto, di questa fase (che copre comunque, per limitarla anche al solo dopoguerra, seppur con diversa intensit  d’interventi, quasi un ventennio) non disponiamo ancora affatto di una ricostruzione complessiva basata su di una attenta lettura delle fonti; e certo uno dei motivi pu  ricercarsi nell’accentuarsi del carattere di multiformit  dell’attivit  del Nostro nel periodo postbellico. Eppure, diremmo che la vera causa vada ricercata in altra circostanza e in altro e non simpatetico atteggiamento della critica. Per dirla in breve, e avanzandola consapevolmente solo come ipotesi interpretativa che non potr  esser in questa sede pi  che suggerita, siamo forse di fronte ad un altro tassello (mancante) di quella carenza di interesse, per non dire talvolta vera e propria (‘laica’?) diffidenza od incomprendimento <sup>(10)</sup>, nei confronti delle vicende e degli sviluppi di una cultura che troppo apertamente si dichiara ‘cattolica’, anche in senso tradizionale, o addirittura manifesti aspetti e tratti confessionali, e delle figure che nel dopoguerra nei vari campi del sapere ad essa pi  o meno direttamente si siano richiamate <sup>(11)</sup>. Una carenza di

---

<sup>(10)</sup> Si veda, per esempio, da ultimo la pressoch  totale assenza di riferimenti agli intellettuali cattolici nel pur coinvolgente saggio di A. D’Orsi, *Intellettuali nel Novecento italiano*, Einaudi, Torino 2001. Al di fuori della storiografia per ragioni pur diverse definibile ‘interna’ all’orizzonte religioso (una importante, ma troppo dimenticata figura del quale  , certo non solo a nostro avviso, rappresentata da Mario Bendiscioli di cui recentemente   stata edita una rilevante silloge di testi: cfr. M. Bendiscioli, *Pensiero e vita religiosa nella Germania del Novecento*, a cura di M. Marcocchi, Morcelliana, Brescia 2001) due felici se non ‘anomale’ forse propriamente eccezioni, sono incarnate non di recente dall’appassionante L. Mangoni, *In partibus infidelium. Don Giuseppe De Luca: il mondo cattolico e la cultura italiana del Novecento*, Torino, Einaudi 1989 (anche se certo non ha interessato molti la notizia della ‘liquidazione’ del patrimonio librario a quell’esperienza legato e sino a poco tempo fa ancora disponibile da parte delle Edizioni di Storia e Letteratura), e recentissimamente dall’importante G. Turi, *Il mecenate, il filosofo e il gesuita. L’Enciclopedia italiana’, specchio della nazione*, Il Mulino, Bologna 2002, che dedica tutto un capitolo a ‘Presenza e conflittualit  dei cattolici’ (ivi, pp. 199-240).

<sup>(11)</sup> Di certo forse non molti ricorderanno — altrettanto poco memori del

approfondimenti in parte favorita, non possiamo nascondercelo, da quella specie di implicita e surrettizia divisione del lavoro secondo la quale al partito 'cristiano' e ai suoi organi ed esponenti rimaneva affidata la gestione ministeriale e burocratica delle principali istituzioni didattiche e formative, ma, sulla base di una speculare tendenziale sfiducia negli intellettuali, il concreto lavoro culturale veniva spesso lasciato ad altri, organici rappresentanti di tradizioni diverse. Ed infatti. Non è di oggi l'osservazione secondo la quale in tale periodo si vada sempre più facendo strada «una vena mistico-religiosa» già in precedenza talora saltuariamente riscontrabile — ma anche a tal proposito sappiamo troppo poco di ascendenze e vicende più personali — «ma oramai divenuta incontenibile»; eppure questa constatazione si traduce, per evidente laicistica mancanza della ben che minima empatia o voglia di andare al di là dell'involucro culturale più apparente, soltanto in affermazioni o valutazioni ironiche. Saremmo di fronte insomma, nella migliore delle ipotesi, ad 'elucubrazioni' sulle congiunzioni di spiritualità e diritto nel quadro di un «rinnovato spiritualismo giuridico-accademico» contrassegnato dal «mito» di Capograssi, od in presenza di un autore che «arriva a contendere ad altri processualisti la palma della voce più catacombale, del più dotato in fatto di senso della morte» (laddove è ben chiaro il riferimento al saggio del 1953 su *La morte del diritto*, su cui vorremmo anche noi fare qualche breve riflessione nel prosieguo), od ancora a «tutta una attività radiofonica e giornalistica [...] ispirata a motivi mistico-sepolcrali»

---

clima politico (o dei climi) d'allora — nell'interessante e ancora sintomatica collanina intitolata Biblioteca di 'Protesta Laica', l'altrettanto interessante e sintomatico libretto di Gabriele Pepe, *Un anno di dominio clericale*, Manduria, Lacaïta 1949 (ma stampato nel gennaio 1950) che, non pago dell'effetto del titolo, volutamente ribadiva, intitolando già allora, sia auspice che, in entrambi i sensi, 'profetico', il suo cap. VIII: *Cadrà mai il regime democristiano?* (pp. 57 ss.); come pure, nell'altro campo e a prendere inizio da pochi anni dopo (*Quale Fede?* 1957, pp. 3-22) per arrivare ai primi anni Sessanta, l'interrogazione inquieta e tutt'altro che egemonica di Carlo Bo, *Siamo ancora cristiani?*, Vallecchi, Firenze 1964. O, per continuare con le voci ormai remote, chi potrebbe sentirsi oggi attratto da un non piccolo volume degli stessi anni, Don G. Rossi (a cura di), *Cento problemi di coscienza*, Pro Civitate Christiana, Assisi 1963, laddove pure, per tacer di Sturzo, si può incontrare un saggio di altra figura di quel milieu che vi andrebbe, ormai anche storiograficamente, reinserita; alludiamo ovviamente a F. Santoro-Passarelli, *Libertà e Stato* (ivi, pp. 30-40).

che « si coagula in libri quali *I valori giuridici del messaggio cristiano* (Padova 1950), *America* (Padova 1950), *Tempo perso* (Bologna 1952), *Colloqui della sera* (Roma 1954) »<sup>(12)</sup>. E via di questo passo. Ma anche chi, come Pietro Rescigno, con ben diversa sensibilità e vicinanza, caratterizzata non per caso da un percorso intellettuale che, in punti culminanti appunto in una delle molte dimensioni di quella cultura, appare iscrivibile, dalle pagine di una rivista come « *Diritto Privato* » imprende a colmare la lacuna d'attenzione per il Carnelutti civilista e commercialista, e specialmente per il periodo che c'interessa; ebbene anch'egli lucidamente sente il bisogno di sottolineare — in modo in verità più puntuale, ma non per ciò meno critico — proprio questa tra le ragioni decisive di una 'sfortuna': « A queste ragioni si aggiunge, e talvolta le soverchia, la spiritualità o meglio la religiosità, con dichiarata adesione al messaggio evangelico, da Carnelutti proclamata ed esibita con una assiduità ed una insistenza che fanno dubitare della convinzione e della sincerità, almeno per chi più la apprezza quando si nasconde o si rivela con toni sommessi »<sup>(13)</sup>. Non si tratta a questo punto, certo, per accennare alla possibilità che tuttavia altre potrebbero essere le vie di accesso al 'barocco' carneluttiano, di ricordare fiaccole sotto il moggio e neppure le parabole di certo cattolicesimo stilisticamente ribelle, profetico e 'arrabbiato' (o, se si preferisca, non troppo sorvegliato, ma comunque da ultimo autorevolmente rivalutato proprio sotto il profilo stilistico e letterario) delle riviste dell'avanguardia d'inizio Novecento, il cattolicesimo dei vari Papini, Giuliotti, Paolieri, Tozzi, dalla « Torre » al « Frontespizio », per intenderci. E neppure di cercare di restituire nel suo complesso, come pure qualche anno addietro finemente si è iniziato a fare, l'immagine poliedrica di un autore considerato ad un tempo « eziologo, teorico filosofo e mistico del diritto », ma in sostanza come, e per eccellenza,

---

<sup>(12)</sup> Cfr. G. Tarello, voce *Carnelutti, Francesco*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Istituto della Enc. italiana, Roma, vol. 20, pp. 452-456, 455 e vedi anche N. Irti, *Problemi di metodo nel pensiero di Francesco Ferrara*, in Id., *Scuole e figure del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2002<sup>2</sup>, pp. 305-317 (spec. 4. *Contro la 'metafisica del diritto'*, pp. 312-315).

<sup>(13)</sup> P. Rescigno, *Francesco Carnelutti civilista*, in « *Diritto privato* », V-VI, 1999-2000, pp. 303-323, 304. Sottolineatura nostra.

« straordinario maestro del realismo giuridico italiano » (14). Lasciando altresì impregiudicata la questione di quanto quest'ultima denominazione (o anche quella apparentata di una sua appartenenza ad un indirizzo 'naturalistico') sia o meno felice, perché, come pure si è voluto notare, potrebbe rivelarsi tale da creare confusioni con altri e più significativi movimenti della cultura giuridica, ci interesserebbe piuttosto collocarci su di un piano che sarebbe *per relationem* da definire 'intermedio' — nel senso di 'intraggiuridico' più che strettamente teorico-filosofico — e cioè forse più atto a fornire qualche risposta-*'saggio'*, al momento del tutto interlocutoria, sul ruolo concreto che le riflessioni, siano esse appunto teorico-filosofiche oppure anche (con termine non del tutto accettabile) *'mistiche'* dell'ultimo periodo, svolgono o avrebbero potuto svolgere nello specifico ambito dell'argomentazione tecnico-giuridica. In una parola la questione andrebbe così posta: se, ed eventualmente in che misura e con quale *'segno'*, quelle riflessioni aprano, sotto il profilo tecnico-giuridico (anche nella sua dimensione propositiva), degli itinerari o una *'strada'*, espressione del resto perfettamente carnelluttiana. In questa ottica, che allo stato non potrà superare una campionatura qualche po' frammentata, appare subito significativo un intervento del 1946. E significativo fin dal titolo, che, pur esprimendo l'impostazione dell'autore sul tema specifico oggetto d'indagine, sembra contenere anche un'allusione al periodo appena trascorso. Varrà allora la pena di ricordare che, dopo un tempo giovanile di confessato *'sensismo'* positivistico, ed un più lungo di adesione formale e agnosticismo pratico, la *'conversione'*, o meglio, come esattamente precisato, il ritorno alla fede del Nostro, e il suo itinerario non scevro da complicazioni, sembra datare — ma tutta la questione meriterebbe precisazione di persone e circostanze — all'inizio degli anni Quaranta, e potrebbe quindi lasciar sussistere uno spazio, al di là delle pur integrabili interpretazioni teologiche o psicologiche, per esser letta anche come una forma, se non di *'emigrazione interna'*, almeno di scelta precisa (e in qualche modo

---

(14) Ci riferiamo alla più consapevole e complessiva sintesi recentemente editata, appunto in contestazione esplicita di quel silenzio, D. Coccopalmerio, Francesco Carnelutti. *Il 'realismo giuridico italiano'*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1989.

lungimirante in vista di una necessaria fuoriuscita dal regime <sup>(15)</sup>) rispetto al quadro delle diversificate correnti culturali in campo. Come che sia torniamo a *La lotta del diritto contro il male*, ovvero alla prolusione del 28 febbraio 1946, con la quale Carnelutti inaugura quell'insegnamento del diritto processuale penale sul quale aveva significativamente deciso di passare accettando la chiamata romana: « io non mi sono sobbarcato, qualche anno fa, al rischio e al disagio del trasferimento dalla cattedra di diritto processuale civile a quella di diritto penale nella Università regia di Milano — su

---

(15) I concreti rapporti del Nostro, come in generale degli altri protagonisti della scienza giuridica italiana del tempo, con il regime, sono ampiamente da indagare nel dettaglio. Qualche interesse possono rivestire, seppur rapsodicamente, due episodi. Uno lo si recupera dal racconto del Calamandrei che, nel tentativo di avvalorare la sua decisa e decisiva collaborazione (« consulenza tecnica » per « dare agli italiani un codice migliore ») col guardasigilli Grandi (« uomo 'civile', cortese, rispettoso degli studiosi, desideroso di fare opera di purificazione della giustizia ») al fine di giungere al c.p.c., ricordava con soddisfazione e si onorava « per non essere stato invitato, insieme a Carnelutti, alla presentazione ufficiale al duce dei collaboratori ai codici perché senza 'divisa fascista' » (cfr. F. Tacchi, *Gli avvocati italiani dall'Unità alla Repubblica*, Il Mulino, Bologna 2002, p. 529). L'altro, del primo dopoguerra, riguarda sempre i due succitati giuristi nella declinazione politica di rapporti personali e accademici a fronte stavolta della Spagna di Franco e ci è riesumato in un innovativo saggio di biografia di giurista dovuto alla penna di uno dei più acuti storici del diritto spagnoli; dal carteggio risulta infatti come Calamandrei raccontasse che il suo vecchio discepolo Isaac Medina « mi ha invitato più volte in Spagna, ma chiedendomi prima, come passaporto, quali sono le mie opinioni politiche », e Serrano prosegue: « Tantos escrúpulos no tendrá, por ejemplo, Carnelutti. Fue así famosa en España la venida de este último, en compañía de Allorio, con motivo de la celebración del I Congreso Nacional de Derecho Procesal, en 1950. Según las reseñas de la época, Carnelutti incantó, no se sabe si más por la forma o por el fondo: "La conferencia, que duró cerca de hora y media, terminó con una atronadora ovación, y los comentarios de los asistentes eran unánimes al decir que no sabían que admirar más: si la profundidad de las ideas expuestas, la brillantez de la exposición o el modo verdaderamente magistral con que el maestro indiscutible, con una inflexión de voz, con una mímica inigualable o incluso remachando con una calabra castellana algunos conceptos esenciales, se hizo entender perfectamente por el numeroso y culto auditorio que llenaba la sala" » (*La primacía del Derecho Procesal Penal. Notas de la conferencia por el Profesor Francesco Carnelutti en la Facultad de Derecho tomadas por Ramón Sánchez de Frutos* (Madrid, 16 de mayo de 1950) », « Revista de Derecho Procesal », 6, 1950, pp. 169-181, citato in A. Serrano Gonzalez, *Un día de la vida de José Castán Tobeñas*, Tirant lo Blanch y Universitat de València, València 2000, p. 38, nt. 14.

insistenza, tra gli altri, di Monsignor Olgiati (n.d.a.) — per irrequietudine o con leggerezza; né ora mi dispongo ad affrontare un rischio e un disagio, anche più grave, senza esserne consapevole o per vanità. L'insegnamento a Roma, se ripenso al cammino percorso da quando, all'Università commerciale di Milano e poi a quella di Catania, cominciai con i giovani un dialogo appassionato, è certo una meta; ma verso un'altra irraggiungibile meta tendono ormai la mia mente e il mio cuore » (16). Orbene, ci sembra che una lettura attenta e al contempo non prevenuta del testo confermi l'impressione dello sguardo iniziale, ovvero che il passaggio dalla esplorazione dei « segreti del diritto nella zona del processo civile » alla fascinazione verso « l'enigma penale » e larga parte del discorso dogmatico che ne consegue appaiano determinati, nonché fittamente intessuti, da motivazioni e riflessioni che trovano in ultima istanza il loro fondamento in una talora peculiarissima — specialmente se letta sullo sfondo della ormai da lungo tempo predominante e acquisita atmosfera laica dei dibattiti scientifici, ma non solo — volontà di condurre a conseguenze giuridico-concettuali aspetti qualificanti del patrimonio culturale e soprattutto di fede cristiano ed evangelico. Così anzitutto la scelta — caratterizzata tra l'altro da una decisissima rivalutazione del ruolo e della figura di Enrico Ferri per la forte carica esperienziale e di concretezza 'antilegalistica' del suo insegnamento che si risolverebbe lucidamente nella consapevolezza di un « vivo senso della strumentalità del diritto » insita nella sua capacità di ricondurre, al di là di ogni tentazione mitizzante, « le norme giuridiche alla loro semplice natura di mezzi per la lotta contro il reato » e quindi di riconoscere, pur nella insufficienza, poi, della sua scelta metafisica, che « al fine di procurarne l'efficacia, oltre alla legge dobbiamo studiare l'uomo »; rivalutazione (17), si noti,

---

(16) F. Carnelutti, *La lotta del diritto contro il male*, in « Il Foro Italiano », LXXI, 1944-1946, vol. LXIX, parte IV (monografie e varietà), c. 1.

(17) « Qui sopra tutti Enrico Ferri, riconducendo le norme giuridiche alla loro semplice natura di mezzi per la lotta contro il reato, ha reso all'umanità un inestimabile servizio. Anch'egli, poiché era un uomo, della verità non poté afferrare più che un lampo: così, mentre ha collocato l'uomo al giusto posto nel quadro del diritto, non gli riuscì di fare altrettanto nel quadro della realtà, e la natura dell'uomo, ch'è la sua libertà, ancora gli rimase celata; ma quel lampo come ci ha illuminato la strada! Anche il positivismo penale è un grano di verità avvolto nelle

tutt'altro che ben accetta anche in ambienti cattolici <sup>(18)</sup> — la scelta, dicevamo, di ridefinire (e si potrebbe anche aggiungere 'trasgredire') i confini disciplinari, e non soltanto, come del resto per lui consueto, quelli relativi alle materie più direttamente coinvolte, prendendo le mosse dal profilo « più ermetico » che è « quello al quale si dà il nome antico e doloroso di pena ». Sarebbe sicuramente interessante e a tratti affascinante seguire il nostro in tutta la complessità e sinuosità dell'argomentazione, che si dipana da un'icastica dignità (« il problema della pena è, al fondo, il problema del male »), fino a toccare addirittura la tematica del superamento (giuridico e non

---

scorie dell'errore; in quanto quel grano fu, almeno un poco, liberato dalle scorie, anche Ferri è rimasto indietro; ma senza posare il piede su quello scalino, è dubbio se alcuno di noi sarebbe salito più in alto. Voglia Iddio che io riesca, nel breve spazio che la vita e la legge ancora mi concedono, a togliere un altro poco dell'ombra, che ancora s'addensa intorno alla sua scoperta luminosa » (Carnelutti, *La lotta del diritto*, cit., c. 2). Se, come ci sembra si debba, si va oltre la non inconsueta 'incolpazione' (rivoltagli ad esempio da Francesco Ferrara; e che certamente talora la 'superbia' fosse un suo tratto capace di alienargli quell' 'amore' degli altri cui spesso egli medesimo faceva riferimento, lo nota in chiusura del suo intervento anche Rescigno) di utilizzare uno stile « messianico », e si riesprime il giudizio in termini meno enfatici, non si potrà negare a tutt'oggi ch'esso conservi un nucleo di notevole lucidità e probabilmente una capacità di suggestione tutt'altro che esaurita anche nei confronti di una storiografia giuridica per solito non certo generosissima col corifeo della 'scuola positiva'. Vedi però, da ultimo, consapevole per altra e indipendente via della non sufficienza di un giudizio meramente 'difensivo', anche Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., che, pur notando il carattere verbalmente « icastico e sguaiato » dell'antilegalismo ferriano, ne osserva tuttavia senza infingimenti la capacità di rottura (fondata nulla di meno che, è bene a questo punto notarlo, « su una concezione *eversiva* della interpretazione »), parla di una « avventura ferriana [...] appartata ed ereticale », eppur non esitante a « relegare in soffitta il vecchio garantismo e, in certa misura, anche il vecchio legalismo, valorizzando invece il giurista interprete provveduto e il giudice », e quindi inseribile senza meno nei « Tempi fertili: gli anni Ottanta », come s'intitola appunto il capitolo dedicato agli uomini nuovi della scienza giuridica italiana e al loro programma per il rinnovamento (spec. pp. 13-22). Né è inutile ricordare che in un testo che comunque non vede il suo fulcro nell'analisi della penalistica italiana, a proposito del c.d. progetto Ferri si parla ancora più oltre di « traduzione sul piano legislativo di un genuino disegno scientifico » (p. 258, nt. 157).

<sup>(18)</sup> Cfr., anche per altri aspetti, le due importanti recensioni di A. Messineo, *Scienza del diritto e diritto naturale*, in « Civiltà cattolica », Anno 90° - Vol. I, 1939, pp. 47-59 e S. Lener, *La 'strada' di Francesco Carnelutti*, in « Civiltà cattolica », Anno 94° - Vol. I, 1943, pp. 285-96.

solo) dell'ostacolo della « irreversibilità del tempo ». Ai nostri fini e per lo spazio che ci possiamo assegnare varrà piuttosto elencare, in modo alluvionale, per accumulo e quasi mettere in attrito tra loro, a coglierne forse le scintille e i barlumi di aperture verso strade talora non percorse (o talaltra magari non percorribili), le formulazioni che tuttora ci sembrano le più originali; con l'avvertenza che tutte andrebbero lette e approfondite alla luce di quella che era una delle più vive, innovative e forse misconosciute esigenze del suo magistero — non per caso, se non culminante, certo riassumibile nella polarità della *Teoria generale del reato* e della *Teoria generale del diritto*, spesso appunto da opposte sponde equivocato o come pancivilismo o specularmente come panpenalismo — l'esigenza, verrebbe quasi voglia di dire spasmodicamente, immoderatamente, baroccamente percorrente ogni sua pagina, quella dell'unità della scienza giuridica: « La scienza, ripeteva in questi giorni con me il Petrocelli, è una massa di concetti con la quale noi trattiamo la realtà come il chirurgo tratta con i suoi coltelli il corpo umano. Il filo dei nostri coltelli è l'astrazione. I concetti concreti stanno, nella migliore delle ipotesi, ai concetti veri come ad una spada tagliente la spatola di Arlecchino. Più tagliano, meglio servono. La via, che dall'esegesi mette al sistema, non ha limiti; è un'insopprimibile esigenza logica e pratica così la teoria particolare come la teoria generale. Perciò una dogmatica a passo ridotto o a compartimenti stagni non sarà mai una dogmatica. La dogmatica o è intera o non è. Il timore di una visione pancivilistica del diritto penale, che turba Bettiol, non è più fondato che quello di una visione panpenalistica del diritto civile: se le sue indagini dalla mia *Teoria generale del reato* si fossero spinte alla *Teoria generale del diritto*, egli non avrebbe durato fatica ad accorgersi che la prima non era un tentativo di sterilizzare il diritto penale, ma di fecondare con i succhi del diritto penale l'intera scienza del diritto. Ma proprio perché i concetti, anzi la dogmatica, che li raccoglie insieme, serve come uno strumento, non dobbiamo confonderla con la conoscenza del diritto. Se bastasse avere dei concetti per conoscere la realtà che, meglio o peggio, ne è rappresentata! Il pericolo della dogmatica è questo, purtroppo, che si faccia del mondo dei concetti anziché del mondo delle cose l'oggetto della conoscenza. Né vi è per noi maestri del diritto un pericolo più insidioso: proprio perché non sono che concetti i comandi o, se

vogliamo, le norme giuridiche, quando poniamo queste ultime come ciò che dobbiamo far conoscere, finiamo per confondere il mondo dei concetti col mondo delle cose. Questo è il punto, sul quale io mi debbo separare da Filippo Grispigni, che mi ha così onorevolmente preceduto nell'insegnamento della procedura penale. Egli considera le norme giuridiche come ciò su cui lavora; io come ciò con cui lavoro »<sup>(19)</sup>. Appunto la precisa coscienza della strumentalità, per non dire della provvisorietà, degli 'arnesi' normativi e dottrinali, rende possibile scavalcare d'un balzo e senza timorosità il confine ch'è sempre stato labile, ma che la autoconsapevolezza della modernità (non solo giuridica) aveva lungamente e con successo tentato di irrigidire e rendere invalicabile, quello tra discorso scientifico (del e sul diritto) e metafisico<sup>(20)</sup>. In Carnelutti vi è non soltanto la chiarezza di visione sufficiente a sbarazzarsi di ogni purismo e a cogliere l'inevitabilità della connessione e collaborazione tra dimensione giuridica e forze 'estrane' o 'esterne', propria certo dei 'maestri', tra i quali, come abbiamo appena visto, senza soverchia ambascia o false modestie, si collocava (« però per quanto si possa andare avanti con questo sistema, per qualsiasi norma giuridica, anche di quelle la cui natura giuridica non è contestata dal più rigido purismo [...] si arriverà sempre ad un certo limite, in cui non solo manca chi possa imporre il dovere di subire la coazione e non è più possibile se non il costringimento di fatto, ma, quel che attualmente ha per me importanza maggiore, il diritto cessa di far calcolo sopra

---

<sup>(19)</sup> Carnelutti, loc. ult. cit., c. 13.

<sup>(20)</sup> Del resto, con inconsueta durezza, chiarita anche dalle voci di riferimento prescelte, ancora in quel torno d'anni (settembre 1959) Carlo Bo poteva annotare: « Eppure non sono mancati avvertimenti e gridi d'allarme. Mauriac ripete delle parole di Bernanos a cui non abbiamo allora prestato fede: "non si può capire niente della civiltà moderna, se prima di tutto non si riconosce che essa è una cospirazione universale contro qualsiasi forma di vita interiore". Bernanos è stato profeta mentre, per conto nostro, continuavamo a pensare che la salvezza stesse nel cuore degli uomini e respirasse nella religione della vita interiore. La cospirazione di cui parlava Bernanos e di cui negli ultimi vent'anni abbiamo registrato gli spaventosi progressi da per tutto, senza esclusione di patrie spirituali, ha vinto. Al punto che le vecchie ambizioni intime, i rapporti spirituali non hanno più senso: più importante sembra stare da tutt'altra parte, nella dispersione nel rumore, nel vago delle piccole aspirazioni, insomma in una vita priva di qualsiasi confronto superiore » (Bo, *Siamo ancora cristiani?*, cit., pp. 188-89).

la possibilità di tutelarsi coi propri mezzi ed è costretto a ricorrere alla protezione di altre forze estranee, e, adattiamoci pure a dirlo, di forze morali. Differenza altra non v'è se non che per talune norme il limite è più lontano, per talune altre più prossimo. La fonte del diritto, talora prima, talora più tardi, *ma ad un certo punto sempre*, si trova nella necessità di invocare l'aiuto di forze di natura estragiuridica, e spesso anzi cede loro, per buone ragioni, il campo prima del bisogno » (21)); non c'è soltanto questo, ma v'è di più: la praticata convinzione, e praticata talora col ritorno a distinzioni di sapore antico, talora con arditissime anticipazioni di temi che solo dopo molti anni cominciano a poter essere a malapena compresi, che la stessa dogmatica è tutta sostanziata di assunzioni metafisiche, che una buona (utilizzabile) dogmatica è (anche) il frutto di una buona, o non troppo cattiva, metafisica. La quale, inoltre, andrebbe almeno onestamente dichiarata. Ora si può ben immaginare come il riferimento carneluttiano alla metafisica, inusitato nella sua implicita ed esplicita assorbenza non solo agli orecchi dei più tetragoni tecnici del diritto, ma persino per un più che acuto filosofo del medesimo quale Luigi Caiani — che imputava al Nostro, in sostanza, un duplice forzato estrinsecismo (« 1) la continua smentita della omologia tra natura e storia, tra leggi naturali e leggi giuridiche nel suo concreto lavoro di scienziato; 2) l'artificiosa ed estrinseca unità asserita da Carnelutti in nome di una *trascendenza metafisica* che lo obbliga ad assoggettarsi ad un 'disegno unitario' forzato » (22)) —, non potesse non diventare la (facile) testa di turco di tutti i suoi (molti) critici, a loro volta ancora profondamente intrisi di 'pregiudizi' moderni e vieppiù aizzati dal suo porsi, come notava finemente (e da par suo tutt'altro che acrimoniosamente) Vittorio Emanuele Orlando, riferendosi alla *Teoria generale del diritto* del 1940, « in netto contrasto », negli ultimi anni se possibile accentuato, « col tipo attuale di produzione scientifica, diciamo così, cooperativistica, per accostarsi a quello personale degli scrittori del XVI e XVIII. Per quanto ci è stato dato di osservare, quest'ultimo suo libro non

---

(21) Vedi in particolare F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto* (come cit. sub nt. 29), n. 81, *Forza giuridica*, pp. 195 ss., 197.

(22) Cfr. Coccopalmerio, *Francesco Carnelutti*, cit., p. 113 con riferimento al tuttora seminale L. Caiani, *La filosofia dei giuristi italiani*, Cedam, Padova 1955, p. 89.

contiene la citazione di un sol nome di autori: il che non potendo certo essere accidentale, risponde evidentemente ad un proposito » (23). Così non dovrebbe riuscire difficile immaginare a quali reazioni potesse in ipotesi andare incontro e ancor oggi rischi di andare incontro, nelle mani di un positivista ‘tipico’, una pagina come la seguente: « L’uomo è al centro del diritto penale, anzi del diritto. Ma cos’è l’uomo? Qui soccorre tosto ai giuristi, e ai penalisti per primi, una amara definizione: *homo homini lupus*. Ferri l’ha visto così. Diciamo la verità; è difficile, per un penalista, non vederlo così. Il lupo sbrana; e gli uomini si sbranano a vicenda. È la guerra. Ma la guerra fa male; e gli uomini hanno bisogno del bene. La pace fa bene. *Pax et bonum*, nel motto francescano, non tanto vogliono dire due diverse cose, quanto due aspetti diversi della medesima cosa. Gli uomini, se fossero liberi, avrebbero la pace e il bene; perché non li hanno è facile dubitare che abbiano la libertà. Difatti affinché li abbiano, *il diritto si ingegna a sostituire la libertà*, a tal fine operando in due opposti sensi: vietando agli uomini il delitto e permettendo loro il contratto. Così impedisce di fare la guerra e offre la possibilità di fare la pace. Allora la guerra diventa un delitto e al suo posto un altro mezzo serve a fare la pace. *Sostituire al delitto il contratto è, in parole povere, il programma del diritto*. Tale è il confine fra il *diritto penale* e il resto del diritto che, per essere contrario al penale, si chiama *civile*; e bene si chiama così perché veramente, offrendo agli uomini un mezzo diverso dalla guerra per risolvere tra loro i conflitti d’interessi, instaura la civiltà: finché è *lupus* l’uomo non è *civis*. Il confine dunque, per intendersi, corre sul displuvio tra il male e il bene: il diritto penale tende ad impedire agli uomini di farsi del male; il diritto civile a permettere che si facciano del bene » (24). Non è difficile, e non era difficile, concludere, come incomprensivo e sarcastico e senza preoccuparsi troppo di contestualizzare fece infatti Francesco Ferrara, che ad altro proposito ma ciclicamente esclamava: « Ma questo è *metafisica* e della peggiore marca » (25).

---

(23) V.E. Orlando, *La teoria generale del diritto di Francesco Carnelutti*, in « Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto », Anno XXII - Serie II, luglio-ottobre, 1942, p. 294.

(24) Carnelutti, *La lotta*, cit., cc. 2-3.

(25) F. Ferrara, *Teoria del diritto e metafisica del diritto (a proposito di una*

Eppure anche a non simpatizzare, oltre che con lo « stile messianico »<sup>(26)</sup>, con un ‘pessimismo’ e una impostazione vagamente agostiniani del nostro, non si può non rilevare come in questo testo ancora riaffiori uno dei momenti chiave — non invece estrinsecamente unificante, ma piuttosto ancora e oggi forse più carico di potenzialità — della concezione carneluttiana, quello per intenderci che lo aveva indotto, attirandosi accuse di ‘medievalizzazione’ e fors’anche di indebito economicismo, a fondare il suo discorso processualistico sul concetto di *lite*<sup>(27)</sup>, un momento che la lucidità di uno dei suoi grandi (ma forse in questo caso particolarmente inusitato) interlocutori non si era certo lasciato sfuggire; ovvero la centralità del momento del *conflitto*, la tendenza quasi a leggere tutto il diritto come sotto le specie del conflitto<sup>(28)</sup>, e quindi in definitiva a vederlo come strutturato in « *comandi effettivi, situazioni effettive, fatti effettivi* » e, perlomeno appunto dalla terza edizione della *Teoria*<sup>(29)</sup>, culminante nel momento del *giudizio*<sup>(30)</sup>. Non solo, ma il passo costituisce la premessa per una serie di considerazioni anche dogmatiche talora sorprendenti, guidate come sono dall’idea della necessaria rettificazione di confini tra il diritto sostanziale e quello processuale, a ‘favore’ di quest’ultimo, che alla luce di più o meno recenti esperienze, potranno apparire meno eccentriche o peregrine e più legate a concreti problemi di prassi ed esperienza (si direbbe

---

*recente pubblicazione*), Pacini Mariotti, Pisa 1942, p. 227 (estratto da « Archivio di Studi Corporativi », XIII, 1942). Si tratta di una lunga recensione alla prima edizione della *Teoria generale del diritto*, Ed. del ‘Foro Italiano’, Roma 1940, a nostro avviso, fondamentale per la comprensione, in filigrana, della medesima e della sua (s)‘fortuna’. Speriamo di poter altrove più a lungo soffermarci sulla questione.

<sup>(26)</sup> Ivi, p. 276.

<sup>(27)</sup> Cfr. C. Di Serego, *Il processo senza lite. Prefazione del prof. Francesco Carnelutti*, Cedam, Padova 1930.

<sup>(28)</sup> Sul punto ci soffermeremo più avanti perché si tratta non solo di un punto cardine della *Teoria generale* ma del rapporto del Nostro con la teoria (romaniana) della pluralità degli ordinamenti giuridici: cfr. V.E. Orlando, *La teoria generale del diritto di Francesco Carnelutti*, cit., pp. 315-16.

<sup>(29)</sup> F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto. Terza edizione riveduta e ampliata*, Ed. del Foro Italiano, Roma, 1951.

<sup>(30)</sup> Cfr. E. Fazzalari, *Francesco Carnelutti teorico generale*, in *Francesco Carnelutti a trent’anni dalla scomparsa*, cit., pp. 23-28.

quasi, perlomeno da un lato, di un ‘garantismo’ tutto *sui generis* <sup>(31)</sup> di quanto la formulazione, che a taluno potrà apparire ‘concettualistica’ <sup>(32)</sup>, non lasci supporre: « ma il male comincia quando tra i due settori del diritto penale la materia è ingiustamente distribuita.

---

<sup>(31)</sup> Si veda il saggio assolutamente da recuperare non solo all’indagine dello storico nel quale il Nostro, fin da subito e non in circostanze ‘compromesse’ (si tratta anzi già allora di una causa con imputati di detenzione illecita di sostanze stupefacenti), solleva come questione di costituzionalità le problematiche centrali della partecipazione della difesa alla formazione della prova nel dibattimento: « Il magistrato dunque aveva ragione; ma l’imputato si trovava di fronte alla sua richiesta, in una condizione di inferiorità, che la civiltà giuridica e giudiziaria non dovrebbe tollerare: *è lecito tener conto, in giudizio, di prove formate senza il concorso e perciò senza il controllo della difesa?* [...] Esigenze tecniche, delle quali non disconosco punto il valore, operano nel senso che una prima acquisizione avvenga segretamente, nella fase istruttoria: ma appunto perciò si tratta di una acquisizione provvisoria, la quale può servire per assolvere l’imputato, ma non per condannarlo. *La condanna non si può pronunciare se non quando l’acquisizione sia ripetuta nel giudizio pubblico con ogni garanzia e pertanto prima di tutto con la garanzia del contraddittorio.* Non ignoro che vi sono dei casi nei quali il rispetto del diritto della difesa potrebbe privare il processo di prove utili o perfino necessarie all’accertamento dei fatti; ma il problema è se di tali prove, acquisite provvisoriamente senza il concorso della difesa, ci si possa fidare. Pertanto già la norma dell’art. 462, n. 3, cod. proc. pen., in quanto consente la lettura dei processi verbali degli esami subiti da un testimone nel corso dell’istruzione, quando egli non può essere riesaminato all’udienza, perché è morto o perché è irreperibile, mi lascia molto perplesso quanto alla sua obbedienza al principio statuito dal secondo comma dell’art. 24 della Costituzione. Comunque, a niuno può sfuggire la differenza tra il caso del testimone morto o irreperibile, o comunque divenuto fisicamente incapace di rispondere alle domande del giudice, e l’altro caso previsto dagli art. 348, n. 3, e 465 [...] Si potrà anche concedere (sebbene, come ho già detto, mi sembri molto dubbio, che questo diritto venga meno per forza maggiore, cioè nel caso di morte, di irreperibilità o di sopravvenuta incapacità fisica del testimone; ma non invece *per un evento che si risolve in un errore del giudice*; non si dimentichi infatti che il proscioglimento di un imputato implica sempre un errore giudiziario; non sarà, nella maggior parte dei casi, un errore colpevole, ma errore è; se il giudice avesse conosciuto la verità, colui che è stato prosciolto non sarebbe neppure stato imputato » (F. Carnelutti, *Una legge incostituzionale nel codice di procedura penale?*, in « Il Foro Italiano », LXVIII, 1958, parte IV, cc. 2-3; corsivi nel testo).

<sup>(32)</sup> Ma in generale sugli equivoci storicamente originari e sull’improprietà dell’imputazione spesso poi facilmente ripetuta anche a tutt’altri propositi di *Begriffsjurisprudenz* bisogna vedere da ultimo J. Schröder, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule*, C.H. Beck, München 2001, pp. 268-71.

Il criterio della divisione dovrebb'essere, dicevo, la differenza tra il reato e la pena; quest'ultima è affare del giudice, quello affare del reo. Invece s'è ritenuto sinora che tutto quanto riguarda, diciamo, la *statuizione* della pena appartenga al diritto penale materiale e al diritto processuale soltanto quanto concerne la sua *applicazione*. Questo punto di vista mi sembra logicamente erroneo e praticamente nocivo. Le norme, che statuiscono la pena, hanno il medesimo contenuto di quelle, le quali dispongono come dev'essere applicata: le une e le altre governano un'attività del giudice. La sanzione penale non è, come la sanzione civile, uno strumento che possa essere adoperato dalle parti; non v'è che il giudice, il quale la debba maneggiare: la restituzione o il risarcimento del danno possono avvenire fuori del processo, ma né l'offeso può punir l'offensore né questi può punirsi da sé. Più al fondo, non si può punire senza giudicare, né, viceversa, giudicare senza punire; questa irresolubile identità del giudizio con la pena è il segreto, anzi il dramma del diritto penale. *La punizione, purtroppo, non comincia con la condanna; ma è cominciata ben prima di questa col dibattimento, con l'istruzione, con gli atti preliminari, anzi col primo sospetto, che colpisce l'imputato; tanto il giudizio penale è punizione* che spesso perfino l'imputato vi si assoggetta *in vinculis* come se fosse già stato condannato; *il dramma è che egli è punito per sapere se debba essere punito*. Né, dall'altro capo, il giudizio con la condanna è terminato, *ma deve e più dovrà protrarsi, man mano che il diritto penale riuscirà a superare la fase presente, che è precivile, se non proprio incivile; dovrà, dico, protrarsi fino all'ultimo istante dell'espiazione: non tanto l'ipotesi della revisione quanto la modificazione progressiva del regime penitenziario, culminante nella liberazione condizionale del recluso, ne offrono, fin d'ora, una pallida prova* <sup>(33)</sup>. Quel distacco della pena dal giudizio, sul quale è fondata la distinzione corrente tra i due rami del diritto penale, è dunque un abbaglio: il giudizio come la pena cominciano dove finisce il reato. Il quale abbaglio, non è punto, come a prima vista si potrebbe credere, innocente. Il vero è che, relegata nell'ultimo capitolo dei trattati di diritto penale, la teoria della pena è stata finora la cenerentola della scienza del diritto.

---

(33) Corsivi nostri.

Come nel campo della medicina lo studio della malattia ha sopraffatto per lungo tempo lo studio del farmaco, così è avvenuto per la patologia al confronto della farmacologia giuridica. *Perché si punisce* è una questione metafisica che i giuristi abbandonano volentieri alla filosofia; *come si punisce* è una questione empirica, che abbandonano al mestiere. *Come si giudica*, questo dovrebbe essere, secondo loro, il compito della scienza; ma non si accorgono che castigando si giudica e giudicando si castiga! *Tra il diritto penale materiale e processuale è dunque inevitabile una rettificazione dei confini. La teoria della pena da ultimo capitolo del diritto penale materiale deve diventare il primo del diritto penale processuale* <sup>(34)</sup>. È probabile che il diritto penale materiale non s'accorga nemmeno della perdita; i grandi trattati di diritto penale non vedranno diminuita la loro mole maestosa eliminando le poche pagine affrettate, che ciascuno di essi usa dedicare a quel trascurabile argomento che è la pena. Può darsi, tuttavia, che, coltivato da mani più amorose, il terreno finora sterile sia destinato a diventare un giardino » <sup>(35)</sup>. E si potrebbe continuare ancora a *épater*, accennando magari all'uso di una parabola celebre per giungere alla formulazione anch'essa gravida di implicazioni, seppur per alcuni (moderni 'antispiritualisti' o più semplicemente concordi in senso oggettivo con l'analisi bernanosiana) forse pericolosa sin verbalmente, di pena come *misura penitenziale*: « così, per esercitare un'efficacia repressiva del reato, la pena deve essere *penitenza*. Ecco intanto il secondo termine da contrapporre alla misura di sicurezza [...] poiché la pena reprime il reato attraverso la penitenza, perché non parleremo dunque, in antitesi alla misura di sicurezza, di *misura di penitenza* o *misura penitenziale*? *La precisione di queste parole non è dovuta a desiderio di novità né a spirito di pedanteria* <sup>(36)</sup>. Fino a che non si sia decisamente affermato il carattere repressivo della pena e questo carattere non si spieghi nella penitenza *noi continueremo ad abbandonarci al consueto modo di pensare* <sup>(37)</sup>, il quale, se non di diritto, di fatto limita alla prevenzione lo scopo della pena: vanamente crediamo di superarlo quando, arrestandoci alla retribuzione,

---

<sup>(34)</sup> Corsivi nostri.

<sup>(35)</sup> Carnelutti, *La lotta*, cit., c. 4.

<sup>(36)</sup> Corsivo nostro.

<sup>(37)</sup> Corsivo nostro.

cerchiamo nella pena la ragione della pena. *Il vero è che se la stessa formula dell'emenda ci lascia insoddisfatti, ciò avviene perché essa non esprime una trasformazione del reo così profonda da proiettarsi anche nel passato né eccede, così, i limiti della funzione penale preventiva; bisogna, per decidersi a varcarli, lanciare il linguaggio del diritto sulle vette del pensiero cristiano sostituendo a codesta formula scialba il verbo luminoso della redenzione* <sup>(38)</sup>. Così, quando si formi in noi sempre più la consapevolezza che una pena, la quale non possieda efficacia penitenziale, non è che una mezza pena, perché del male combatte la possibilità ma non l'esistenza, *noi cominceremo finalmente ad orientarci per la soluzione tecnica del problema penale* <sup>(39)</sup>. Il principio è che la pena deve consistere in un trattamento del condannato il quale non tanto sia idoneo a trattenere lui, e gli altri in seconda linea, dal commettere nuovi reati, quanto a provocare in lui il pentimento, attraverso il quale soltanto è possibile ottenere *il suo riscatto cioè la sua liberazione* » <sup>(40)</sup>.

Il carattere espressionistico e terminologicamente creativo della fantasia giuridica <sup>(41)</sup> del Nostro, come è noto, non conosce i confini disciplinari. È pressoché impossibile citare tutte le occasioni in cui si è potuto manifestare, e già Orlando aveva notato come « il modo stesso onde procedono le creazioni carneltuttiane si porrebbe come un ostacolo ad una sintesi costruttiva. Il Carnelutti infatti, riaffermando anche in ciò il suo temperamento di autentico giurista, non ha proceduto insediandosi in un centro per diffondersi verso la periferia, subendo più o meno coscientemente la suggestione di una preconcepita idea centrale. Il suo procedimento è precisamente inverso; egli ha vissuto in maniera diretta e immediata la vita reale del diritto; e quindi innanzi tutto come lotta, in forma dinamica, non statica. Da ciò una prima spontanea concentrazione del suo sforzo spirituale nei campi in cui più intenso è il dinamismo, sia

---

<sup>(38)</sup> Corsivo nostro.

<sup>(39)</sup> Corsivo nostro.

<sup>(40)</sup> Ivi, c. 9. Anche in questo caso il corsivo è nostro.

<sup>(41)</sup> Espressione non a caso indagata da P. Grossi, *La fantasia nel diritto*, in « Quaderni Fiorentini », 15, 1986, 589-92 e per Carnelutti esplicitamente richiamata, seppure con inflessione negativa, da F. Ferrara, *Teoria del diritto e metafisica del diritto*, cit., p. 234.

pure dovuto a forze diverse: nel diritto commerciale, che verso il diritto privato può considerarsi come in geologia la tettonica verso la formazione della terra; nel processuale, in cui la lotta in atto fra interessi contrastanti costituisce il presupposto immediato; nel penale, in cui l'idea dell'illecito si pone verso l'idea del diritto come una negazione assoluta e costante, quasi come in un dualismo zarathustriano » (42): ne vogliamo accennare ancora solamente alcuni ad accreditare un po' più da vicino il punto che ci interessa. Appena un accenno e un rinvio basterà per la celeberrima definizione del contratto collettivo (« un ibrido che ha il corpo del contratto e l'anima della legge » (43)); antesignana di tematiche attualissime la riflessione su corpo e trattamento medico del 1957 (44); a squarci illuminante — ove approfondita anche nella prospettiva degli sviluppi della genetica allora solo lontanamente ipotizzabili e per i quali odiernamente prevale un atteggiamento di scontro polemico — la trattazione, a proposito della questione della istituzione condizionale, della condizione del non concepito come legata alla non irrealtà del futuro e alla non essenzialità dell'esistenza per la sua rilevanza e 'legittimazione': « il non concepito, dunque, è un *possibile* per quanto non sia *un esistente*; e pertanto non è un *irreale* o *un nulla* che si voglia dire. Ora l'esistenza è bensì richiesta quanto all'oggetto del negozio; ma quanto alla causa no. L'oggetto è nel passato. La più corretta concezione della causa la ha ormai risolta nel fine: e il fine è il futuro [...]. Quella che conta per il fine non è l'esistenza ma la possibi-

---

(42) V.E. Orlando, *La teoria generale del diritto*, cit., p. 290. Da parte sua G. Capograssi, *Leggendo la "metodologia" di Carnelutti*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », XX, 1940, p. 24, così analogamente si esprime in proposito: « chi fa, ci viene a raccontare quello che fa. Il sogno di Proudhon e di Sorel: l'operaio che fa la filosofia del suo lavoro ».

(43) Si veda sul Carnelutti lavorista la disamina, anche con punte assai critiche, di U. Romagnoli, *Francesco Carnelutti e il diritto del lavoro*, in *Francesco Carnelutti a trent'anni dalla scomparsa*, cit., p. 78.

(44) F. Carnelutti, *Discorso tenuto nella seduta conclusiva delle giornate di studio sulle indicazioni e i limiti del trattamento dei cancerosi in fase avanzata*, in « Bollettino di Oncologia (della Lega Italiana per la lotta contro i Tumori) », XXXI, 4, 1957, pp. 3-10.

lità » (45). E, più in generale — nonostante le anche storicamente non troppo edotte frecciate critiche ferrariane (46) — le riflessioni sui rapporti tra i concetti di uomo (e corpo), persona, soggetto, individuo, quando Carnelutti « studia l'uomo come *oggetto giuridico* », talora procedendo « allo *sdoppiamento* tra l'*entità subbiettiva* ed *obbiettiva* dell'uomo »: « quel che noi chiamiamo uomo nelle due posizioni non è la medesima cosa, e appunto a denotare la differenza serve la distinzione tra *uomo* e *persona*. Persona è soltanto l'uomo *come soggetto*. Vale a dire il suo spirito considerato in libertà dalla forma (cioè del suo corpo). L'uomo come oggetto non è solamente il corpo, ma questo *in combinazione* con lo spirito, e quindi *spirito intrisecato nel corpo* »; e giungendo infine ad affermare che « esistono diritti *su un altro uomo*, e diritti *sul proprio uomo*, cioè su sé medesimo » (47). Se pure dunque si voglia accedere alla tesi e alla sorpresa del critico, non si potrà dividerne la chiusa liquidatoria — « e questo il Carnelutti chiama teoria generale del diritto? Ma questa è metafisica del diritto, è sottigliezza stramba di idee che non ha alcuna serietà scientifica » — poiché si mostra, anche nella proiezione pratica futuribile così cara al Nostro, come questo approccio teorico o metafisico sia in realtà una forma di personale rivisitazione di una sorta di — in apparenza rapsodica — capacità generatrice e produttiva della 'metafisica' come nocciolo irrinunciabile di una dogmatica giuridica al contempo 'forte' e 'pratica', perché viva nella necessaria interazione di guida e di reciproca sequela col giudizio magistratual-giurisprudenziale. Non soltanto quindi, come pure è, anche nella sua ultima fase, il tentativo di pervenire ad una (in ipotesi astratta) « unificazione di tutti i vari metodi, di cui finora si erano serviti i singoli cultori dei singoli rami » e, pertanto, di pervenire ad un risultato 'leibniziano'

---

(45) F. Carnelutti, *Nuovo profilo della istituzione dei nascituri*, in « Il Foro Italiano », LXXIX, 1954, vol. LXXVII, parte IV, cc. 57-59.

(46) Sulla concezione, nella tarda dottrina del diritto comune, ed in specie nell'opera, allora celebre, di Johann Nikolaus Hert, secondo la quale un uomo (persona fisica) può racchiudere in sé *più persone* (in senso giuridico) cfr. di chi scrive « *Status accipitur tripliciter* », in *Studi in memoria di M.E. Viora*, Fondazione Sergio Mochi Onory per la storia del diritto italiano, Roma 1990, pp. 110 ss.

(47) Cfr. F. Ferrara, *Teoria del diritto e metafisica del diritto*, cit., pp. 257-58.

— nella storia dell'influenza in realtà appunto forse non centrato, allo stato, ma pure ancora suggestivo di eventuali insemminazioni, come s'è visto, di grande momento — « di sostituire a tutta la attuale tecnica specializzata di tutti i varii rami del diritto positivo un'unica tecnica, un'eguale inquadratura sistematica, un eguale procedimento critico: si raggiungerebbe insomma l'ideale di una vera unità del diritto come studio e come applicazione » (48). Ma soprattutto l'espressione, talora carsicamente visibile e feconda, talora piuttosto simile al vagare di 'pericolosi' iceberg concettuali, di una realtà sottostante. Una realtà esplicitamente riconosciuta (« il principio della pluralità interna degli ordinamenti è pertanto una scoperta preziosa, la quale ha permesso di conoscere a fondo il congegno della produzione giuridica. *Soprattutto essa ci ha fatto capire come la produzione del diritto non avvenga tutta in un regime di sovranità, ma in gran parte in un regime diverso*, che adesso bisognerà chiarire »), quella della connessione tra produzione spontanea e produzione conflittuale del diritto (conciliata spesso coattivamente da forze giuridiche o in un futuro forse non più preponderantemente giuridiche, la c.d. « morte del diritto ») che deve trovare nel giudizio la sua superiore verità. Ma il giudizio, anche quello di legalità, anzi soprattutto quello, è frutto, « negli ordinamenti saldamente costituiti », di un « atto di adesione » e quest'« atto di adesione che è al fondo di ogni giudizio di legalità, finisce per ridursi o per contrarsi talmente da sfuggire quasi interamente all'attenzione; ma basta osservare ciò che avviene in un periodo di crisi per avere la certezza della sua esistenza e del suo valore »; e l'adesione non è altro che all'idea di *ordine*: « ciò vuol dire che, in ultima analisi, il giudizio intorno all'efficacia del fatto giuridico implica quello intorno alla giustizia del comando e tanto più della norma, che ne definisce la giuridicità, e il giudice è insieme, più o meno consapevole, giudice della parte e giudice del legislatore [...] Non v'è giurista pensoso, il quale non debba avvertire ogni giorno tra legislatore e giudice questa lotta di supremazia, la cui radice profonda è in quella irriducibilità del

---

(48) V.E. Orlando, *La teoria generale*, cit., p. 305.

principio etico in regole fisse, che a suo tempo ho cercato di chiarire » <sup>(49)</sup>.

Qualcosa oltre il diritto ovvero « qualcosa oltre le leggi » <sup>(50)</sup>.

---

<sup>(49)</sup> F. Carnelutti, *Teoria generale*, cit., pp. 402-403. Cfr. anche G. Marini, *Giudice regale. L'ordinamento giuridico italiano tra certezza e giustizia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1995.

<sup>(50)</sup> F. Carnelutti, *Profilo del pensiero giuridico italiano*, cit., p. 11



GIOVANNI CAZZETTA

NATURA DELLE COSE E SUPERBIA  
DEL LEGISLATORE

GIUSEPPE CAPOGRASSI E IL DIRITTO AGRARIO  
ITALIANO DI METÀ NOVECENTO



1. « *La mano di ognuno nell'opera comune* »

« [...] c'è la tendenza nell'esperienza giuridica attuale di ridurre al minimo le posizioni di diritto che siano senza fondamento di attività e di effettività. Non si tratta di ideologie o peggio di filosofie di addottrinati: si tratta del fatto che le cose sociali si sono messe in questo stato di necessità, che non è possibile portare a termine l'opera comune della vita d'ognuno e della vita associata, senza che ognuno ci metta effettivamente la mano: e il diritto tende a misurarsi a questo effettivo metter la mano di ognuno nell'opera comune ».

La critica alle fumosità, all'astratta lontananza dalla vita, delle « filosofie di addottrinati » e l'attenzione verso la ricca complessità dell'*esperienza giuridica* consentono agevolmente di ricondurre il testo molto noto al suo non meno noto Autore. La scrittura è quella di Giuseppe Capograssi e la pagina è tratta dal denso e raffinato saggio offerto, nel 1952, per il trentesimo anno di vita della « Rivista di diritto agrario » di Giangastone Bolla <sup>(1)</sup>.

Non si tratta di una celebrazione, ma di un incontro; un incontro, quello tra il filosofo di Sulmona e il diritto agrario, che può ben dirsi inevitabile. Proteso a leggere il diritto come espressione della *vita vissuta nell'esperienza*, Capograssi è affascinato dal rifiuto di astrazioni e dal continuo rinvio al mondo dei fatti prospettato da gran parte della gius-agraristica di quegli anni. Il diritto agrario — che « non può essere studiato senza che sia studiata l'esperienza

---

<sup>(1)</sup> Lo scritto *Agricoltura, diritto, proprietà* compare nella « Rivista di diritto agrario », XXXI, 2, 1952, pp. 246-79 (la citazione è a p. 272; continuerò qui a citare da questo testo) e, contemporaneamente, nel volume *Il trentennio della Rivista di diritto agrario 1922-1951* (Coppini, Firenze 1953); negli anni successivi è pubblicato nelle *Opere di Giuseppe Capograssi*, Giuffrè, Milano 1959, vol. V, pp. 269-310 [d'ora in poi citato come *Opere*] infine è presente, assieme ad altri scritti dell'ultimo periodo di Capograssi, in *Incertezze sull'individuo* (con introduzione di S. Cotta), Giuffrè, Milano 1969, pp. 43-81.

diretta e concreta nella quale e dalla quale nasce » (2) — si presenta agli occhi di Capograssi come un diritto che è nell'esperienza, che scaturisce dall'esperienza, che non invoca dall'esterno la sua autonomia, esigendo continui interventi normativi, che non ambisce a porre astratti principi generali. Il diritto agrario semplicemente 'esiste' perché è visibile nei fatti, perché scaturisce dai fatti, perché è sorretto da fatti normativi e dalla natura delle cose.

*Il fatto, i fatti, i fatti normativi, il mondo dei fatti, le cose, la natura delle cose:* è su questo terreno che l'incontro tra il Capograssi che indaga nel secondo dopoguerra lo « stato di necessità » in cui si sono messe « le cose sociali » e la riflessione gius-agraristica maturata negli anni antecedenti appare inevitabile.

Nella crisi di certezza del secondo dopoguerra, Capograssi invita ripetutamente i giuristi a 'inventariare' i fatti (in un suo scritto di questi anni dice di volersi porre come « una specie di amanuense, semplice raccoglitrice di fatti » (3)) perché solo i fatti aiutano a comprendere una realtà in mutamento che si presenta come sottratta alle tradizionali forme ordinanti custodite dai giuristi (« la loro singolare e caratteristica vacuità [...] si prestava a qualunque attentato » (4)), perché è solo nei fatti che si può cogliere la « grandiosa trasformazione che il sistema del diritto va subendo » (5). Di fronte a un ordinamento giuridico che appare come oramai privo della

(2) Capograssi, *Agricoltura, diritto, proprietà*, cit., p. 271, in nota.

(3) Id., *L'ambiguità del diritto contemporaneo* (in *La crisi del diritto*, Cedam, Padova 1953, pp. 13 sgg.; poi in *Opere*, vol. V, pp. 385 sgg.), in *Incertezze sull'individuo*, cit., p. 85, in nota. Occorre — scrive — « limitarsi ai fatti, cercare di coglierli, seguire le linee di svolgimento dei fatti, e vedere dove ci portano » (*ibidem*). Già presente nelle *Premesse* allo scritto *Analisi dell'esperienza comune* del 1930 (in *Opere*, vol. II, p. 3 sgg., ove si afferma, con Blondel, che lo scritto « vorrebbe essere un 'inventario' dei fatti fondamentali dell'esperienza »), il tema della centralità del fatto è esasperato soprattutto dopo la seconda guerra mondiale: « Bisognerebbe fissare i fatti e le idee della catastrofe. Lavoro umile e faticoso di constatazione e di raccolta di dati, arido come un processo verbale; ma appunto si dovrebbe cominciare a fare il processo verbale di quello che è successo ». Così in *Il diritto dopo la catastrofe* (in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, Cedam, Padova 1950; poi in *Opere*, vol. V, pp. 151 sgg.) in *Incertezze sull'individuo*, cit., p. 3.

(4) Id., *Il diritto dopo la catastrofe*, cit., p. 28.

(5) Id., *Agricoltura, diritto, proprietà*, cit., p. 272.

« sua funzione » e del « suo fondamento » (6), i fatti evidenziano spietatamente che l'ordine incentrato sulla sovranità dello Stato, sul mito dello Stato, è in frantumi: l'*inventario* altro non è, in fondo, che un impietoso ritratto della sconfitta di uno Stato che — sempre più lontano dall'originario compito di far « valere i principi i fini e i valori dell'individuo e del mondo sociale » — si è posto « come assoluto creatore della vita sociale », ha preteso di porre la sua « pura e nuda volontà, il suo assoluto arbitrio come diritto, come il diritto », asservendo « il suo potere di creare il diritto » a « dottrine di morte » e fornendo loro « il suggello della legge e dell'ordine giuridico » (7). Imposta dalla 'fine dell'ordine' (dalla distruzione, dal disordine della guerra, dalla catastrofe) e dalla conseguente crisi dei troppo semplici miti del positivismo giuridico, la supremazia dei fatti mostra un ordine che è insito nelle cose, che è storicamente radicato in una dimensione (che si presenta in quel momento come tutta da riscoprire) di naturalità del diritto e non di diritto naturale.

La 'raccolta di fatti' proposta dal filosofo abruzzese si inserisce appieno nella tormentata riflessione della scienza giuridica italiana del secondo dopoguerra sul tema della 'crisi del diritto' (8). Capograssi non ingabbia il riferimento alla crisi del diritto in una formula onnivale (9) ma la utilizza per ripercorrere i temi essenziali della sua filosofia. *Crisi* è rottura di quel « mondo ordinato » su cui la scienza giuridica aveva preteso di erigere il suo coerente sistema (« la moderna scienza giuridica [...] non durava fatica a ritrovare in questo mondo ordinato il sistema, che era dentro alle manifestazioni di quella volontà di ordine che era il diritto »); *crisi* è pertanto consapevolezza, tanto improvvisa quanto drammatica, dei « disor-

---

(6) Id., *Il diritto dopo la catastrofe*, cit., p. 29.

(7) Ivi, pp. 28-29.

(8) Anche se occorre precisare che Capograssi tese a sottrarsi dall'utilizzare in modo ampio, generico ed emotivo l'espressione 'crisi del diritto': « si rileva agevolmente che non è — né può essere — in crisi il diritto quale dimensione ontica d'una società ma piuttosto l'artificioso tentativo di semplificazione e di costrizione a cui il diritto era stato sottoposto negli ordinamenti moderni » (così P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè, Milano 2000, p. 276).

(9) Cfr. S. Cotta, *Introduzione a Capograssi, Incertezze sull'individuo*, cit., pp. XIV sgg.

dini segreti che compo[nevano] l'ordine apparente della realtà »<sup>(10)</sup>. I fatti dimostrano che tutto è mutato, che tutto è meno semplice. *Prima della catastrofe*, in un mondo in cui persino « il problema della storia » sembrava vinto, « tutto tendeva a farsi astratto » e le astratte certezze dei giuristi, ignare del « dolore nascosto sotto l'ordine di quella vita », esorcizzavano i « disordini segreti » della realtà, non comprendevano che « la crisi di quel mondo era proprio la mancanza di crisi »<sup>(11)</sup>. *Dopo la catastrofe*, avere consapevolezza della crisi significa negare le astrazioni per leggere (e riscoprire) nella terribile concretezza dei fatti una nuova dimensione ordinante del diritto.

Oltre il vecchio (astratto) ordine giuridico, è dunque nel 'disordine' imposto dalla guerra (« punto di rottura di quell'equilibrio del mondo senza crisi »<sup>(12)</sup>), dalla distruzione, dal dolore, dalla catastrofe, che occorre scoprire — per terribile necessità — nuovi valori fondanti. La supremazia dei fatti, in quella che si presenta come una « situazione di società riportata alle origini », una società fondata sui « bisogni elementari dell'esistenza », appare inevitabile.

« Questo ritorno della vita a condizioni elementari, e la necessità di provvedere ai bisogni di una umanità, stremata in uno stato di indigenza [...] fa scoprire e riscoprire la vitale importanza delle cose, dei beni, delle forze produttive, dei processi obiettivi necessari per soddisfare quei bisogni. Necessariamente entrano in prima linea le cose, cioè i beni, i processi, le leggi obiettive e strutturali delle produzioni e delle istituzioni. Avviene quasi automaticamente, al di fuori di ogni consapevolezza e intenzione, uno spostamento di valori. Al posto delle persone subentrano le cose. [...] Bisogna provvedere alla vita degli uomini, ma per provvedere bisogna obbedire, secondo la vecchia frase, che in questa società diventa di una terribile esattezza, alla natura delle cose; le cose, i loro processi, le loro esigenze prendono il dominio della vita »<sup>(13)</sup>.

---

<sup>(10)</sup> Capograssi, *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, cit., p. 86.

<sup>(11)</sup> Ivi, p. 87.

<sup>(12)</sup> *Ibidem*.

<sup>(13)</sup> Ivi, pp. 88-89. Le parole utilizzate da Capograssi per configurare la « disindividualizzazione » dell'uomo contemporaneo di fronte alla catastrofe appartengono a Paolo Grossi perfette per dipingere la « crisi dell'individuo » e « lo

Movendo, dunque, da una riflessione sulla catastrofe, sulla forza distruttrice della guerra come espressione di una sorta di « bisogno di disordine », come « noia dell'ordine »<sup>(14)</sup>, come fine di ogni ordine (« questa specie di abolizione di tutti gli ordini »<sup>(15)</sup>), e movendo dalla constatazione del ritorno a una situazione sociale 'originaria' (in cui la vita è tragicamente dominata dalle cose), il filosofo abruzzese ritorna sui nodi fondamentali del suo pensiero. Segnati da questi temi sono gli scritti sui diritti umani (che ricercano un 'diritto naturale vigente' compatibile con il suo marcato storicismo), così come la ridefinizione dei rapporti tra giuridico e meta-giuridico<sup>(16)</sup> e la riflessione presente nella sua ultima ampia opera, *Introduzione alla vita etica*<sup>(17)</sup>.

Capograssi — un filosofo che resta costantemente proteso a interrogarsi sull'individuo — non mostra alcun compiacimento verso l'affermarsi di una socialità dominata dalle cose: il suo 'inventario' vuole essere semplicemente l'indispensabile lente attraverso cui considerare le incertezze dell'individuo contemporaneo di fronte alla rinnovata complessità del mondo sociale, all'*automatizzazione dell'esperienza* e, più in generale, alle *ambiguità dello Stato sociale*<sup>(18)</sup>.

Fondata com'è su un retroterra teorico così ricco, l'analisi che

spostamento di attenzione dell'ordinamento dal soggetto alle cose » che caratterizza l'alto medioevo (cfr. P. Grossi, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Cedam, Padova 1968, pp. 53-54).

<sup>(14)</sup> « La guerra è una situazione nella quale tutto il precedente sistema di ordine si rovescia: vecchia e ovvia constatazione la quale dimostra che il rovescio dell'ordine è anch'esso una esigenza fisiologica della vita e della storia »; « La guerra è la prova che i popoli a un certo punto sono assaliti da quella terribile cosa che è la noia dell'ordine ». G. Capograssi, *Considerazioni sullo Stato* (pubblicato postumo nel 1958), in *Opere*, vol. III, p. 335.

<sup>(15)</sup> Id., *Introduzione alla vita etica* (1953), in *Opere*, vol. III, p. 82.

<sup>(16)</sup> Si cfr. E. Opocher, *Riflessioni sull'ultima fase della filosofia del diritto di Giuseppe Capograssi*, in Id., *Giuseppe Capograssi filosofo del nostro tempo*, Giuffrè, Milano 1991, pp. 85 sgg.; si veda, in particolare, alle pp. 90 sgg. e pp. 98 sgg.

<sup>(17)</sup> Cfr. Capograssi, *Introduzione alla vita etica*, cit., in particolare, pp. 5-6; pp. 81-82.

<sup>(18)</sup> Su quest'ultimo tema si cfr. U. Pagallo, *Ambiguità dello Stato sociale. Comunità e regime nel pensiero giuridico-politico di Giuseppe Capograssi*, Cedam, Padova 1990, in particolare pp. 125 sgg.

Capograssi offre del diritto agrario è molto più della semplice constatazione della presenza di un circoscritto assetto normativo caratterizzato da principi proprii. Il diritto agrario aderente alla natura delle cose afferma — nelle relazioni tra il soggetto e la comunità, tra i soggetti e la terra — un suo intrinseco, naturale, ordine giuridico che è indicato quasi come un modello alla scienza giuridica protesa a confrontarsi con la crisi del positivismo giuridico. Per scorgere il nuovo ordine giuridico è sufficiente — afferma Capograssi — abbandonare le astrazioni care agli ‘addottrinati’<sup>(19)</sup>, acquisire « la consapevolezza del fatto » per imparare a riconoscere ‘le cose come sono’ e assecondare la naturale tendenza del diritto ad adeguarsi ad una « legge interna al fatto »<sup>(20)</sup>. Al di là dell’apparente disordine determinato dalla catastrofe, si può cogliere nella *grandiosa trasformazione che il modo del diritto va subendo* un ordine, « una profonda unità d’intenzione che organizza e riduce in sistema gli sparsi frammenti della vita »<sup>(21)</sup>.

Pur essendo così profondamente radicato nel personale per-

---

<sup>(19)</sup> « E il mirabile al solito è che questa non è opera di addottrinati ma l’opera stessa della vita, che messa alle strette da stati di necessità mondiali, e da grandi guerre che hanno dissipato le fragili costruzioni nate da illusori stati di pace, va ritrovando per poter continuare a vivere le esigenze primordiali che rendono possibile il suo slancio, va adeguando il diritto, secondo giustizia, a queste esigenze » (Capograssi, *Agricoltura, diritto, proprietà*, cit., p. 274). Per un complessivo inquadramento della ‘polemica contro gli addottrinati’ nel pensiero di Capograssi, si veda G. Zaccaria, *Esperienza giuridica, dialettica e storia in Giuseppe Capograssi*, Cedam, Padova 1976, in particolare pp. 41 sgg.

<sup>(20)</sup> « La dura necessità costringe gli uomini a vedere alla fine che cosa è veramente il fatto, a sottoporlo ad un’analisi reale, a romperne la usata e tradizionale figura astratta [...]. La dura necessità fa quello che non fa la riflessione: spacca il fatto per ritrovarci dentro il processo concreto della vita. E dentro il fatto, il fatto singolo, trova l’insieme dei fatti trova la vita associata [...]. Quanto più si scruta nel fatto, nel singolo fatto, si direbbe nel più singolo dei fatti, tanto più si trova questa realtà perentoria di cui il fatto è la espressione e l’incarnazione. Quanto più si studia il fatto, vi si trova dentro tutto il mondo degli sforzi vitali associati [...]. E la tendenza è di adeguare il diritto a questa legge interna al fatto, di fare veramente che il diritto sia la consapevolezza del fatto [...]. Questo è il principio fondamentale delle legislazioni sociali. Le cose sono riconosciute come sono, e secondo quello che le cose sono, si tende ad attribuire a ciascuno il suo nel lavoro di partecipazione alla vita comune » (Capograssi, *Agricoltura, diritto, proprietà*, cit., p. 273).

<sup>(21)</sup> *Ibidem*.

corso di ricerca dell'Autore, il diritto agrario (quasi sospeso tra *inventario* e *progetto*) prospettato da Capograssi costituisce un osservatorio privilegiato per tentare di comprendere alcune tensioni presenti nella scienza giuridica all'inizio dell'Italia repubblicana. Nei decenni antecedenti, il diritto agrario — soprattutto grazie al magistero di Bolla — era stata la disciplina giuridica che più di altre aveva rivendicato una sua peculiare visione della realtà, puntando (in aperta sfida alle generalità del diritto civile di impronta pandettistica) sulla concretezza dei fatti economici, sulla natura delle cose, sul valore normativo dei fatti (22). All'inizio dell'Italia repubblicana quel diritto agrario è costretto a confrontarsi con la spregiudicata progettualità del politico che, spentosi il ciclone della protesta contadina ed esauritesi le grandi speranze di riscatto che aveva suscitato, era volta a realizzare ampi interventi legislativi sulla situazione agraria del Paese (23). La prospettiva capogrossiana di un ordine giuridico capace di misurarsi con *l'effettivo mettere la mano di ognuno nell'opera comune* non poteva che suscitare in questo contesto contrastanti interpretazioni.

## 2. Ordine fattuale e « superbia del legislatore »

Il saggio di Capograssi disegna con semplicità il quadro di un diritto (agrario) che *per necessità* si confronta con una nuova socialità intrinseca ai fatti, propria delle cose, nata dalle cose. Gli scarni richiami bibliografici (com'è nello stile dell'Autore) non concedono nulla alla disciplina giusagraristica che si era consolidata nei decenni antecedenti: Capograssi ha ben presente il logorante dibattito sull'esistenza o meno di principi generali comuni a tutta la disciplina e capaci di conferirle autonomia (24), così come conosce gli scritti

---

(22) Cfr. P. Grossi, *Il momento storico-giuridico nella elaborazione dottrinale dell'autonomia del diritto agrario*, in « Rivista di diritto agrario », LI, 1972, pp. 35 sgg.; P. Grossi, *Nascita del diritto agrario come scienza*, in « Rivista di diritto agrario », LVI, 1977, pp. 464 sgg.

(23) Cfr. A. Rossi Doria, *Il ministro e i contadini. Decreti Gullo e lotte nel Mezzogiorno. 1944-1949*, Bulzoni, Roma 1983; e, per una complessiva visione di sintesi, P. Ginsborg, *Storia d'Italia dal dopoguerra a oggi. Società e politica 1943-1988*, Einaudi, Torino 1989, pp. 160 sgg.

(24) Un riferimento esplicito al dibattito sull'autonomia del diritto agrario è

tecnici (in particolare ha ben assimilato il noto intervento di Enrico Finzi nel primo Congresso di diritto agrario del 1935 <sup>(25)</sup>) e conosce le divisioni interpretative presenti tra i giuristi; ma preferisce comunque puntellare il suo discorso con un telaio di richiami esterni alla disciplina. Insiste sulle « grandi figure dei grandi agricoltori » <sup>(26)</sup>, sulla relazione finale dell'inchiesta agraria di Jacini (« non è uno scritto teorico qualunque, ma un documento nato dalle cose ») <sup>(27)</sup>, valorizza la « intuizione della continuità tra vita diretta dell'agricoltura e diritto » presente in alcune pagine di Romagnosi e Cattaneo <sup>(28)</sup>, propone qualche notazione storica sulla scia di un contemporaneo studio di Astuti e del classico Fustel de Coulanges <sup>(29)</sup>, lascia cadere senza molti approfondimenti un prezioso richiamo allo schema di Lévy-Bruhl secondo cui « soggetto famiglia comunità » cementano la loro unione con la terra « attraverso legami di partecipazione per cui 'l'oggetto posseduto partecipa della natura

---

in G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto* (1937), Giuffrè, Milano 1962, p. 70 (ove si richiama il criterio utilizzato da Ageo Arcangeli per negare l'esistenza di un autonomo diritto agrario, quello della « esistenza di principi generali comuni a tutta la materia e proprio speciali ad essa, che valgono per conferirle una sua unità e a distinguerla dalle altre materie »). Cfr. A. Arcangeli, *Il diritto agrario e la sua autonomia*, in « Rivista di diritto agrario », VII, 1928, pp. 6 sgg.; si veda anche G. Zanobini, *Il problema dell'autonomia del diritto agrario*, in « Rivista di diritto agrario », VII, 1928, pp. 370-374.

<sup>(25)</sup> E. Finzi, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, in *Atti del primo congresso nazionale di diritto agrario* (Firenze 21-23 ottobre 1935), tip. Ricci, Firenze 1935.

<sup>(26)</sup> Insiste, in particolare, sulla figura di Ernesto Fortunato così come emerge dalla raccolta di testimonianze curata dal fratello Giustino (G. Fortunato, *In memoria di mio fratello Ernesto*, Vallecchi, Firenze 1928). Cfr. Capograssi, *Agricoltura, diritto, proprietà*, cit., p. 251 e p. 277.

<sup>(27)</sup> Cfr. Capograssi, *Agricoltura, diritto, proprietà*, cit., p. 252; p. 254; p. 260; p. 275 (da cui la citazione nel testo).

<sup>(28)</sup> Autori cui Capograssi attribuisce il merito di aver posto « la esigenza fondamentale di seguire in tutta la sua integrale continuità il concreto, e di riportare il diritto (e la scienza del diritto) alla sua destinazione alla sua responsabilità di essere una forza della complessiva vita del mondo umano ». Cfr. *ivi*, p. 247, p. 253, pp. 267-70 (citazione da p. 269 nota).

<sup>(29)</sup> Di Guido Astuti si richiama (*ivi*, p. 255) *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano* (1952); mentre di Fustel de Coulanges si richiama (*ivi*, pp. 266-67) *L'alleu et le domaine rural pendant l'époque mérovingienne* (1889).

di colui che lo possiede' »<sup>(30)</sup>, accompagna un isolato richiamo all'« arido Locke »<sup>(31)</sup> con continui riferimenti ai due Autori — lontani e diversi — che gli sono cari, gli unici in grado di sentire « la carnalità » della unione tra il singolo, la comunità e la terra: Virgilio e Proudhon<sup>(32)</sup>.

Il forte nesso con il personale percorso di riflessione sulla 'crisi del diritto' e la ricercata distanza dai testi dei giuristi non rendono però le pagine di Capograssi estranee al dibattito giuridico dei primi anni Cinquanta; anzi, il distacco dell'osservatore — quel particolare distacco che aiuta a cogliere con lucidità problemi difficili da scorgere da vicino — giova alla fortuna dello scritto che è infatti immediata.

Per rendersene conto è sufficiente sfogliare gli Atti del *Terzo congresso nazionale di diritto agrario* tenutosi a Palermo nell'ottobre del 1952. Salvatore Pugliatti — cui si deve uno tra gli interventi più noti del Congresso palermitano — trova in quelle pagine un salutare richiamo alla concretezza, un invito a porre la questione della proprietà in riferimento alla situazione generale della realtà contemporanea e non più come problema generale ed astratto<sup>(33)</sup>. Enrico Bassanelli utilizza il testo di Capograssi per valutare il « vasto movimento del mondo del lavoro che reclama certezza e stabilità per l'impiego delle energie lavorative », che reclama una valorizzazione giuridica della « immediatezza del rapporto con il fondo », sino ad esigere un accorpamento « sotto un medesimo profilo di tutti quei diritti che consentono l'utilizzazione economica del bene mercé una relazione immediata e diretta con la cosa »<sup>(34)</sup>. Francesco Santoro Passarelli si preoccupa — Costituzione alla mano — di chiosare

<sup>(30)</sup> Di Lucien Lévy-Bruhl si richiama (ivi, pp. 257-58) *Les fonctions mentales dans les sociétés inférieures* (1910). Per un'applicazione dello schema della partecipazione allo studio delle situazioni reali nel medioevo si cfr. Grossi, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, cit., pp. 92 sgg.

<sup>(31)</sup> Capograssi, *Agricoltura, diritto, proprietà*, cit., p. 252.

<sup>(32)</sup> Cfr. ivi, p. 248, p. 250, p. 273, p. 276.

<sup>(33)</sup> Cfr. S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà, con particolare riguardo alla proprietà terriera*, in *Atti del terzo congresso nazionale di diritto agrario* (Palermo 19-23 ottobre 1952), a cura di S. Orlando Cascio, Giuffrè, Milano 1954, pp. 46 sgg.

<sup>(34)</sup> E. Bassanelli, *Struttura e funzione del contratto agrario*, in *Atti del terzo congresso nazionale di diritto agrario*, cit., pp. 782 sgg., in particolare pp. 785 sgg.

Capograssi per evitare che la valorizzazione del rapporto immediato e diretto con la terra divenga generica esaltazione del lavoro manuale e precisa dunque « che ‘metter la mano’ non significa prestare lavoro manuale, ma collaborare all’opera comune »<sup>(35)</sup>. Fulvio Maroi guarda alla pluralità di fonti del diritto agrario per rintracciare — anche sulla scia di Capograssi — « una realtà sotterranea del diritto agrario che si esprime *rebus ipsis et factis* e si svolge indipendentemente dal sistema delle leggi », un « ordinamento giuridico agrario » che « trova il suo più naturale crisma sia nella forza normativa dei fatti, sia nella stessa natura delle cose »<sup>(36)</sup>.

Ovviamente ogni autore colora a suo modo i temi proposti dal filosofo abruzzese e sarebbe qui fuorviante tentare di ricomporre consonanze e divergenze; si può tentare però di cogliere le ragioni per cui un testo volutamente così personale e appartato fosse oggetto di tante attenzioni. La ragione profonda va probabilmente ricercata nella capacità di quello scritto di mettere pacatamente a fuoco un disagio diffuso nella scienza giuridica agli inizi dell’Italia repubblicana, un disagio particolarmente forte nell’ambito del diritto agrario. In un momento in cui la riforma agraria imponeva le sue linee (necessariamente semplificanti) ben al centro dell’interesse dei giuristi, i richiami — pur se generici, pur se privi di uno sforzo teorico

---

<sup>(35)</sup> F. Santoro Passarelli, *Proprietà e lavoro in agricoltura* (relazione al quarto convegno dell’Unione dei Giuristi cattolici, 1952) pubblicato in appendice agli *Atti del terzo congresso nazionale di diritto agrario*, cit., pp. 913 sgg., citazione da p. 921 nota.

<sup>(36)</sup> F. Maroi, *Il diritto agrario e le sue fonti*, in *Atti del terzo congresso nazionale di diritto agrario*, cit., pp. 329 sgg. (citazione da pp. 334-35). Maroi ha lunga familiarità con gli studi agraristici (i suoi scritti di diritto agrario sono raccolti in F. Maroi, *Scritti giuridici*, vol. II, Giuffrè, Milano 1961) e affronta il tema delle fonti tentando di andare oltre la visione « unilaterale » del normativismo e aprendo alla teoria sociologica. La pluralità degli ordinamenti, la forza normativa dei fatti, la natura delle cose, impongono — dice — una necessaria complessità del sistema della fonti del diritto agrario, un sistema in cui la norma è costretta ad adeguarsi a dati precostituiti (« alle condizioni naturali dell’ambiente, ai cicli stagionali, alle esigenze della tecnica in quanto legate ai fattori della produzione »), è costretta ad obbedire a una realtà ‘indipendente’ dal sistema delle leggi. Lo scritto, irto com’è di distinzioni e di richiami dottrinali (da Ehrlich a Kelsen, da Duguit ad Asquini, da Vivante a Cesarini Sforza) non riesce, però, a trasmettere un quadro del diritto agrario vivo come quello offerto da Capograssi.

di precisazione dei concetti <sup>(37)</sup> — alla complessità di un nuovo ordine sociale ‘fattuale’ (e al fallimento del precedente ordine di stampo positivistico), i richiami a un ordine iscritto nella ‘natura delle cose’, nel ‘mondo dei fatti’, nella ‘forza normativa dei fatti’, riproponevano ai giuristi (e in particolare ai cultori del diritto agrario che da decenni rivendicavano una valutazione attenta di una realtà agraria articolata, ricca, composita, irriducibile entro gli schemi di una singola fonte normativa) una contrapposizione drammatizzata tra complessità dell’ordine dei fatti e semplicità dell’ordine della legge. Sempre più volta a un ritorno di scelte normativiste e ancora non avvezza alla forza dei principi costituzionali, la scienza giuridica alle prese con gli esordi della democrazia sottolinea quel contrasto ora con fiducia, ora con frustrata impotenza.

Nella sua enfatica relazione introduttiva al Convegno di Palermo, è Francesco Carnelutti che riesce, movendo proprio da una spregiudicata utilizzazione del testo di Capograssi, a saldare insieme i diversi elementi all’interno della sua cupa lettura della crisi del diritto in cui affiora fortissimo il rimpianto per il composito, tradito e irrimediabilmente perduto, progetto corporativista. Nella unione tra la vita della terra, del singolo e della comunità di cui parla Capograssi a proposito del diritto agrario (in « uno di quei suoi pensosi contributi che proiettano baleni sul fondo delle cose ») si deve — dice Carnelutti — scorgere il diritto come il necessario risultato « d’un accordo, nel preciso valore musicale ». L’*accordo* altro non è che *ordine giuridico*; un ordine rispetto a cui ogni « dissonanza » produce arresti, guasti, disordine: « l’ordine è accordo, o meglio l’accordo è il volto dell’ordine » <sup>(38)</sup>. Il presente pare

---

<sup>(37)</sup> Capograssi non tenta di precisare il concetto di ‘natura dei fatti e delle cose’; gli scritti del periodo che si confrontarono direttamente con il tema non risultano comunque meno generici. Si cfr. ad esempio Maroi, *Il diritto agrario e le sue fonti*, cit., pp. 337 sgg.; F. Milani, *La natura dei fatti e delle cose nei contratti agrari*, in *Primo convegno internazionale di diritto agrario* (Firenze, 28 marzo-2 aprile 1954), Giuffrè, Milano 1954, pp. 659 sgg. Sul tema si veda comunque la rassegna di V. Panuccio, *La natura delle cose in diritto commerciale e in diritto agrario*, in *Metodi e contenuti del diritto agrario moderno. Atti del convegno di studi* (Pisa, 7-8 giugno 1985), Giuffrè, Milano 1986, pp. 302 sgg.

<sup>(38)</sup> F. Carnelutti, *La via della salvezza*, in *Atti del terzo congresso nazionale di diritto agrario*, cit., pp. 28 e 34. Il tema è ancora ripreso in F. Carnelutti,

a Carnelutti semplicemente lo specchio deforme e opaco di quell'*accordo* descritto dal filosofo del diritto « in pagine di vera poesia » (39).

Avvertendo che compito del giurista è quello di porgere soluzioni ai problemi suscitati dalla filosofia, quello di tradurre in prosa la poesia, un Carnelutti che si presenta come un non specialista (« io non sono uno specialista, né del diritto agrario né di alcun altro diritto ») e che ammonisce contro lo specialismo (« il pericolo della specialità giuridica è che gli specialisti si dimentichino di essere giuristi » (40)) invita gli agraristi a volar alto e a ricercare — per « uscire dalla crisi », per « evitare la rovina » — « un nuovo ordine per la produzione del diritto »: « il [...] nuovo ordine, dopo tutto, *non è che l'ordine* mentre la condizione attuale *non è che disordine* » (41).

A segnare il confine tra *accordo* e *dissonanza*, tra *ordine* e *disordine*, c'è una rottura intervenuta sul piano delle fonti del diritto; una rottura ben radicata nel passato ma che Carnelutti ritiene si sia aggravata con la democrazia: la progressiva « concentrazione » della produzione del diritto nelle mani del potere legislativo che ha caratterizzato il periodo moderno (una concentrazione che ha generato la « ipervalutazione della legge », la spinta a « collocare la legge al di sopra di tutto ») è ancora più forte nel contesto di una democrazia che ingigantisce il ruolo della legge sino a generare il banale equivoco che la parte sia il tutto, che la sola legge sia il diritto: « in Italia sembrano termini indissolubili legge e democrazia anziché diritto e democrazia » (42). La formazione degli *accordi*, la ricerca dell'ordine, appare concentrata solo nelle mani del legislatore (« investito oggi in regime di monopolio della formazione di quegli accordi » (43)) e il regime di monopolio — aggiunge — fa nascere

---

*Meditando Capograssi... Variazioni sull'accordo* (1957), in Id., *Discorsi intorno al diritto*, vol. III, Cedam, Padova 1961, pp. 213 sgg.

(39) Carnelutti, *La via della salvezza*, cit., p. 28.

(40) Ivi, p. 25.

(41) Ivi, p. 34 (corsivi nel testo).

(42) Ivi, p. 28 e p. 32.

(43) Ivi, p. 33.

« una specie di degenerazione psicologica, che oso definire senza ambagi *superbia del legislatore* » (44).

Non è un caso che la questione venga posta durante un convegno di diritto agrario: « proprio nel settore agrario — afferma Carnelutti — la nostra storia giuridica più recente è impregnata di una superstizione, che potrebbe ben essere chiamata la dittatura del legislatore » (45); e proprio nel settore agrario — Carnelutti ne è ben consapevole — sottolineare *la ipervalutazione della legge, la tirannia di un gruppo, la dittatura del legislatore*, significava, andando ben al di là delle recenti discussioni politiche sulla riforma agraria, evocare la sconfitta di un percorso scientifico forte di continui riferimenti al *diritto come accordo*, al diritto come effettiva espressione del concorso di più fonti di produzione del diritto. È un Carnelutti ben consapevole del suo uditorio quello dunque che presenta ai cultori del diritto agrario « la via della salvezza »; una via che passa attraverso l'ambiziosa ricerca di un nuovo ordine per la produzione del diritto e l'inevitabile rinuncia ad « immiserirsi nell'angustia della specialità » (46).

### 3. *Diritto agrario e consapevolezza del fatto*

Lontano dalla salvifica retorica di Carnelutti, l'invito pacato di Capograssi a vedere il diritto agrario come « diritto che diviene la consapevolezza del fatto » colpisce di più, perché tocca in maniera più profonda temi cari ai giusagraristi che nel valore normativo dei

---

(44) « L'ultimo e più grave episodio di codesta degenerazione è quella triste pagina della nostra storia, sulla quale il Parlamento italiano ha cancellato, a proposito della interpretazione di una norma sulla legge della riforma agraria, tutto quanto la scienza aveva scritto intorno alla collaborazione tra il legislatore e il giudice, con un dispregio della funzione giurisdizionale che ci riporta indietro di secoli lungo il corso del pensiero giuridico e permette di dubitare che la tirannia di un gruppo sia non meno pericolosa che la tirannia di un uomo. Il vero è che quando il legislatore, con un tipico eccesso di potere, che purtroppo niun giudice avrà il coraggio di rilevare, si sovrappone al giudice, il diritto non è più, come dovrebbe essere, l'espressione armonica del concerto tra la legislazione, la giurisdizione e l'amministrazione, e ogni pretesa di onnipotenza da parte di uno degli organi, che volendosi identificare con lo Stato ne usurpa la sovranità, è una specie di tirannia » (Carnelutti, *La via della salvezza*, cit., p. 34).

(45) Ivi, p. 28.

(46) Ivi, p. 34.

fatti leggevano il riferimento a un percorso scientifico che era loro familiare.

L'apporto di Giangastone Bolla all'affermazione del diritto agrario si era, in fondo, proprio mosso in questa direzione. Nelle sue opere e nella sua « Rivista » Bolla aveva richiamato instancabilmente le caratteristiche peculiari dell'agricoltura e della produzione agraria: le categorie del diritto agrario rivendicano, a suo dire, una loro autonomia perché « dotate di speciali attitudini e mentalità »; perché l'attività agricola rappresenta « un inconfondibile 'modo di vita' che si esprime nello spirito di chi lo vive con caratteri affatto diversi da quelli del mondo industriale urbano »; perché la terra — come il mare e il commercio — ha creato rapporti e istituti tradizionali che hanno forgiato « ceti di persone caratteristiche e ben *diverse nello spirito e nell'anima* » (47). Ed è in riferimento a un *modo di vita* segnato *nello spirito e nell'anima* dalla terra, caratterizzato da istituzioni tipiche e oggettive, da peculiari esigenze produttive, che Bolla, ponendo con grande continuità « il problema della terra » all'attenzione della scienza giuridica, indica la presenza di un diritto non sottoponibile alle astratte simmetrie del diritto civile (48).

Lo specifico statuto giuridico del fondo come istituto tipico della realtà agraria va dunque ricercato nella « natura delle cose », va ricercato nell'inestricabile intreccio tessuto dal tempo tra situazioni di fatto e situazioni di diritto, tra fenomeni organizzativi economico-sociali e ordinamenti giuridici (49). Il diritto agrario di Bolla — come scrive Paolo Grossi — è « plasmato sulla empiria delle cose »: non

---

(47) G. Bolla, *Agricoltura*, in *Nuovo digesto italiano*, Torino, Utet 1937, vol. I, p. 273 (poi in G. Bolla, *Scritti di diritto agrario*, Giuffrè, Milano 1963, pp. 361 sgg.); le ultime affermazioni sono fatte sulla scia di Cesare Vivante (*L'autonomia del diritto commerciale*, in « Rivista di diritto commerciale », XXIII, 1925).

(48) Cfr. negli *Scritti di diritto agrario*, cit., soprattutto i seguenti saggi: *L'ordinamento giuridico dell'agricoltura e le sue nuove esigenze sistematiche* (1933), pp. 221 sgg.; *Il 'fondo' nei suoi aspetti giuridici* (1935), pp. 281 sgg.; *Della proprietà fondiaria agraria come situazione oggettiva e come istituzione tipica* (1952), pp. 651 sgg.; *Il problema giuridico della terra* (1954), pp. 681 sgg. Si veda anche G. Bolla, *Il problema della terra nell'evoluzione dei dogmi e nella tipicità delle strutture reali e personali dell'ordinamento giuridico agrario a base istituzionale*, in « Rivista di diritto agrario », L, 1971, pp. 4 sgg.

(49) Cfr. E. Romagnoli, *Giangastone Bolla, la sua opera, la sua Rivista*, in « Rivista di diritto agrario », LI, 1972, pp. 1 sgg., in particolare, p. 19.

muove dal soggetto, ma dalla cosa, dalla sua *utilitas* oggettiva, dalla « cosa inserita in un meccanismo vitale di produzione », dalla cosa che non è « mera ombra dei poteri del soggetto sovrano » ma che è, al contrario, « una realtà condizionante che reca in sé regole autonome primordiali ordinate alla sua *utilitas*, cioè alla essenza economica della cosa stessa » (50).

Nel momento in cui Bolla richiede con insistenza una legge organica per l'agricoltura, guarda al corporativismo come a uno strumento importante per valorizzare la funzione produttiva dell'agricoltura (51), apprezza l'accrescersi dell'intervento dello Stato nella conclusione, nella modificazione, nella esecuzione, nel regolamento, nella giurisdizione, nell'estinzione dei contratti agrari, valutando con favore il prevalere di norme inderogabili e la « vasta inserzione di principi pubblicistici » (52), nel momento in cui considera le molteplici riforme del secondo dopoguerra, egli non rinnega la sua visione di un diritto agrario che scaturisce dalla natura delle cose; anzi, egli tende a cogliere nelle trasformazioni normative in atto proprio i segni di un « nuovo sistema » che « muove dal presupposto di un ordine oggettivo » (53), i segni del necessario realizzarsi entro « l'economia regolata » di modelli giuridici sempre meno individualistici, i segni del complessivo affermarsi di uno specifico *statuto* giuridico della « *istituzione cosa* » (così come — diversamente — affiorante nelle opere di Maurice Hauriou, Georges Ripert, René Savatier, Santi Romano, Paolo Greco) (54). Gli interventi legislativi sulla proprietà fondiaria mostrano pertanto che,

---

(50) P. Grossi, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana. 1859-1950*, Giuffrè, Milano 1986, pp. 216 sgg.; ma, in particolare, p. 218.

(51) Cfr., ad esempio, Bolla, *Agricoltura*, cit., p. 273.

(52) G. Bolla, *Contratto agrario*, in *Nuovo digesto italiano*, Utet, Torino 1938, vol. IV, pp. 89-90 (poi in Id., *Scritti di diritto agrario*, cit., pp. 391 sgg.).

(53) Bolla, *Il problema giuridico della terra*, cit., p. 687; si veda anche Id., *Nota introduttiva in tema di legislazione agraria* (1953), in *Scritti di diritto agrario*, cit., pp. 673 sgg.

(54) « La proprietà terriera, intesa come istituzione cosa, soddisfa la dottrina degli interessi, perché li compone in relazione allo scopo, cioè alle esigenze umane e sociali. [...] Insomma, la proprietà terriera trova in sé stessa l'elemento reale ed ideale che la guida ad evolversi, la organizza in un quadro di ordine e di ragione » (Bolla, *Il problema giuridico della terra*, cit., p. 697).

« scartato il profilo soggettivistico, la terra viene considerata nella sua speciale *utilitas, come oggetto autonomo di situazioni giuridiche*, come *istituzione tipica* che ha un proprio statuto giuridico in relazione alla sua destinazione produttiva e al suo carattere prevalentemente sociale »<sup>(55)</sup>; così come la comparazione delle Costituzioni politiche del dopoguerra, la riorganizzazione della proprietà terriera secondo le riforme fondiari, il diritto agrario così come configurato nel Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea<sup>(56)</sup>, non fanno altro che mostrare, sia nel loro versante ‘ordinante’ e ‘stabilizzante’, sia nel loro nuovo versante ‘propulsivo’, il problema dell’agricoltura iscritto nel mondo dei fatti<sup>(57)</sup>.

Resta, dunque, sempre ben salda in Bolla una visione di un diritto agrario che coglie i suoi contenuti dalla ‘natura dell’oggetto’, dalla stessa ‘natura delle cose’, dalle ‘condizioni generali del concreto’<sup>(58)</sup>. È significativo che, per sottolineare questi aspetti del pensiero di Bolla, gli studiosi che gli erano vicino abbiano sentito il bisogno di richiamare nella presentazione dei suoi scritti una pagina di Capograssi in cui si mette a fuoco l’immagine di un ordine giuridico prodotto della « vita che ordina se stessa », di un’organizzazione formata « per gli scopi di vita cui serve », di un ordinamento non intenzionale, « ordinamento *ex se* », « diritto involontario »<sup>(59)</sup>.

<sup>(55)</sup> G. Bolla, *L’azienda agraria come universalità giuridica. Misura contro il frazionamento. Autonomia* (1954), in *Scritti di diritto agrario*, cit., p. 707.

<sup>(56)</sup> Si cfr. in tal senso le pagine, fitte peraltro di riferimenti a Capograssi, di *Diritto agrario e trattato istitutivo della comunità economica europea* (1958), in *Scritti di diritto agrario*, pp. 755 sgg.

<sup>(57)</sup> Per quanto attesi o reclamati, gli interventi legislativi non fanno altro che mostrare una struttura ordinata già scritta nelle cose, un diritto ‘involontario’ aderente al mondo dei fatti: « il diritto agrario è indubbiamente un aspetto del così detto *jus involontarium* che costringe ad andare oltre il dogma volontaristico ». G. Bolla, *Alcuni risultati scientifici del primo convegno internazionale di diritto agrario* (1957), in *Scritti di diritto agrario*, cit., p. 740.

<sup>(58)</sup> « La natura dell’oggetto — *res frugifera* — specifica un’attività propria e quindi determinati poteri di gestione ed ordinamenti conseguentemente particolari ». Così nella *Presentazione* agli *Scritti di diritto agrario* (cit., pp. X e XI) di Bolla firmata da ‘Associazione Cultori di diritto agrario’.

<sup>(59)</sup> « Ci sono corpi sociali che hanno necessariamente, in quanto esistono, una loro organizzazione che è appunto il loro concreto esistere; questo esistere è

Oltre che un precipuo (autonomo) oggetto di studi, l'ordine fissato nella stessa natura delle cose rappresenta un necessario limite all'intervento della legge; un intervento cui Bolla guarda senza particolari diffidenze e spesso con fiducia. Coloro che nel dibattito agraristico — in contrasto con il suo indirizzo — insistevano su un concetto 'normativo' di autonomia del diritto agrario, richiedendo ossessivamente la prova dell'esistenza di « principi giuridici propri » alla disciplina <sup>(60)</sup>, da un lato guardavano con maggior diffidenza all'affermarsi di norme classificate come 'pubblicistiche' (soprattutto per ribadire l'appartenenza del diritto agrario ad un puro diritto dei privati), dall'altro — notando i contrastanti richiami alla legge presenti nella tesi dell'autonomia del diritto agrario radicata nelle cose — rinviavano provocatoriamente il problema dell'autonomia « a quando il legislatore avrà compiuto la sua opera di rinnovamento » <sup>(61)</sup>.

---

come tale visto nel complesso articolarsi delle parti componenti la struttura. Questa struttura è l'ordine vitale, l'ordine, cioè, che costituisce la vita propria e intrinseca di ogni corpo sociale. Quest'ordine vitale è il corpo come ordinamento: in questo senso l'ordinamento non è una sovrapposizione alla organica vita del corpo, ma è questa stessa vita nel suo organico formarsi, muoversi, evolversi. L'ordinamento è così il tutto e le sue parti che vivono e si muovono si svolgono nel tutto. È la vita che ordina se stessa; la vita che vive in quanto ordina se stessa e si realizza come ordinamento di se stessa. Questo realizzarsi come ordinamento e come insieme di ordinamenti e l'insieme di ordinamenti realizzati sono il diritto. S'intende che il formarsi, il muoversi e lo svolgersi dell'ordinamento non è *intenzionale*, non è effetto di volontà intenzionale. L'organizzazione si forma per gli scopi di vita cui serve; nasce la struttura, nasce l'ordinamento *ex se* senza intenzione, nell'atto stesso della vita del corpo sociale che si realizza. Il primo nucleo, la prima pietra in cui un ente di tale natura comincia a porsi è un diritto *involontario*. In questo senso (cioè nel senso di non intenzionale) l'involontario è fondamentale nella realtà del diritto, nel diritto come realtà ». Il testo di Capograssi (*L'ultimo libro di Santi Romano*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », I, 1951) è citato nella *Presentazione* (a Bolla, *Scritti di diritto agrario*, cit., pp. X e XI) per sottolineare « la involontarietà » insita nello *jus proprium* dell'agricoltura, caratterizzato non a caso da un rigoglioso sviluppo della consuetudine. Un richiamo allo scritto *Agricoltura, diritto, proprietà* di Capograssi è presente invece nella breve introduzione dello stesso Bolla ai suoi *Scritti* (p. XIII).

<sup>(60)</sup> Cfr., per un sintetico quadro di insieme, E. Bassanelli, *Diritto agrario*, in *Nuovo digesto italiano*, Utet, Torino 1938, vol. IV, pp. 886 sgg.

<sup>(61)</sup> Si veda, in tal senso, A. Cicu - E. Bassanelli, *Corso di diritto agrario*, Giuffrè, Milano 1940, pp. 3 sgg. La negazione dell'autonomia del diritto agrario si fa forte, di fronte al corporativismo, soprattutto del pericolo di un possibile distacco

Le differenze di metodo erano sicuramente ben visibili; si è insistito forse troppo, però, nel segnare netti confini tra due contrapposte scuole del diritto agrario. Il « naturalismo », il « positivismo tecnico-economico » di Bolla posto « al di là dei limiti rigorosi dell'indagine giuridica », perché avente ben al centro della sua attenzione non la norma giuridica, ma il fenomeno della produzione agraria (il diritto agrario come « un prodotto *spontaneo* di determinati fattori tecnici, sui quali non hanno forza di incidere né la sovranità della legge né la capacità sistematica dei giuristi ») è stato opposto in uno scontro frontale alla scuola rigorosamente giuridica del positivismo legislativo, « dottrina di norme positive », dottrina legata al « piano delle norme » <sup>(62)</sup>.

Il dibattito dottrinale tra fascismo e repubblica, al di là delle schermaglie metodologiche, appare segnato proprio dall'affiorare di forti elementi culturali di comunanza (o, se si preferisce, di comuni « carenze culturali » <sup>(63)</sup>) tra i diversi indirizzi; comunanze che all'inizio dell'Italia repubblicana, di fronte al prevalere dell'iniziativa

---

del diritto agrario dal diritto privato (« Oggi, è vero, alla tutela dell'interesse superiore dello Stato si ritiene ispirata tutta la legislazione; ma se ciò non ha come conseguenza la scomparsa del diritto privato, la trasformazione dello Stato in un immane organismo burocratico, se cioè il diritto privato conserva la sua ragione d'essere anche nello Stato fascista, il diritto agrario ha da restare più che mai diritto privato, perché in nessun altro campo la sostituzione dell'attività di organi dello Stato all'attività privata sarebbe più difficile e pericolosa », ivi, p. 6) e considera l'assenza nel diritto vigente di principi generali « propri del diritto agrario ». (« A leggere i loro scritti [quelli dei sostenitori dell'autonomia] si ha l'impressione che l'unico serio movente di questa battaglia per l'autonomia sia il bisogno sentito di un perfezionamento e completamento del diritto vigente, rimasto in arretrato di fronte al progresso che di recente si è accentuato anche in questo campo. Se così è, sembra consigliabile rimettere il problema dell'autonomia a quando il legislatore avrà compiuto la sua opera di rinnovamento », ivi, p. 9).

<sup>(62)</sup> N. Irti, *Le due scuole di diritto agrario*, in « Rivista di diritto agrario », LIV, 1975, pp. 3 sgg., e in particolare, pp. 26 sgg.; N. Irti, *Introduzione (Posizione sistematica del diritto agrario)* a Id., *Diritto agrario italiano*, Utet, Torino 1978, p. XXIII. Per una critica alla lettura dello sviluppo del diritto agrario in termini di rigida contrapposizione tra due scuole cfr. A. Jannarelli, *La cultura agraristica tra codificazione e Costituzione (1935-1952)*, in « Quaderni fiorentini », 28, I, 1999, pp. 631 sgg. e, in particolare, p. 656.

<sup>(63)</sup> Cfr. in tal senso Jannarelli, *La cultura agraristica tra codificazione e Costituzione (1935-1952)*, cit., pp. 656 sgg.

politica e all'affermarsi della supremazia della legge, fanno sì che molti possano riconoscersi nel richiamo di Capograssi ai fatti e alla natura delle cose; un richiamo che — per quanto (o forse proprio perché) caratterizzato da genericità — riusciva a fornire un'identità, un senso di appartenenza. Probabilmente la tensione verso l'affermazione di una propria identità spingeva gli agraristi ad evocare principi che « non supera[va]no praticamente il carattere di mere derivazioni tecnico-economiche dai fatti o, se si vuole, dalla natura delle cose, e si atteggia[va]no più che a principi a mere constatazioni »<sup>(64)</sup>; ma era soprattutto constatando la viva presenza di un diritto 'spontaneo' ('involontario', 'oggettivo', 'consapevole del fatto') che i cultori del diritto agrario — all'inizio di un'Italia repubblicana ancora immersa nella crisi dell'ordine fondato sul positivismo giuridico, ma già avviata a risolvere il problema della trasformazione dell'economia agricola affidandosi alle sole scelte del legislatore — potevano ancora rivendicare le peculiarità del loro oggetto di studi.

Il quadro (sostanzialmente condiviso) di un diritto in necessaria adesione ai fatti dipinto da Capograssi, esaltato dalla visione drammatizzata di un contrasto tra ordini evocato con i consueti toni accesi da Carnelutti, manifestava insomma il disagio di una configurazione del diritto (agrario) come mera espressione « di norme positive », lasciando intravedere, anche a giuristi poco allineati sulle posizioni 'naturalistiche' di Bolla, una distanza sempre più forte tra la legge e la forza normativa dei fatti. La pluralità delle fonti del diritto agrario, forte di un tessuto consuetudinario ricchissimo che la dottrina aveva difeso dalla preminente rilevanza delle legge scritta<sup>(65)</sup>, appare improvvisamente schiacciata da un legislatore 'edificatore unico della socialità'; un legislatore che, nel vivo delle polemiche sulle riforme nel settore agrario, è spesso rappresentato come sempre più lontano dall'ordine intrinseco nello *jus proprium* dell'agricoltura. L'ordine (naturale) delle cose è contrapposto ripe-

---

<sup>(64)</sup> A. Luna Serrano, *Aspetti metodologici dello sviluppo dottrinale del diritto agrario negli anni 1960-1985*, in *Metodi e contenuti del diritto agrario moderno*, cit., p. 40.

<sup>(65)</sup> Cfr. M. Giorgianni, *Il diritto agrario tra il passato e l'avvenire*, in « Rivista di diritto agrario », XLIII, 1964, p. 22.

tutamente nel dibattito giuridico della fine degli anni Quaranta e dei primi anni Cinquanta all'ordine (artificiale) voluto dal legislatore. Nel caso del contratto agrario — scrive, ad esempio, Enrico Bassanelli nel 1948 — « è la materia stessa che oppone un'impresvisa resistenza all'azione disciplinatrice della legge »; il trattamento uniforme della legge « nega ogni rilevanza alle situazioni di fatto, che scompaiono nel livellamento egualitario »; « è troppo ovvia — aggiunge — l'assurdità di un regolamento che direttamente o indirettamente uniformi l'attività del contadino [...] » (66).

In un'Italia caratterizzata ancora da una produzione agricola premoderna, l'esaltazione del contrasto tra un ordine giuridico fondato sulla pluralità dei fatti e i progetti di riforma aveva sicuramente il sapore di una difesa incondizionata di un assetto fattuale-consuetudinario che era fonte di sfruttamenti non spezzati dall'ondata di lotte contadine dell'immediato dopoguerra (67); non mi pare, però, che quel contrasto possa essere semplicisticamente utilizzato solo per mettere a fuoco l'ennesimo riproporsi di un atteggiamento conservatore della scienza giuridica dinnanzi al primo (e non certo illuminato) intervento riformatore del politico nell'Italia della democrazia. Di fronte alle contrastanti interpretazioni sollevate dal dettato costituzionale, di fronte alla modernizzazione e al rinnovarsi delle relazioni tra diritto ed economia (68), il richiamo al mondo dei fatti

---

(66) E. Bassanelli, *La crisi del contratto agrario. A proposito del progetto Segni sulla riforma dei contratti agrari*, in « Rivista di diritto agrario », XXVII, 1948, p. 164. « Episodio del progressivo indebolimento dell'autonomia privata », la crisi del contratto agrario si lega — a dire di Bassanelli — alla « ipertrofia del contenuto obbligatorio »: « la volontà della legge si sostituisce a quella dei contraenti nello stabilire il contenuto e le modalità dei diritti e degli obblighi che nascono dal contratto; e si arbitra di intervenire nei rapporti in corso, sostituendo modalità e termini pattuiti liberamente » (ivi, p. 163). In particolare Bassanelli intende opporsi alla soppressione della disdetta libera; una soppressione che è intesa come negazione della « piena libertà dell'impresa di adattarsi ai singoli ordinamenti produttivi » (ivi, pp. 168 sgg.).

(67) Per un'analisi del ruolo conservatore svolto in questi anni dalla giurisprudenza cfr. A. Jannarelli, *Proprietà ed impresa agricola nell'utilizzazione delle terre incolte (a proposito di un recente progetto di legge)*, in « Rivista di diritto agrario », LVII, 1978, pp. 433 sgg.

(68) Cfr. il convincente quadro d'insieme presentato da Jannarelli, *La cultura agraristica tra codificazione e Costituzione (1935-1952)*, cit., pp. 656 sgg.

(impossibile da circoscrivere in un ambito puramente conservatore) aveva soprattutto il merito di ricordare l'impossibilità di un ordine giuridico uniforme, rigidamente programmato in una sola dimensione dalla volontà del legislatore.

#### 4. *Lavoro (immediato, diretto, corporale) della terra*

È in particolare sulla questione del lavoro che, pur seguendo sempre il suo percorso apparentemente lontano dai dibattiti contemporanei, il saggio di Capograssi riesce a toccare le questioni più rilevanti presenti nell'agricoltura del dopoguerra.

Nell'opera di Capograssi c'è un'attenzione continua nei confronti del lavoro: il lavoro è per lui il centro della produzione sociale, l'attività mediante cui l'individuo forma la sua personalità, attraverso cui emerge la concretezza della vita associativa e si realizza il rapporto tra il singolo e le cose, tra il singolo e la comunità sociale. Non è certo un caso che nel pensiero politico dell'Ottocento sia soprattutto l'opera di Proudhon a ricoprire agli occhi di Capograssi un ruolo cruciale: Proudhon ha il merito di cogliere l'autentica dimensione umana del lavoro, di comprendere come sia dal lavoro che scaturiscono gli ideali, i principi e le regole di vita degli individui e della società <sup>(69)</sup>.

Nelle sue riflessioni successive alla catastrofe Capograssi rivolge una attenzione sempre più preoccupata alle condizioni del lavoro di massa <sup>(70)</sup>: nell'incapacità dell'individuo di partecipare come soggetto al lavoro sociale, nell'« automatismo del lavoro », egli scorge infatti una progressiva 'disumanizzazione dell'esperienza' <sup>(71)</sup>. La preoccupazione è speculare rispetto al quadro del lavoro che prospetta, quasi a mo' di modello, nelle sue pagine sull'agricoltura: al « lavoro come automatismo » (« come puro e parcellare impiego di attenzione e di tecniche, in un geometrico quadro di macchine che

---

<sup>(69)</sup> Cfr. M. D'Addio, *Presentazione* a G. Capograssi, *Riflessioni sull'autorità e la sua crisi* (1921), Milano, Giuffrè 1977, p. XXXV.

<sup>(70)</sup> Cfr., a mo' d'esempio, G. Capograssi, *Su alcuni bisogni dell'individuo contemporaneo* (1955), (in *Opere*, vol. V, pp. 483 sgg.), in *Incertezze sull'individuo*, cit., p. 171.

<sup>(71)</sup> Capograssi, *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, cit., p. 91.

si muovono e di progetti che si eseguono, a cui il singolo individuo è e si sente estraneo») egli contrappone una dimensione ancora autentica del lavoro (« ci sono vari tipi di attività nel mondo sociale, a cominciare da quella del contadino, le quali sono lavoro consapevole, libera esplicitazione di intuizioni di invenzioni di riflessioni, nelle quali il lavoro è un vivere, un modo di vivere che trova in sé la sua ragione») (72). Nel mondo storico dell'agricoltura Capograssi vede il lavoro di ogni singolo, della comunità e dell'intero genere umano fondersi con il dato naturale in una « sintesi tra umanità e terra » (73). Il lavoro di chi « direttamente immediatamente corporalmente » lavora la terra crea « un'unione tra vite », lega la vita del singolo, la vita della comunità e la vita della terra in una unione in cui l'individuo — a differenza che nel lavoro automatizzato — « può misurare quello che dà », « quello che è », in cui la terra non è vista « come oggetto di sfruttamento » ma è, appunto, « trattata come vita » (74).

Proudhon è l'autore che — secondo Capograssi — è riuscito a sentire nella sua « intimità effettiva » questa unione (75) e Proudhon — con la sua rappresentazione di una società che si organizza non attorno ad un astratto diritto (naturale ed assoluto) di proprietà, non su un ordine fondato su un autoritario legame costitutivo tra legge e volontà, ma sulla concreta forza unificante delle relazioni sociali (76) — è l'autore, ingiustamente dimenticato anche dalle « scuole rivoluzionarie », nella cui opera (« ricca di intuizioni che sono tra le più

(72) Id., *Su alcuni bisogni dell'individuo contemporaneo*, cit., p. 173.

(73) « [...] non si sa più quale sia il dato naturale e quale sia l'apporto del lavoro umano, poiché il lavoro è fuso col dato (la terra è costruita), e il dato è fuso col lavoro (il mondo storico nasce) » (Capograssi, *Agricoltura, diritto, proprietà*, cit., p. 248).

(74) Id., *Agricoltura, diritto, proprietà*, cit., p. 250 e p. 278. « Il singolo, dovunque annegato nella massa, è qui salvaguardato nella sua singolarità di esistenza e di destino, in un rapporto personale tra la sua vita e la vita della terra. Le cose, dalla scienza trattate come oggetto da scomporre bombardare e demolire, sono qui riconosciute come esseri viventi e salvaguardate nella loro vita integrale » (ivi, p. 278).

(75) « Nessuno ha sentito la carnalità la intimità effettiva di questa unione quanto Proudhon » (Capograssi, *Agricoltura, diritto, proprietà*, cit., p. 250).

(76) Cfr. P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa, 2, L'età delle Rivoluzioni (1789-1848)*, Laterza, Roma-Bari 2000, pp. 334 sgg.

profonde del pensiero moderno » (77)) si possono cogliere i tratti essenziali di un ordine giuridico del presente lontano dai modelli burocratici e autoritari del 'governamentalismo' (78).

In quest'ottica (proudhoniana) l'effettività del lavoro rivendica una sua preminenza rispetto all'astrazione della proprietà. È nel lavoro infatti che per Capograssi si deve scorgere quale sia « il nucleo originale indistruttibile di *quella strana cosa*, che è la proprietà individuale della terra » (79) ed è al lavoro che occorre prestare attenzione per individuare le trasformazioni storiche dei diritti reali: un lavoro da intendersi come rapporto immediato e diretto con la terra, come « una specie di estensione ideale della propria vita alla vita della terra », come immedesimazione della « propria vita con la vita della terra », di una « terra diventata la vita stessa dell'uomo » (80). Il lavoro si presenta, dunque, come 'fonte' della proprietà e come strumento in grado di 'modificare' la proprietà. La proprietà individuale della terra (che sancisce con un'astrazione un'appartenenza che è distacco del singolo dagli altri e della singola terra dalla restante terra) ha un solido fondamento, una sua 'sacralità', solo se sostenuta dalla *partecipazione* del soggetto

---

(77) « La critica di Proudhon ai regimi autoritari, ai regimi di legge *à tout faire* per così dire, resta ancora intatta. La istanza di Proudhon, la profonda esigenza di una società organicamente libera, opera delle libere autonomie degli individui e delle loro formazioni, che Proudhon ha rappresentato nel pensiero politico moderno, resta ancora non svolta; e le sue conseguenti critiche dei regimi comunque coattivi restano insuperate » (Capograssi, *Su alcuni bisogni dell'individuo contemporaneo*, cit., pp. 185-86, testo e note).

(78) L'omaggio nei confronti della lettura del lavoro sociale operata da Proudhon rinvia — rivelando profonde consonanze tra Capograssi e Georges Gurvitch (anch'egli particolarmente attento all'opera di Proudhon) — a un diritto come espressione di gruppi e di istituzioni che esistono e si organizzano prima e indipendentemente dell'intervento statale. Per un breve cenno alla vicinanza (al di là delle diverse, ed anzi opposte, premesse speculative) tra Gurvitch e Capograssi si cfr. E. Opocher, *Giuseppe Capograssi filosofo del nostro tempo* (1989), in Id., *Giuseppe Capograssi*, cit., p. 32. Riguardo alla rilettura (e agli apprezzamenti) di Proudhon da parte di Gurvitch si veda invece P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 4, *L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2001, p. 408 e p. 420.

(79) Capograssi, *Agricoltura, diritto, proprietà*, cit., p. 253 (corsivo mio).

(80) Ivi, p. 251.

alla vita della terra <sup>(81)</sup>. Allo stesso modo, però, è proprio la *partecipazione* alla vita della terra a rappresentare un costante momento di crisi del concetto formale ('ufficiale') di appartenenza: nell'assetto variegatissimo dei contratti agrari « l'unione come atto effettivo di lavoro e di creazione si afferma e reclama i suoi diritti di fronte o accanto o contro la proprietà come *potestas* si direbbe ufficiale e diretta » <sup>(82)</sup>.

Il lavoro come unione con la terra pare ricomporre « lo slivelamento tra esperienza ed individuo » su cui Capograssi insiste in questi anni <sup>(83)</sup>. Filtrato attraverso l'unione con la terra realizzata dal lavoro, l'interesse a far sì che la cosa raggiunga la massima produttività — quell'interesse che (mostrando come vera l'affermazione di Finzi secondo cui « non più i beni [sono] in funzione del soggetto, ma questo [è] in funzione di quelli » <sup>(84)</sup>) « prevale oramai sugli interessi del soggetto » e mostra che « non più il proprietario ha la proprietà, ma la proprietà ha il proprietario » <sup>(85)</sup> — manifesta un

---

<sup>(81)</sup> Cfr. ivi, pp. 257-58 (testo e nota). La *partecipazione* è intesa nel senso di Lévy-Bruhl.

<sup>(82)</sup> « Il dominio si divide in un così complesso ed elastico sistema di rapporti, che in alcune esperienze storiche, come nel medioevo, le varie forme di unione tentano proprio di porsi 'quasi come tanti diritti di proprietà limitata o parziale, ed anche temporanea, concorrenti con il diritto del dominio' » (Capograssi, *Agricoltura, diritto, proprietà*, cit., p. 255). Capograssi si rifà ad Astuti (*I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, cit.; da cui è ripresa la citazione) e rinvia anche a Trifone (*Il dominio diviso e la sua partecipazione ai terreni di bonifica*, in « Rivista di diritto agrario », XII, 1933).

<sup>(83)</sup> Cfr. soprattutto Capograssi, *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, cit., pp. 100 sgg.

<sup>(84)</sup> La « formula memorabile che va molto oltre se stessa » (così Capograssi, *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, cit., p. 101) è tratta da E. Finzi, *Verso un nuovo diritto del commercio* (in « Archivio di studi corporativi », IV, 1933, p. 114): « È la terra, è la nave, è l'azienda produttiva che oggi primariamente vuole la sua regola; il diritto privato patrimoniale vuole essere l'ordinamento dei beni nella cornice dell'interesse nazionale. I rapporti sono capovolti: non più i beni in funzione del soggetto; ma questo in funzione di quelli ». L'influenza di Finzi è particolarmente evidente in *Agricoltura, diritto, proprietà* (ove però non è mai menzionato). Su Enrico Finzi si cfr. Grossi, *Stile fiorentino*, cit., pp. 174 sgg.; Id., *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 232 sgg.

<sup>(85)</sup> Capograssi, *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, cit., p. 101.

volto autentico dell'esperienza giuridica e non più un'artificiale imposizione fissata dallo Stato.

Sia pure attraverso il rinvio ad uno scenario (irrobustito dai richiami a Virgilio) premoderno, eroico e idealizzato dell'unione tra il singolo e la terra, Capograssi mette così a fuoco i temi più scottanti presenti nel dibattito agraristico del momento e dà una lettura attenta delle trasformazioni in corso: chiaro è il riferimento alla preminenza dell'imprenditorialità rispetto all'astratta titolarità del fondo; così come chiara emerge la valorizzazione della situazione giuridica di chi vive il rapporto immediato e diretto con la terra, la tendenza ad assecondare il 'realizzarsi' dei rapporti obbligatori, il loro progressivo trasformarsi in diritti reali.

L'assenza di riferimenti specifici alla situazione normativa del momento non rende certo difficile cogliere l'attenta lettura del presente offerta dal filosofo abruzzese: «la pretesa alla stabilità dell'impresa sul suolo altrui, al rafforzamento dell'unione del singolo con la terra, alla conservazione della situazione di fatto è — scrive Bassanelli — un aspetto particolare, frammentario dell'unità di intenzione che domina il movimento sociale odierno, colta puntualmente dal Capograssi, e cioè il 'commisurare le posizioni giuridiche alle posizioni effettive che nel lavoro comune hanno i singoli soggetti e i singoli gruppi di soggetti' »<sup>(86)</sup>.

Le pagine di Capograssi invitano i giuristi a confrontarsi con la nuda realtà delle cose, li spingono a guardare senza rigidi formalismi all'unione effettiva con la terra (ai rapporti di fatto di utilizzazione concreta della terra), a considerare la forza del diritto vivente nella storicità dell'esperienza<sup>(87)</sup>. Enrico Bassanelli coglie appieno quest'invito nel momento in cui, movendo dalla lezione di Capograssi e senza arrendersi agli stereotipi romanistici, mette a fuoco il conflitto del presente tra attività imprenditoriale sulla cosa e proprietà guardando ai tempi lunghi della storia: «la forza evolutiva — scrive — è sempre quella racchiusa nella situazione di fatto potenziata dalla

<sup>(86)</sup> Bassanelli, *Struttura e funzioni del contratto agrario*, cit., p. 785.

<sup>(87)</sup> A invitare ad una lettura attenta alle aspirazioni presenti «nel diritto vivente contro il diritto astratto risultante dalle fonti» è E. Bassanelli, *Il lavoro come fonte della proprietà della terra*, in *Atti del primo convegno internazionale di diritto agrario*, cit., vol. II, p. 605.

gestione della produzione, ed oggi anche dal lavoro dell'imprenditore » (88); una forza che, oggi come nel passato, spinge « verso la disintegrazione della proprietà, verso la nascita di diritti nuovi e diversi, concorrenti con la proprietà quasi nominale del concedente » (89). Come non scorgere, del resto, una valorizzazione della *unione con la terra* nella figura germanica della *Gewere* (90); come non vedere una valorizzazione di tale unione in quelle interpretazioni dei maestri del diritto comune volte a riconoscere al lavoro un diritto a godere della ricchezza creata (91), volte a valorizzare il contatto immediato e diritto con terra, quel « contatto quotidiano » che « è la lima oscura che assottiglia e rende più fragile il legame tra il proprietario e il fondo » (92).

La pagina scritta nel presente dal legislatore si relativizza: è ricondotta a una « legge costante », appare come « il risultato di un'opera svolta dal diritto vivente, come libera creazione sciolta dai vincoli della legge scritta » (93). Ed è guardando in profondità *all'opera svolta dal diritto vivente* che il giurista può comprendere appieno le trasformazioni in atto, prima fra tutte quella contrastata valorizzazione del lavoro che incrina sino a distruggere la rigidità delle garanzie fissate dall'ordinamento per la proprietà: « la proprietà formale è totalmente garantita solo quando è sorretta dal lavoro, principio prossimo all'altro che il lavoro vince la proprietà inerte » (94).

---

(88) Id., *Struttura e funzioni del contratto agrario*, cit., p. 792.

(89) *Ibidem*.

(90) La fusione nella *Gewere* « di tutti quei diritti che consentono l'utilizzazione economica del bene mercè una relazione immediata e diretta con la cosa » (« l'empirismo germanico [...] nella *Gewere* fondeva e confondeva in un unico concetto giuridico ogni potere sulla cosa ed ogni godimento ») mostra nel passato quanto la spinta delle forze sociali mira a realizzare nel presente: la prevalenza, rispetto al diritto 'ufficiale' del proprietario, assunta dai rapporti di fatto di utilizzazione concreta della terra; il favore dell'ordinamento verso l'organizzazione imprenditoriale della produzione contro « l'astratto diritto di proprietà » (ivi, pp. 791-92). Su questi temi anche le pagine di Bassanelli devono moltissimo a Enrico Finzi.

(91) Cfr. Bassanelli, *Il lavoro come fonte della proprietà della terra*, cit., p. 607.

(92) *Ibidem*.

(93) Ivi, p. 617.

(94) Ivi, p. 614. La lettura non manca di suscitare risentite reazioni dogma-

Immersa sul terreno del dibattito agraristico, anche sul punto cruciale del lavoro, la lettura di Capograssi, non serve però solo a fornire uno strumento interpretativo, un unitario filo di lettura delle riforme in atto, ma spinge soprattutto a mostrare i contrasti tra un ordine iscritto nell'esperienza e la volontà di dirigere, di indirizzare, di costruire artificialmente quell'ordine. Forte della lettura di Capograssi, la visione di un diritto agrario come espressione di un quadro di fonti irriducibile alla sola legge riemerge per tradursi in un aperto contrasto con l'intervento del legislatore. Lo stesso Bassanelli, che abbiamo visto attento a leggere, avvalendosi anche del contributo di Capograssi, le trasformazioni in corso, non esita a opporsi fermamente ad un intervento della legge sui contratti agrari: la riforma dei contratti agrari « irrompe » come « costruzione pensata e non vissuta » nel naturale processo evolutivo del diritto agrario « contrapponendosi come un atto di volontà autonomo all'esperienza concreta » <sup>(95)</sup>; l'ambizione del legislatore di porre un ordinamento completo e generale appare arbitraria e pericolosa: il pericolo è quello « d'un distacco dalla realtà, la quale in questa materia obbedisce solo agli imperativi dettati dall'economia dell'assetto concreto dell'agricoltura »; quello di « rinchiude[re] in uno schema rigido di norme le forze mobili ed elastiche della vita » <sup>(96)</sup>.

##### 5. *Complessità dell'ordine giuridico*

In un contesto caratterizzato da un intreccio sempre più fitto dei rapporti tra economia e diritto, e da una cultura giuridica ancora disorientata dal superamento della tradizionale dicotomia tra attività

---

tiche: cfr. N. Giudiceandrea, *Il lavoro come pretesa fonte di proprietà della terra*, in « Giurisprudenza italiana », CVI, 1954, cc. 97 sgg.

<sup>(95)</sup> Bassanelli, *Struttura e funzioni del contratto agrario*, cit., p. 793.

<sup>(96)</sup> *Ibidem.* « Frutto [...] d'un'esperienza integralmente vissuta, i contratti agrari non costituiscono degli assetti definitivi; gli adattamenti continui alle mutevoli condizioni di ogni giorno, producono formule nuove, aprono tutte le possibilità di organizzazione e di superamento. Domani la varietà ed il movimento della vita sarà soffocato dalle rigide linee d'una legge uguagliatrice e perciò ingiusta, perché tanto più vasto e differenziato è il campo in cui opera una data norma, tanto più è improbabile che essa attui l'interesse dei singoli » (ivi, p. 796).

agricole ed attività commerciali <sup>(97)</sup>, Capograssi era riuscito ad evocare uno scenario in cui « agricoltura, diritto, proprietà » ritrovavano un loro volto autentico non in un minuzioso assetto legislativo, né in un rinnovato modello di diritto naturale, ma nella riscoperta dell'ordine iscritto nei fatti e nelle cose. Il testo — che, come abbiamo visto, è da inquadrare nella complessiva riflessione di Capograssi e, in particolare, nella sua lettura della crisi del diritto — incontrava sensibilità diffuse tra i cultori del diritto agrario, da sempre attenti all'intervento dello Stato nell'economia, ma da sempre anche propensi a rivendicare contro ogni visione livellatrice le peculiarità intrinseche al loro oggetto di studi, intrinseche al *problema della terra*.

Un'analisi delle suggestioni impresse dalle pagine di Capograssi nella cultura giuridica successiva potrebbe dirci se i suoi richiami al mondo dei fatti e alla natura delle cose furono utilizzati per sostenere i mutamenti oppure per contrapporre ad essi un mondo dell'agricoltura ancora rinserrato in una nicchia premoderna, se contribuirono all'artificiale disegno politico di costruzione di una piccola borghesia rurale oppure alla lenta valorizzazione dell'effettiva presenza della *mano di ognuno nell'opera comune*. Una simile indagine, però, sicuramente pretenderebbe troppo dallo scritto di Capograssi e, probabilmente, ne falserebbe i contenuti, finalizzandoli a un determinato indirizzo politico o entro la rigida prospettiva di una *via della salvezza* per la scienza giuridica.

Alcuni scritti di giuristi determinano un inizio o un importante punto di svolta; giustamente li ricordiamo perché segnano una nuova fase del pensiero di un autore, datano l'avvio di una disciplina, indicano la compiuta sistematizzazione di un determinato

---

<sup>(97)</sup> La questione (sulla scia degli studi di Ascarelli) è posta già nel Primo convegno di diritto agrario (1935) da A. Grechi, *Sulla disciplina corporativa dell'agricoltura ed il nuovo diritto della produzione*, in *Atti del primo*, cit., pp. 311 ss, e in particolare 319 sgg. Di Ascarelli è qui sufficiente richiamare *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale* (in « Rivista del diritto commerciale », XXXII, 1934, pp. 1 sgg.) e il cenno alla questione presente nel *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Giuffrè, Milano 1962<sup>3</sup>, p. 123 sgg. Per un problematico inquadramento dei nuovi problemi cfr. comunque A. Jannarelli, *Il diritto agrario e le trasformazioni della società industriale alla luce dell'esperienza nord-americana*, in Id., *Diritto agrario e società industriale*, vol. I, Cacucci, Bari 1993, pp. 3 sgg.

istituto giuridico. Lo scritto di Capograssi, *Agricoltura, diritto, proprietà*, lega la sua fortuna al fatto di non essere niente di tutto ciò: non segna alcun avvio, nessuna svolta, non intende dare una compiuta ricostruzione delle fonti del diritto agrario né tenta di scandagliare la natura delle cose ricorrendo a sofisticate categorie. L'originale approdo di Capograssi a un diritto agrario ordinante nei fatti « un'unione tra vite » aveva, però, il merito di presentare un modello in cui i cultori del diritto agrario riconoscevano un loro percorso scientifico e, più in generale, aveva il merito di enucleare problemi che — in anni caratterizzati da specialismi disciplinari tanto ferrei quanto miopi — costringevano i giuristi ad una visione dettagliata ma unitaria della realtà, invitandoli ad andare oltre la ricognizione del solo assetto normativo esistente per considerare (nei rapporti sociali effettivi, nello *stato di necessità delle cose sociali*) la rinnovata complessità del presente.

I giuristi si riconoscevano nelle pagine del filosofo del diritto perché non vi leggevano un ennesimo rinvio ad un astratto modello giusnaturalistico, ma una sfida alla concretezza, una sfida ad arricchire il loro strumentario tecnico per comprendere la forza normativa del diritto vivente. Gli agraristi in particolare non potevano non identificarsi in quel discorso che ricordava loro l'esigenza (posta così con forza alle origini della loro disciplina) di non annegare le peculiarità del diritto agrario, le peculiarità della realtà agraria, entro il grande e generico mare del diritto civile. Certo, in anni fortemente caratterizzati dalla presenza dell'intervento dirigistico della legge e da una cultura giuridica ben impregnata di *assolutismo giuridico*, la fortuna del saggio di Capograssi si fondava anche su molte incomprensioni: era facile utilizzare polemicamente *i fatti* contro il legislatore, ma era più difficile non guardare alla « unione tra vite » e alla « natura delle cose » come ad una realtà pregiuridica, indifferente al giurista e incapace di alterare la prosaica realtà (normativa) della gerarchia delle fonti. Tutto ciò non sminuì comunque la fortuna di *Agricoltura, diritto, proprietà*. Presente in ogni pagina di quello scritto, il richiamo alla naturale, spontanea, complessità dell'ordine giuridico era, del resto, ciò che più affascinava i giuristi. In quel rinvio essi leggevano ora un'innocua evasione in un poetico discorso filosofico, ora una sfida a un'interpretazione non appiattita sulla sola dimensione della legge, non rinchiusa nelle *angustie della specialità*.



BERNARDO SORDI

ORDINE E DISORDINE GIURIDICO  
DEL MERCATO

(IN MARGINE AD ALCUNI SCRITTI  
DI TULLIO ASCARELLI)



## 1. *Una suggestiva indicazione di ricerca*

Diritto ed economia: questo strategico fronte problematico rappresenta anche in Paolo Grossi una delle linee principali della riflessione scientifica, forse mai isolata sino in fondo nella sua autonomia, nondimeno ricorrente, dal libro del 1960 sulla moneta e le obbligazioni pecuniarie alle tante incursioni agraristiche, sino alle molteplici intersezioni aperte verso questo tema dalla ricerca di lungo periodo su *Il dominio e le cose*.

Negli ultimi anni l'attenzione verso questo ambito problematico si è fatta più intensa e ravvicinata, concentrandosi su di un arco temporale tipicamente contemporaneistico, prima nei saggi su Vassalli e, soprattutto, Ascarelli <sup>(1)</sup> (un personaggio che ha sempre catturato, sin dal ricordato volume del 1960, l'ammirazione e l'interesse di Grossi), per divenire poi uno dei più solidi fili conduttori della ricostruzione della *Scienza giuridica italiana* tra l'unificazione ed il secondo dopoguerra. Basterebbe ricordare le pagine su Hedemann e l'Istituto per il diritto dell'economia di Jena, cerniera decisiva verso le grandi novità degli anni Venti; l'idea forza di un « corporativismo europeo », pluralistico a Weimar, autoritario nella declinazione fascista, comunque sovvertitore degli assetti ottocenteschi e grande fucina di nuove realtà; il ritratto a tutto tondo di Lorenzo Mossa, principale artefice dell'elaborazione della nozione di impresa; l'incontro, infine, con quei giuristi, Miele, Treves e più che altro Giannini, che all'indomani della Costituzione volgevano finalmente attenzione all'intervento dello Stato negli equilibri del

---

<sup>(1)</sup> P. Grossi, *Il disagio di un 'Legislatore' (Filippo Vassalli e le aporie dell'assolutismo giuridico)*; Id., *Le aporie dell'assolutismo giuridico (Ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)*, ora entrambi in Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Giuffrè, Milano 1998, risp. pp. 293-321; pp. 323-82. Sulla posizione di Ascarelli torneremo anche noi nell'ultimo paragrafo del saggio.

mercato, offrendo una prima collocazione disciplinare per il diritto pubblico dell'economia (2).

Quali suggestioni si ricavano da questa analisi?

Intanto, il fronte diritto-economia segna uno dei principali versanti sui quali si gioca la modernizzazione dei modelli ottocenteschi e si dislocano, tra Fascismo e Repubblica, continuità e trasformazione (3). Il fulcro temporale si situa tra le due guerre, per poi coinvolgere, in particolare nel caso italiano, lo stesso dibattito costituente; conosce comunque in tutta Europa una ripresa tra gli anni Cinquanta e Sessanta, nel solco di una netta matrice interventista che torna a diffondere la consapevolezza già maturata trenta anni prima che l'economia non sia un *dato* ma un *costruito*, rappresenti una variabile in gran parte dipendente dall'intervento dello Stato. Appunto, quell'interventismo che da oltre settanta anni dimostrava una progressione che sembrava ancora inarrestabile.

In che cosa consiste la modernizzazione? Per il commercialista, nel passaggio dal soggetto economico individuale agli assetti organizzati e duraturi, dagli atti all'impresa, dalla dimensione statica della proprietà alla funzione dinamica e attiva di « operare per il mercato ». Spinto dalle vorticose trasformazioni del primo dopoguerra, il giurista di diritto privato getta finalmente lo sguardo al dato economico ed avvia un confronto con l'effettività, con il diritto vivente, con un diritto che ha preso forma nonostante e contro quei codici progettati e promulgati prima dell'avvio della grande produzione di massa. L'incontro con la realtà viva dei fatti economici ha effetti 'salutari', abbatte le 'mitologie' individualistiche, scopre coerenze e compatibilità con il giusliberismo. L'impresa, come istituto giuridico, nasce appunto come creazione esclusiva della scienza giuridica che legge direttamente il fatto economico, lacerando l'intercapedine codicistica degli atti di commercio (4).

Anche per il pubblicista l'incontro con l'economia genera scon-

---

(2) P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè, Milano 2000, risp. pp. 191-96; pp. 171-84; pp. 196-211; p. 297.

(3) Come è emerso da molti saggi dell'ultimo numero monografico dei « Quaderni fiorentini », 28, 1999, dedicato proprio a questo delicatissimo tornante storico.

(4) Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 196-211.

quasi, richiede l'apertura di nuovi ambiti disciplinari, conseguenti alla scomparsa dell'assetto statutale semplificato e compatto di matrice rivoluzionario-napoleonica; avvia la scoperta dell'organizzazione e la rassegna della molteplicità degli statuti di azione della pubblica amministrazione; obbliga a seguire i processi di disaggregazione e di intersezione con il sociale ed, appunto, il commerciale, lungo « un complesso e complicato crinale » che mette in discussione la stessa dicotomia pubblico-privato. Il giurista è spinto a tuffarsi nel gran mare della complessità, costretto con urgenza a prendere le distanze dalle certezze dogmatiche di fine Ottocento e ad aggiornare i propri strumenti di qualificazione del reale.

Recenti, significative, incursioni verso l'attualità hanno aggiunto ulteriori suggestioni.

« Il ripensare le fonti » <sup>(5)</sup>, il grande tema del rapporto tra ordine giuridico ed ordine legislativo, funge ancora una volta da polo di attrazione, in una lettura del presente della globalizzazione, di cui si mettono in luce proprio gli elementi che, sull'onda degli inarrestabili fattori economici, ridimensionano il ruolo della sovranità e degli Stati ed innescano nuovi fenomeni di pluralismo giuridico, dando vita ad un diritto esperienziale che fa in gran parte a meno del comando dello Stato e delle tradizionali impostazioni giuspositivistiche, ancora forti negli ordinamenti codificati.

Diritto globale come diritto effettivo, come *law in action*. Il mercato come esperienza più che come 'catallassi': esperienza che è certo giuridica e non meramente fattuale, ma nella quale le regole vengono create dagli stessi attori del mercato e della vita economica più che dal potere politico. Il mercato dunque ha un suo ordine giuridico, sue regole, ma le regole sono create al suo interno, magari grazie alla mediazione dei nuovi *sapientes*, i giuristi delle grandi *law-firms* e delle *corporations* internazionali (così come arbitrali sono i giudici chiamati a sanzionare la violazione di quelle regole). Esattamente come ieri erano i grandi giuristi di cattedra a decrittare il giuridico che prendeva vita oltre gli schemi preindustriali dei codici di commercio <sup>(6)</sup>.

---

<sup>(5)</sup> P. Grossi, *Pagina introduttiva*, in « Quaderni fiorentini », 29, 2000, pp. 5-8.

<sup>(6)</sup> Id., *Globalizzazione e pluralismo giuridico (a proposito di Maria Rosa*

Universalità, libertà e mutevolezza delle regole coerentemente al carattere essenzialmente libero dei rapporti economici: vecchi *topoi* dell'antico *ius mercatorum* e più recenti attualizzazioni in senso neolibertario sembrano divenire improvvisamente convergenti; ma ipotizzare repentini innamoramenti per dottrine economiche alla moda sarebbe fuor di luogo. Del liberalismo alla Hayek si scartano i profili più marcatamente individualistici e si coglie invece la matrice alla Savigny e alla Kern: l'analogia tra diritto e linguaggio, il diritto antico come *vero* diritto, lo *ius inventum* che precede il legislatore, la critica al costruttivismo normativistico, il primato dell'ordine giuridico che spontaneamente si crea rispetto all'ordine disegnato dal legislatore (7); mentre della riflessione americana su *Law and Economics* alla Ronald Coase e alla Richard Posner si tralasciano i termini di efficienza e di massimizzazione della ricchezza, per sottolineare il ruolo trainante, ancora in chiave antipositivista, del *common law* rispetto al *civil law* e alla legge (8).

Questo spiega come mai questa attenzione alla globalizzazione e più in generale all'autonomia del fenomeno economico rispetto all'autorità politica e al dominio della legge statale, e quindi alla sostanziale autonomia dell'ordine giuridico del mercato, possa convivere in Grossi con la notevole valorizzazione del lungo filone del corporativismo europeo e rifuggire da qualsiasi adesione acritica al modello dell'economia capitalistica quale modello universale, « divinamente posto e naturalmente necessario » (9), uscito vittorioso

---

Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna 2000), in « Quaderni fiorentini », 29, 2000, pp. 551-58, un saggio che dall'osservatorio delle fonti del diritto volge uno sguardo attento e partecipe ai risultati della ricerca sociologica della Ferrarese.

(7) F.A. von Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, vol. I, *Rules and Order* (1973), tr. it. a cura di A.M. Petroni e S. Monti Bragadin, *Legge, legislazione e libertà*, vol. I, *Regole e ordine*, Il Saggiatore, Milano 1994, p. 33; pp. 93 sgg. Ivi, pp. 108-9, il riferimento a F. Kern, *Recht und Verfassung im Mittelalter* (1919), Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1965.

(8) Un efficace quadro di sintesi sul 'movimento', in G. Minda, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York and London 1995, tr. it. a cura di M. Barberis, *Teorie postmoderne del diritto*, Il Mulino, Bologna 2001, pp. 141 sgg.

(9) T. Ascarelli, *Ordine giuridico e processo economico*, in Id., *Problemi giuridici*, Giuffrè, Milano 1959, vol., p. 47, in un passo nel quale proprio al diritto

dalle sfide novecentesche, liberatosi degli impacci del contingente e della storia, tanto da poter apparire come regola unificante in grado di omologare ogni differenza territoriale e culturale.

L'economia sembra dunque imporre, con una intensità maggiore di quella propria del recente passato, una spontaneità degli scambi tanto forte da prevalere sulla regola fissata dal potere politico, indebolito oggi rispetto a quel passato dalla dimensione globale acquisita dai mercati; ma è ancora lungi dal potersi dichiarare autosufficiente da quel potere a livello nazionale come a livello transnazionale, incapace di garantire, anche sul piano ristretto dell'Unione, con la stessa automatica invisibilità con la quale garantisce l'efficienza delle contrattazioni, non solo il patrimonio dei diritti individuali e sociali, ma pure la stessa stabilità del proprio ordine. Non ha dunque perso di attualità l'analisi dei mutevoli rapporti tra potere pubblico e dimensione economica, a partire dal traghettamento democratico che la Costituente opera del corporativismo europeo tra le due guerre, sino all'avvio, nei decenni immediatamente successivi, della stagione della programmazione economica, in un tentativo non riuscito, ma non per questo da banalizzare, nelle sue ispirazioni ideali come nelle sue tecniche, di introdurre una finalizzazione sociale alle dinamiche del mercato. In realtà, il compito del giurista non è cambiato rispetto ad ieri: il commercialista dovrà sempre di più prestare orecchio alle dense creazioni della prassi; il pubblicista non dovrà abdicare al proprio compito di regolatore del mercato, adeguando la continuità dell'indirizzo sociale, proprio della tradizione europea, alla potente novità della globalizzazione, nella convinzione profonda che il sistema dei diritti fondamentali diventa ancora di più uno strumento necessario di equilibrio in un mondo globalizzato dalle logiche dell'economia <sup>(10)</sup>.

Quello che però più conta ai nostri fini è che questi scritti di Grossi tracciano, implicitamente, l'arco cronologico di una possibile ricerca, dagli anni Cinquanta sino al presente, densa di interrogativi

---

si riconosceva una funzione determinante nell'archiviazione « del convincimento di uno spontaneo autoregolamento del sistema economico ».

<sup>(10)</sup> S. Rodotà, *Tra diritti e mercato: una cittadinanza europea possibile*, in G. Bonacchi (a cura di), *Una costituzione senza Stato*, Ricerca della Fondazione Lelio e Lisli Basso - Issoco, Il Mulino, Bologna 2001, p. 464.

e di domande: un periodo che occupa per intero la seconda metà del XX secolo e nel quale il filo delle grandi trasformazioni giuridiche è tutto dettato, prima, dal compiersi della parabola interventista e, subito appresso, dal suo rapido, improvviso declinare, con il tramonto dello Stato gestore, l'accelerazione delle direttrici di integrazione europea, ed appunto la crescente internazionalizzazione dei mercati.

Per noi questa implicita periodizzazione è un invito a cogliere la complessità delle trasformazioni in corso, a non fermarsi alle repentine quanto improbabili rivoluzioni copernicane nelle decisioni di sistema che si celebrano al livello formale delle norme nazionali e comunitarie, a non affrettare automatismi di trapianto giuridico da oltreoceano, ma a coglierli nel peculiare adattamento alle circostanze e alle condizioni della storia europea, a ripercorrere nel suo intero una dorsale di relazioni tra diritto ed economia lungo tutto l'arco del secondo Novecento, forte della autonomia e della libertà dei fatti economici, ma pure innervato della rilevanza costituzionale dell'economia, di quei costruttivismi che l'opinione dominante bolla oggi sbrigativamente come fallaci, in un dibattito continuo e vivissimo a livello teorico e tra teoria e prassi, tra ordine e disordine giuridico del mercato.

L'indicazione di una via di ricerca, densa di storia e densa di domande che il presente, mai così mobile, come dimostra il repentino ritorno della politica e delle armi ed a ruota degli interventi e delle regolazioni, rivolge pressantemente al passato: un itinerario di studio, che queste pagine, poste come una sorta di inventariazione, di prime impressioni di lettura, all'inizio del lavoro non pretendono di tracciare in modo compiuto, limitandosi più semplicemente a testimoniare la stimolante ricchezza di uno spunto, di una suggestione, come tante altre volte nelle relazioni con Paolo Grossi, all'origine di ricerche poi contrassegnate dalla individualità delle prospettive e degli interessi, ma anche da una sostanziale, profonda, unità di metodo.

La scelta di Tullio Ascarelli come primo, limitato, momento di verifica, in questa prospettiva, non è soltanto una scelta motivata dal peso e dall'oggettiva importanza degli scritti cui faremo riferimento, ma discende anche dall'individuazione di un possibile, comune, campo d'indagine.

## 2. *Da una costituzione economica all'altra*

Chi si inoltra, nella letteratura italiana, lungo il fronte diritto-economia, si imbatte subito in una questione eminentemente costituzionale. Indiscusso sino oltre la metà degli anni Ottanta, il progetto costitutivo consegnato al titolo III della Carta dedicato ai rapporti economici, inizia da quel momento in poi ad attirarsi un crescente numero di critiche. Nel panorama internazionale il vento è radicalmente mutato; è tornata a soffiare con forza una nuova corrente liberista, che il tracollo improvviso e generalizzato del modello sovietico e delle economie pianificate irrobustisce e rafforza; la chiusura nazionale dei mercati è sempre meno credibile; di lì a poco, con il Trattato di Maastricht, la integrazione europea inizia a vivere un passaggio decisivo di accelerazione all'insegna della « economia di mercato aperta ed in libera concorrenza ». Se, sino a questo momento, fallimenti dello Stato e governo dell'economia hanno tenuto il campo quasi da soli, da qui in avanti il parterre è esclusivamente per i fallimenti dello Stato e per l'autonomia del mercato. Anche presso un pubblico non specialistico, tramonta l'astro di Keynes, sorge quello di Hayek.

Inizia così un fuoco di fila sul testo costituzionale. Alle scelte del Costituente si rimproverano in stretta concatenazione <sup>(11)</sup>: l'assenza di una cultura del mercato; il silenzio su concorrenza ed antitrust; l'accettazione del monopolio, 'salvato' attraverso la sua metamorfosi da privato a pubblico; il mito, preindustriale, del piccolo produttore autonomo; la disattenzione verso l'impresa; il precario statuto della libertà di iniziativa economica; la mancanza di un principio limitativo della tassazione, funzionale al libero esplicarsi della libertà economica privata; l'assenza di ogni riferimento alla tutela dei consumatori; la scarsa valorizzazione della sussidiarietà; l'adozione, infine, di modelli fortemente intrusivi di regolazione, ben testimoniati più che dall'ineffettiva programmazione economica, avviatasi in ritardo e senza fortuna sulla base del terzo comma dell'art. 41, dal ben altrimenti vitale ordinamento del credito che già alla fine degli

---

<sup>(11)</sup> Esemplifichiamo dalle critiche più documentate: G. Amato, *Il mercato nella Costituzione*, in « Quaderni costituzionali », XII, 1992, pp. 7-19.

anni '40 Giannini decritta nel modello giuridico dell'ordinamento sezionale.

La 'miopia' del Costituente si avverte ancor di più alla luce della montante internazionalizzazione degli scambi: quella che nel 1948 si è scelta, grazie agli auspici del solidarismo cattolico, una volta respinto il celebre emendamento Montagnana, è « una variante debole » del modello pianificato; la pianificazione imperativa è fuori dalle previsioni della Carta, ma quella che si prefigura è comunque una economia orientata da uno statal-dirigismo ancora convinto che l'economia potesse essere imbrigliata da una sovranità proiettata su di un territorio statale <sup>(12)</sup>.

La sponda per legittimare un tale attacco alle disposizioni costituzionali, dopo oltre due decenni di letteratura giuridica ispirata a quelle linee tutte pubblicistiche del governo dell'economia, che sembravano le uniche in grado di interpretare la proclamata superiorità del progetto politico rispetto al mercato, si cerca sul fronte europeo.

Così, l'inserzione nell'art. 3A del Trattato di Maastricht della previsione di una politica economica ispirata al ricordato « principio di una economia di mercato aperta ed in libera concorrenza », viene percepita, specialmente in Italia, secondo il portato di una norma di principio senza precedenti nella storia dell'integrazione europea. È ovviamente chiaro a tutti che le « regole di concorrenza » costituiscono sin dal trattato di Roma del 1957 <sup>(13)</sup> uno dei capi normativi più significativi ed uno dei pilastri della politica della comunità, ivi comprese le norme sulle imprese pubbliche, sulle imprese incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale, per giungere sino alle disposizioni relative agli aiuti di Stato che estendevano il campo degli interventi antitrust dalle imprese agli Stati che, con interventi e sovvenzioni pubbliche, avrebbero potuto introdurre

---

<sup>(12)</sup> A. Quadrio Curzio, *Tre costituzioni economiche: italiana, europea, bica-merale*, in L. Ornaghi (a cura di), *La nuova età delle costituzioni. Da una concezione nazionale della democrazia a una prospettiva europea e internazionale*, Il Mulino, Bologna 2000, pp. 69 sgg.

<sup>(13)</sup> Che a loro volta avevano negli articoli 65 e 66 del Trattato di Parigi del 18 aprile 1951, istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, il loro precedente diretto.

forti elementi di distorsione negli equilibri del nuovo mercato europeo <sup>(14)</sup>. Ma soltanto ora quelle norme si avvertono come parte integrante di una « decisione di sistema » alternativa al modello economico adottato dalla Costituente <sup>(15)</sup>. È indubbio che le « tappe » che il trattato istitutivo del mercato comune prevedeva sin dal suo sorgere, con l'inizio degli anni Novanta si sono fatte più stringenti, l'attività della Commissione e la giurisprudenza della Corte di giustizia sono divenute incalzanti <sup>(16)</sup>, si susseguono le direttive di liberalizzazione; gli effetti sui singoli ordinamenti nazionali si fanno tangibili, con il varo delle politiche di privatizzazione richieste dalle compatibilità finanziarie emerse prima con la crisi dello Sme e successivamente con il progressivo avvicinamento alla moneta unica, che funge da grande volano di limitazione della sovranità economica degli Stati.

Una interpretazione sistematica del Trattato avrebbe però probabilmente richiesto già allora una lettura di maggiore complessità e meno riduttivamente monocorde. Il peso dell'interventismo, i suoi lasciti corposi, pur se quantitativamente diversi anche solo nel confronto tra Francia, Germania ed Italia, non avevano lasciato immune la decisione comunitaria, imponendo la neutralità del Trattato rispetto alla proprietà (pubblica o privata) delle imprese e suggerendo la scelta di limitare l'impatto della normativa europea alla previsione di una gestione comunque concorrenziale di quelle proprietà, con il preciso obiettivo di abbattere anche in questo campo le barriere nazionali ed evitare alterazioni di quello spazio liscio che si voleva approntare per la libera circolazione di merci, persone, servizi, capitali. Dall'altro, ancora quei lasciti avevano imposto l'introduzione di eccezioni e regimi derogatori anche ampi, a partire dal riconoscimento che una « specifica missione » nell'ambito dei servizi di pubblica utilità, ivi compresi quelli di contenuto

---

<sup>(14)</sup> G. Colangelo, *La politica di concorrenza e di tutela del mercato*, in A. Quadrio Curzio (a cura di), *Profili della costituzione economica europea*, Ricerca del Centro di ricerche in analisi economica, economia internazionale, sviluppo economico, Il Mulino, Bologna 2001, pp. 431 sgg.

<sup>(15)</sup> N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari 1998, p. 23.

<sup>(16)</sup> D. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Clarendon, Oxford 1998, pp. 382 sgg.

più marcatamente economico, poteva rendere legittimo l'impiego di alcuni strumentari tipici dell'interventismo tradizionale, come gli aiuti finanziari pubblici o l'esistenza di riserve monopolistiche (art. 86 c. 2).

Così pure era difficile dimenticare che il problema di una guida politica dell'economia non si era magicamente dissolto nell'Unione Europea, dove alcuni dei problemi più stringenti del secondo dopoguerra (occupazione, miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, squilibri regionali, oltre ai problemi più di recente venuti alla ribalta come la tutela dell'ambiente o quella dei consumatori <sup>(17)</sup>) si erano puntualmente riproposti, nel ribadito « attaccamento ai diritti sociali fondamentali » <sup>(18)</sup>, richiedendo la costruzione di un diritto regolativo di spazio e di prospettiva non nazionale e l'apprestamento di politiche che non potevano esaurirsi nella sola tutela della concorrenza <sup>(19)</sup>.

Tuttavia, la promozione della libera concorrenza a principio cardine dell'Unione, in un contesto nel quale difficilmente i sentieri politici dell'integrazione avrebbero potuto superare la mera ricognizione delle « tradizioni costituzionali comuni » <sup>(20)</sup> per tornare ad abbracciare quegli obiettivi di trasformazione sociale propri delle costituzioni politiche del Novecento, autorizzava l'immagine di una sostanziale discontinuità rispetto alle costituzioni economiche del secondo dopoguerra.

Nello stesso torno di anni, anche l'ordinamento nazionale offre riscontri importanti, ugualmente avvertiti come dimostrazione di una costituzione economica in radicale aggiornamento. Nel 1990 l'istituzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, con il varo della prima disciplina italiana antitrust, avviene « in attuazione dell'art. 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica »; ma è lo stesso legislatore a stabilire

<sup>(17)</sup> Confluiti rispettivamente negli art. 136, 158, 153, 174 del Trattato istitutivo.

<sup>(18)</sup> Trattato sull'Unione europea, Preambolo; Trattato istitutivo, art.136.

<sup>(19)</sup> Politiche che spaziano da quella agricola a quella ambientale, dai fondi strutturali alle politiche di coesione. Per un'analisi problematica, cfr. L. Torchia, *Una costituzione senza Stato*, in « Diritto pubblico », LI, 2001, pp. 437-38.

<sup>(20)</sup> Come si dirà nel preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000.

che l'interpretazione delle disposizioni relative a intese, abuso di posizione dominante e operazioni di concentrazione deve essere « effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza » (21). Quella concorrenza 'colpevolmente' ignorata dal Costituente inizia dunque ad acquisire, proprio alla luce della disciplina comunitaria, un oggettivo valore costituzionale. Mentre, sul piano amministrativo, si ha la conferma che il trapianto giuridico delle autorità indipendenti ha preso piede con successo: le prime avvisaglie dello 'Stato regolatore' si fanno tangibili.

La costituzione economica europea è apparsa quindi subito come decisione fondamentale opposta a quella costituente, sconfessione completa del dirigismo totalitario dell'economia, in contrasto radicale con il modello di economia mista con lo Stato agente economico dominante; affermazione della priorità del mercato e delle libertà economiche (22). Appunto, la *nuova* costituzione economica, una volta portato a termine il passaggio dalla vecchia costituzione dell'interventismo e dei piani, alla nuova della concorrenza e dei consumatori.

La riconosciuta contraddittorietà ed il mancato coordinamento tra costituzione repubblicana e disposizioni comunitarie ha fatto così invocare, sul modello tedesco (23), interventi di novella sulla

---

(21) Questo, com'è noto, il disposto dell'art. 1 c. 1 e c. 4 della L. 10 ottobre 1990, n. 287, *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*.

(22) Cfr. rispettz. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 20, p. 23; Quadrio Curzio, *Tre costituzioni economiche: italiana, europea, bicamerale*, cit., pp. 81 sgg.; T. Padoa Schioppa, *Il governo dell'economia*, Il Mulino, Bologna 1997, pp. 42-44; R. Nania, *Libertà economiche e libertà d'impresa*, in R. Nania-P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, Giappichelli, Torino 2001, pp. 78-79.

(23) Dove nel 1992 si è riscritto l'art. 23 della Costituzione federale, riconoscendo, nella prospettiva di realizzazione dell'Europa unita, l'impegno tedesco nello sviluppo di una Unione europea, « vincolata ai principi democratici, dello Stato di diritto, sociali e federativi e al principio di sussidiarietà », nonché alle garanzie dei diritti fondamentali previste dal *Grundgesetz*, espressamente legittimando, in questi limiti, i necessari trasferimenti di sovranità. Ferma ed intangibile la prima parte della Costituzione, il quadro normativo, nel frattempo, anche in Italia si è arricchito a seguito della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 di riforma del titolo V della seconda parte della Costituzione ove si è formalizzato l'obbligo del legislatore statale e regionale al « rispetto [...] dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario » (art. 117 c. 1) e sancito il principio di sussidiarietà (art. 118 u.c.).

prima parte della carta, ed almeno una prospettiva interpretativa in grado di ancorare la lettura dell'intero capo dei *Rapporti economici* al valore fondante della libertà d'impresa, depurata *ex novo* delle finalità sociali cui era stata subordinata nel 1948 e pronta a dare lo spazio necessario al nuovo principio guida della libera concorrenza.

Mai come in questo caso la costituzione è apparsa « un insieme di materiali di costruzione »<sup>(24)</sup>, difficile e precario momento ricognitivo di valori politici accettati, in realtà polarizzati e contrastanti, quasi che il compromesso costituzionale sui rapporti economici fosse saltato con la stessa dissolvenza, sul filo dell'orizzonte, della 'terza via'. Un dettato normativo reso precario, come abbiamo appena visto, innanzi tutto sul piano della testualità giuridica, dall'irrompere di modelli europei se non apertamente confliggenti certo ampiamente integrativi. Ma ancor di più indebolito sul piano dell'effettività, dagli insuccessi del costruttivismo e dal « disseccarsi della radice politica della costituzione »<sup>(25)</sup>, e parallelamente dal premere delle attualità economiche e delle relative dinamiche di spontaneismo normativo oltre che di naturale collocazione in uno spazio universale privo di confini, così ampio e globale da dissolvere ogni territorio politico e da travalicare ogni ordinamento costituzionale.

Mai come in questo caso le norme della Carta del 1948 dedicate ai rapporti economici sono apparse stonate rispetto al diritto vivente, lontane dai suoi spazi transnazionali di applicazione, in rotta di collisione con lo statuto costituzionale del diritto comunitario, filtrato nell'ordinamento italiano, sino alla recente modifica dell'art. 117 c. 1 Cost., soltanto dalle maglie, ora strette ora equivoche, dell'art. 11. Il testo della costituzione è divenuto così passibile, negli stessi anni, di interpretazioni in chiave di limitazione dell'intervento pubblico (in funzione antinflazionistica e di contenimento della

---

<sup>(24)</sup> Nel senso di G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino 1992, p. 8.

<sup>(25)</sup> M. Fioravanti, *Costituzione e politica: bilancio di fine secolo*, in Id., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Giuffrè, Milano 2001, vol. II, p. 882.

spesa pubblica <sup>(26)</sup>), e tutto all'opposto di riaffermazione di un doveroso governo dell'economia, alla luce dell'intima connessione tra l'art. 3 e l'art. 41 c. 3, e della piena legittimità di una politica di *deficit spending*, secondo una linea di lettura poi costretta, di fronte all'infittirsi dei vincoli comunitari di bilancio, a negare al diritto europeo un valore propriamente costituzionale e l'identica portata legittimante propria della costituzione nazionale, sia per l'assenza di un popolo europeo, sia per l'impossibile o comunque mancata decisione fondativa di quel popolo, ancora evanescente e disperso, in sede costituente <sup>(27)</sup>.

Lo conferma la contrastata interpretazione dell'art. 41, ora baluardo del dirigismo, strettamente collocato nella rigida verticalità dei rapporti tra *homo oeconomicus* e Stato, da abbattere e novellare alla luce delle trasformazioni <sup>(28)</sup>, ora invece, movendo dalla proclamazione della libertà della iniziativa economica *privata* (l'unica proclamata come tale), ritenuto tranquillamente in grado di espandersi anche verso una prospettiva orizzontale, per offrire una fondazione sicura alla tutela della concorrenza (le regole generali del gioco valide per tutti nella stessa misura), alla difesa nei confronti dei poteri privati, e persino a quella stessa sussidiarietà, che dalla carta del Lavoro alla *Quadragesimo Anno* ora si rivela non estranea alla stessa prima parte della costituzione <sup>(29)</sup>.

Una lettura questa di Pace certamente accattivante, non priva di precedenti anche in passato, quando nel solco degli indirizzi liberistici, prevalenti nei primi governi De Gasperi, si guardò al contenuto normativo del capo dedicato ai rapporti economici come a delle 'pagine bianche', necessariamente da integrare attraverso un forzato

---

<sup>(26)</sup> Una testimonianza in G. Bognetti, *La costituzione economica tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *La costituzione economica*, Atti del convegno, Ferrara 11-12 ottobre 1991, Cedam, Padova 1997, p. 125, che legge in questa prospettiva rispettivamente l'art. 47 e l'art. 81 della Costituzione.

<sup>(27)</sup> M. Luciani, *Economia nel diritto costituzionale*, in « Digesto delle discipline pubblicistiche », vol. V, Utet, Torino 1993, pp. 373-85; Id., *Legalità e legittimità nel processo di integrazione europea*, in *Una costituzione senza Stato*, cit., pp. 73-81.

<sup>(28)</sup> Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., pp. 100-103.

<sup>(29)</sup> A. Pace, *Libertà 'del' mercato e 'nel' mercato*, in *La costituzione economica*, cit., pp. 175-82.

rinvio al legislatore <sup>(30)</sup>. Ne potremo cogliere anche noi alcune significative convergenze con le riflessioni di Ascarelli che proprio nell'art. 41 della costituzione individuerà un fondamento per quel diritto della concorrenza, ancora in cerca di autore nel panorama italiano della fine degli anni Cinquanta. Senza dimenticare, tuttavia, che non si trattava allora di leggere nel testo del 1948 una nuova costituzione economica, come si fa oggi nel tentativo pur apprezzabile di mantenere il testo costituzionale al passo con le trasformazioni del presente, ma di declinare in modo composito e plurale un interventismo che la decisa riappropriazione dell'economico da parte del politico, tipica del secondo dopoguerra, aveva eretto a pilastro indefettibile dell'ordinamento.

Lo stesso riconoscimento dell'iniziativa economica privata come modo di essere dell'iniziativa economica, assumibile così dai privati come dai pubblici operatori, che Pace attribuisce alla responsabilità isolata di qualche giurista <sup>(31)</sup>, era ormai già da tempo nella realtà delle cose, non fosse altro per il peso del settore pubblico dell'economia ereditato dall'esperienza del corporativismo: un riconoscimento già ampiamente circolante nella riflessione giuridica di anteguerra e, ben presto, definitivamente messo a punto dai primi cultori del diritto pubblico dell'economia, da Giannini ad Ottaviano, da Amorth a Guarino<sup>(32)</sup>, e dagli stessi privatisti, come vedremo ripercorrendo una significativa prolusione di Michele Giorgianni.

Di certo, la costituzione non era il ridotto della sovietizzazione del paese e dell'economia pianificata. Anche questa sarebbe immagine distorta <sup>(33)</sup>. La dottrina economica che aveva alle spalle era impegnata da sempre in un arduo confronto tra teoria e prassi,

<sup>(30)</sup> S. Rodotà, *Art. 42*, in *Commentario della costituzione*, a cura di G. Branca, *Rapporti economici*, t. II, Zanichelli, Bologna-Roma 1982, pp. 69 sgg.

<sup>(31)</sup> Il riferimento è in particolare al commento dell'art. 41 della costituzione che Francesco Galgano redige per il *Commentario Branca*.

<sup>(32)</sup> Cfr. B. Sordi, *La resistibile ascesa del diritto pubblico dell'economia*, in « *Quaderni fiorentini* », 28, 1999, II, pp. 1039 sgg.

<sup>(33)</sup> Come ha dimostrato analiticamente R. Faucci, *Dall'« economia programmatica » corporativa alla programmazione economica: il dibattito tra gli economisti*, in « *Quaderni fiorentini* », 28, 1999, I, pp. 43-44, in un attento ritratto della costituzione economica italiana come « economia di mercato con numerose e qualificate integrazioni ».

mentre la chiusura statualistica della prospettiva economica era ampiamente compensata da una consapevolezza diffusa (da Beveridge a Monnet, da Erhard a Vanoni) del carattere comune dei problemi sociali e produttivi della ricostruzione e dalla lungimirante invenzione di una nuova politica europea di coesistenza delle diverse realtà statuali.

Gli spazi per una equilibrata convivenza di regolazione e libertà di iniziativa del resto non mancavano: sia il processo più avvertito di pubblicizzazione del mercato (la diffusione di attività economiche in mano pubblica), sia il processo in senso inverso di privatizzazione, avviatosi ormai da un decennio di contrazione dello Stato gestore, sono infatti avvenuti, ora come allora, in uno spazio di piena disponibilità del legislatore e privo di copertura del testo costituzionale. Lo aveva messo bene in rilievo Antonio Amorth sin dal 1958: la costituzione non si occupa dello Stato come operatore economico, considerato che l'art. 41 riguarda l'intervento dello Stato nell'economia come legislatore e coordinatore e non come gestore<sup>(34)</sup>. Lo Stato imprenditore era rimasto al di là degli interessi della Costituente. Era il codice civile, sin dal 1942, la sede nella quale azionariato di Stato ed ente pubblico economico avevano trovato pieno riconoscimento normativo, con la definitiva formalizzazione di assetti organizzativi e di statuti di attività che si erano delineati nel corso degli anni Trenta. Da queste norme, civilistiche, doveva dunque prendere le mosse il giurista nella costruzione disciplinare del diritto pubblico dell'economia o, come Amorth preferiva, del diritto dell'economia pubblica, una volta constatato che il testo del 1948 non aveva fissato alcun punto di saldatura tra la costituzione economica e l'amministrazione dell'economia, tra la « proprietà pubblica » ed una organizzazione amministrativa sin troppo schiacciata sugli imm modificabili equilibri ottocenteschi. Al più, come suggeriva una provocatoria lettura di Carnelutti, si poteva parlare di « Stato coimprenditore »: una formula buona per denotare la coesistenza costituzionale tra le imprese che i « fini di utilità generale » potevano riservare o trasferire al monopolio dello Stato e la procla-

---

(34) A. Amorth, *Scrupoli sulla costituzionalità delle partecipazioni statali*, in « Diritto dell'economia », IV, 1958, pp. 1123 sgg.

mazione del principio generale di libertà d'iniziativa economica privata <sup>(35)</sup>.

Con la recente approvazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea si ha in mano uno strumento in più per mettere a fuoco, da una parte, il diverso spirito del tempo, tra la fase attuale e quella fondativa delle costituzioni politiche del secondo dopoguerra, dall'altra, anche il (relativo) antagonismo che ha contraddistinto nell'itinerario europeo il rapporto tra interventismo e concorrenza, dispiegatosi all'insegna di obiettivi e tecniche diverse di regolazione dell'economia, ma anche del riconoscimento di una persistente dimensione costituzionale dei mercati.

Basta leggere in parallelo l'art. 41 della Costituzione italiana e l'art. 16 della Carta europea; l'art. 42 e l'art. 17; l'art. 43 e l'art. 36 per toccare con mano la differenza di prospettiva e di tecniche di protezione. Nella proclamazione europea della libertà d'impresa si è esaurito lo spazio per le finalizzazioni tipiche della 'terza via'; « l'utilità sociale » ed « i fini sociali » sono spariti. Da questa sorta di catalogo ricognitivo minimo dei valori politici generalmente accettati e degli strumenti necessari per realizzarli sono radicalmente scomparsi « i programmi e i controlli » che proprio in funzione di trasformazione sociale erano apparsi nell'immediato dopoguerra, ben al contrario, elementi imprescindibili della costituzione economica. È la diversa proclamazione che colpisce, ed emerge evidente, tangibile, l'avvenuto rilascio dell'economico, o di gran parte di esso, da parte del politico. Iniziativa economica e proprietà privata abbandonano la collocazione sistematica dei « Rapporti economici » e trovano ora spazio nel capo relativo alle « Libertà », tornando a pieno titolo nel nucleo forte dei diritti individuali. La diversa enfasi enunciativa è rilevante ed emblematica, pur se bilanciata dalla previsione che la libertà d'impresa viene riconosciuta « conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali ». Ovvero, la libertà d'impresa appartiene sì al novero dei diritti di libertà, ma deve comunque esercitarsi in un ordine giuridico del mercato, senza essere in grado di forgiarne da sola l'architettura giuridica. Non può essere arbitrariamente compressa dal potere

---

<sup>(35)</sup> F. Carnelutti, *Lo Stato coimprenditore e la Costituzione*, in « Diritto dell'economia », IV, 1958, pp. 1005-10.

politico; deve tuttavia esercitarsi sulla base di regole e forse anche di obiettivi posti da questo.

Questo inventario delle 'assenze' richiederebbe analisi ben più complesse. Non si può tacere però il venir meno, nella proclamazione del diritto di proprietà, di ogni riferimento non solo alla impegnativa « funzione sociale » dell'art. 42 c. 2 della nostra costituzione, ma anche al principio « Eigentum verpflichtet » — « La proprietà obbliga. Il suo esercizio deve servire al tempo stesso al bene comune » — che un testo come la costituzione federale tedesca, assai più neutrale e 'silenzioso' <sup>(36)</sup> in punto di *Wirtschaftsleben* della costituzione di Weimar ed assai più incline al riconoscimento senza riserve ed integrazioni della economia di mercato, aveva tuttavia conservato in perfetta contiguità anche lessicale con l'originaria proclamazione del 1919 <sup>(37)</sup>.

Appare invece più comprensibile che la « mano pubblica », venuta prepotentemente alla ribalta nel corso degli anni Trenta ed approdata, almeno nella nostra tradizione repubblicana, all'esplicito riconoscimento costituzionale dell'esistenza di una « proprietà pubblica » e della possibile appartenenza allo Stato dei « beni economici », faccia retromarcia dai nuovi statuti costituzionali, sull'onda delle direttive di liberalizzazione e delle politiche di privatizzazione che l'hanno di fatto derubricata dalla dimensione dei principi fondamentali per ridurla al rango assai più modesto di mero residuo degli assetti storicamente ereditati dalla lunga stagione dell'interventismo: eredità con la quale ha dovuto misurarsi la già ricordata neutralità del Trattato in punto di proprietà delle imprese.

Non si registrano però solo assenze, nel minimo comun denominatore costituzionale messo a punto dalla Carta europea nel suo compito ricognitivo. Né, d'altra parte, la storicità di tecniche non effettive o malamente effettive e come tali valutate dal silenzio che implicitamente le condanna, comporta di per sé, automaticamente, anche la decadenza dei relativi principi fondamentali di ispirazione.

Questo vale in generale per la proclamazione dell'indivisibilità

---

<sup>(36)</sup> G. Gozzi, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Laterza, Roma-Bari 1999, pp. 131-34.

<sup>(37)</sup> Si leggano in parallelo l'art. 14 Abs. 2 del *Grundgesetz* del 1949 e l'art. 153 della *Reichsverfassung* del 1919.

dei diritti ed il superamento della distinzione in diritti civili, politici e sociali, che danno credito alla persistenza di un preciso modello di sicurezza e assistenza sociale, coerentemente del resto a quella 'Europa delle libertà' che era, nell'immaginario dei primi costruttori della sua identità, il vero nucleo costitutivo, e che appena inizia a trasparire nell'algida depurazione operata dalla giuridicizzazione di quei diritti <sup>(38)</sup>. In questo caso dobbiamo registrare delle presenze, fra l'altro ben integrate dalla nuova frontiera, oltre quella tradizionale del lavoro, dei diritti dei consumatori e dei fruitori dei servizi (art. 38 e art. 36), di notevole portata dichiarativa rispetto, per esempio, alla mancata enunciazione specifica dei diritti sociali in rilevanti espressioni del costituzionalismo del secondo dopoguerra, come la costituzione federale tedesca.

Questo vale, comunque, anche sul piano più concreto delle tecniche di regolazione. Se infatti la politica ha fatto un vistoso passo indietro nei confronti dell'economia ed alle tensioni progettuali del passato si è messa la sordina, non per questo si è rinunciato a proclamare, nel capo dedicato alla « Solidarietà », il principio generale che l'Unione « riconosce e rispetta l'accesso ai servizi di interesse economico generale » (art. 36). Una evidente sostituzione delle tecniche obsolete e non più adeguate raccolte, con grande chiarezza evocativa dello strumentario a disposizione del costituente del dopoguerra, ancora a titolo di esempio, nell'art. 43 della costituzione italiana: sostituzione certo estrapolata dal Trattato e dalla terminologia americana di servizio universale, eppure espressamente portata al livello dei « valori comuni », con un preciso significato costituzionale che distilla dalla lunga tradizione continentale del *service public* quel principio di *égalité* che marchia con inconfondibile tratto solidaristico la strategia di apertura e di liberalizzazione dell'universo delle *utilities*.

Una prima importante conferma del fatto che con l'acqua sporca non si è gettato via anche il bambino: ovvero, la condanna del monopolio pubblico, per riserva originaria o trasferimento, che la moderna teoria della concorrenza porta con sé, e che la costruzione di un mercato comune sin dall'inizio presupponeva, almeno in via di

---

<sup>(38)</sup> P. Costa, *La cittadinanza fra Stati nazionali e ordine giuridico europeo: una comparazione diacronica*, in *Una costituzione senza Stato*, cit., pp. 321-26.

tappe di realizzazione ancora lontane dall'essere arrivate in porto, se ha definitivamente messo in un cantuccio questi strumenti ormai fuori moda di esercizio del governo dell'economia, non ha però accantonato i nodi che i servizi di pubblica utilità continuano a portarsi dietro.

Una conferma dunque del fatto che la forma politica europea ha nel modello sociale un tratto caratteristico della sua storia comune, non comprimibile nelle visioni neo-liberiste, come ha sostenuto la voce autorevole di Habermas, levatasi, non a caso, dal cuore di una tradizione costituzionale che ha fatto della clausola dello Stato sociale di diritto ben più che una mera formula connotativa: una *objektive Wertordnung* che richiede gli obblighi di intervento e/o di regolazione di un *Leistungsstaat* dalla pesante storia novecentesca <sup>(39)</sup>.

### 3. *Dallo Stato gestore allo Stato regolatore*

Portato al centro del dibattito dalle innovative declinazioni della costituzione economica europea, il diritto della concorrenza ha iniziato a giocare un ruolo di primo piano anche nelle analisi che tentano di dare un volto alle trasformazioni delle funzioni pubbliche e della stessa tipologia statale. Anche grazie alla capacità evocativa della concorrenza, l'immagine dello « Stato regolatore » si è così conquistata una sua rilevante presenza nel dibattito, sia come adattamento al contesto europeo della *economic regulation* e del ruolo svolto dalle *Independent Regulatory Commissions* nell'ordinamento nord-americano <sup>(40)</sup>, sia come prima messa a punto giuridica di una responsabilità pubblica che sembra spostarsi dalla erogazione alla garanzia <sup>(41)</sup>.

L'analisi è comune alle due direttrici ed identica a quella che ha

<sup>(39)</sup> J. Habermas, *Perché l'Europa ha bisogno di una costituzione*, in *Una costituzione senza Stato*, cit., pp. 152-53.

<sup>(40)</sup> A. La Spina-G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna 2000.

<sup>(41)</sup> E. Schmidt-Aßmann, *Recenti sviluppi del diritto amministrativo generale in Germania*, in « Diritto pubblico », III, 1997, pp. 27 sgg.; H. Bauer, *La discussione sulla riforma del diritto amministrativo nella dottrina tedesca*, in « Diritto pubblico », V, 1999, pp. 181-207.

fatto da sfondo al dibattito sulla nuova costituzione economica: emersione dei fallimenti dello Stato e messa in dubbio della sua sovranità economica, secondo una prospettiva in grado di registrare puntualmente la contrazione dell'amministrazione diretta, dettata dalla esigenza di ovviare ai sovraccarichi di governo ed alle difficoltà di finanza pubblica e di gestione.

Se la parabola è chiaramente tracciata — dallo Stato gestore allo Stato regolatore; dallo Stato imprenditore e dei servizi allo « Stato orologiaio » che si limita a controllare « rotismi predeterminati »<sup>(42)</sup> —, le opzioni interpretative rimangono invece abbastanza diversificate.

Nelle versioni che sottolineano il trapianto da oltreoceano, l'obiettivo della *economic regulation* consiste prevalentemente se non esclusivamente nel garantire l'efficienza economica del mercato regolato: lo Stato interventista e pianificatore lascia il testimone ad uno Stato limitato che interviene per lo più tramite 'regole', al punto che la tradizionale amministrazione a base autoritativa e l'amministrazione diretta e prestazionale dei servizi appaiono destinate a lasciare quasi per intero il campo ad attori sociali ed economici, mentre il potere pubblico potrebbe ridursi ad una semplice rete di autorità amministrative indipendenti. Il risultato sarebbe quello di uno Stato leggero — e, paradossalmente, 'antico'<sup>(43)</sup> — nel quale le funzioni principali, quelle di regolazione appunto, non sono svolte dalle amministrazioni tradizionali, chiamate — secondo la terminologia ottocentesca — a realizzare i fini dello Stato (o comunque della comunità politica di riferimento), ma da amministrazioni a forte connotazione giustiziale se non proprio tipicamente giurisdizionale. Non ci sarebbero più fini sostantivi da perseguire, ma solo 'regole' da attuare, con conseguente contrazione dei poteri discrezionali di applicazione.

Le autorità preposte alla garanzia della concorrenza ne rappresentano l'ala marciante, quella più aderente agli equilibri del mercato: realizzano una forma di tutela non intrusiva, materialmente giudiziaria, lontana dalle scelte di tipo amministrativo-discrezionale:

---

(42) S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari 2002, p. 42.

(43) Sul punto si possono vedere le pagine conclusive di L. Mannori-B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari 2001, pp. 520-28.

tutela che troverebbe il proprio fondamento nella stessa proclamazione della libertà di iniziativa <sup>(44)</sup>. « Le legislazioni antitrust sono avvertite come il frutto dell'affermazione del liberismo » od almeno come il risultato del tramonto dello « Stato pedagogo » <sup>(45)</sup>. Se la tutela della concorrenza e della competizione tra imprese è pur sempre esercizio di una incisiva forma di autorità pubblica, questa tipologia di autorità si attiva infatti con significative analogie rispetto alla tutela dei tradizionali diritti di libertà, in funzione e a garanzia delle stesse libertà economiche e della loro integrità.

Nella vulgata che dall'Europa tende ad appiattare la complessa e variegata esperienza americana, la regolazione, esemplata sulla tutela della concorrenza <sup>(46)</sup>, si presenta, così, come misura non intrusiva, *market friendly*, pronta a scaturire dallo stesso ordine giuridico 'dato' del mercato. Una *soft regulation* che prende posto senza eccessive frizioni negli equilibri naturali delle dinamiche economiche. Anche le origini del diritto della concorrenza tendono perciò, secondo questa linea di lettura, a sottrarsi alla storia dell'interventismo pubblico, calandosi per intero nella (sola) cultura del mercato ed in una dimensione esclusivamente endocommerciale, mentre Stato gestore e Stato regolatore appaiono tipologie statuali alternative e proprie di epoche radicalmente contrapposte e non comunicabili.

Per le analisi che al contrario innestano le nuove funzioni regolative all'interno della storia europea della funzione pubblica, gestione e regolazione, pur diverse per struttura organizzativa, per tecniche funzionali, per obiettivi ed implicazioni di politica economica, rappresentano capitoli diversi ma contigui di un ordinamento giuridico che protende incisivamente, ora attraverso l'intervento diretto, ora attraverso la battaglia contro i monopoli ed i grandi poteri privati, la sua vigenza sul processo economico. Appartengono

---

<sup>(44)</sup> Pace, *Libertà 'del' mercato e 'nel' mercato*, cit., p. 177.

<sup>(45)</sup> S. Cassese, *La nuova costituzione economica. Lezioni*, Laterza, Roma-Bari 2002<sup>2</sup>, p. 44; Id., *La crisi dello Stato*, cit., p. 38.

<sup>(46)</sup> Distingue invece tra regolazione e concorrenza, Sabino Cassese, *Regolazione e concorrenza*, nel volume dallo stesso titolo a cura di G. Tesaurò e M. D'Alberti, Il Mulino, Bologna 2000, p. 13, restringendo il concetto di regolazione ai soli interventi di regolazione dei servizi pubblici, un campo nel quale anche in Europa le privatizzazioni hanno creato dialettiche, avvicendamenti, concomitanze, peculiari e di grande interesse, tra regolazione e concorrenza.

entrambe al polo pubblicistico e si muovono stabilmente nello spazio dell'autorità politica: lo spazio dello Stato sino al punto in cui questo riesce ad imbrigliare le dinamiche economiche; ma ora sempre di più lo spazio di un'autorità sovranazionale, quando questa esiste o quando più spesso viene auspicata nelle forme di una *civitas maxima* chiamata a mimare i tradizionali compiti pubblici nello spazio globale (47): un'autorità che in forme peculiari proietta comunque il proprio potere verso il mercato e si erga ad arbitro delle grandi concentrazioni economiche. Non solo la concorrenza non è una condizione prodotta spontaneamente dal mercato e per far sì che vi sia concorrenza è spesso necessario l'intervento pubblico (48); ma questa deve imporsi contro il principio di libertà contrattuale in funzione della delimitazione e del controllo del 'potere economico' (49). Proprio per questo, il diritto della concorrenza ha, nella sua fase di incubazione e di nascita, una matrice eminentemente statale e politica, che resiste anche quando attraverso lo strumento del trattato lo si impone nel nuovo spazio economico europeo con l'obiettivo preciso di evitare eccessive concentrazioni di potere economico, tanto più temibili in uno spazio sovrastante lo Stato e privo di un'analoga unità sovrana di decisione. Lo spazio politico tradizionale della tutela della concorrenza è dunque lo spazio statale, lo spazio moderno. Si può certamente associare tale tutela ad una prospettiva globale, ma se la globalizzazione coincide con lo spazio indeterminato e senza confini del mercato, si deve poi fornire una risposta positiva alla domanda: chi può essere in una tale dispersione di autorità il regolatore globale?

Giunta faticosamente ad imporsi a livello europeo e dei diversi Stati membri, la tutela della concorrenza, proprio perché funzione eminentemente pubblica non è favorita dalla esplosione internazionale del mercato, ma incontra nuovi, pesanti ostacoli in una economia che si svincola dal territorio e dall'involucro statale. Innanzi

---

(47) Un'ottima prospettiva di sintesi in C. Galli, *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, Il Mulino, Bologna 2001, pp. 153-60.

(48) Padoa Schioppa, *Il governo dell'economia*, cit., p. 29.

(49) Così in un testo emblematico dell'orientamento della 'Scuola di Friburgo' (su cui, *infra* note 57-60): W. Eucken, *Unser Zeitalter der Misserfolge. Fünf Vorträge zur Wirtschaftspolitik*, Mohr Siebeck, Tübingen 1951, pp. 1-15.

tutto, come abbiamo appena visto, sul piano globale, dove è estremamente difficile individuare una autorità in grado di porsi come arbitro delle regole in uno spazio privo di confini territoriali: è il mercato del capitalismo transnazionale che più facilmente impone vincoli agli Stati e non viceversa. Ma anche sul piano interno le difficoltà non mancano: proprio qui riprenderà vigore l'antico coro di critiche alle legislazioni antimonopolistiche, tenuto conto che concentrazioni e potere economico tornano ad essere essenziali per competere efficacemente su di un mercato privo di confini.

I fenomeni di globalizzazione, trasferendo poteri dagli Stati ai mercati, rendono quindi più difficile non solo la normazione dei rapporti economici, accentuando, con l'espandersi di una *lex mercatoria* che nasce dalle prassi degli attori stessi del mercato, la crisi del modello normativistico tipico della tradizione codificata continentale; ma rendono anche più difficile e precaria la funzione delle autorità regolative, solo parzialmente equilibrata dal diffondersi del diritto americano come « metafora del diritto globale »<sup>(50)</sup> e quindi, in questa sorta di 'globalizzazione a senso unico', anche dei modelli regolativi e dei relativi trapianti giuridici. Il mercato sfugge allo spazio territoriale, vanificando già in questo modo, accanto alla sovranità della legge ed all'autorità del giudice nazionale, gli stessi poteri delle autorità regolative. I primi esempi di un concerto regolativo europeo, tra autorità regolative comunitarie ed autorità regolative nazionali o addirittura tra autorità regolative americane ed europee, testimoniano di una prima, debole, rincorsa a questa fuga del mercato verso spazi tipicamente transnazionali.

La tutela della concorrenza non può dunque chiudersi esclusivamente all'interno della vicenda e della storia del mercato; né sfuggire alla teoria e alla storia del potere pubblico, nel cui alveo, nel solco delle trasformazioni di lunga durata delle funzioni, può trovare agevolmente una sua collocazione insieme a quel passaggio dallo Stato gestore allo Stato regolatore che richiede una spiegazione maggiormente plausibile del semplice chiudersi del capitolo dell'amministrazione diretta, in tante forme ancora ben viva e vegeta. In altre parole, una visione neoliberista, che può agevolmente suppor-

---

(50) Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., p. 96.

tare la fondazione teorica del diritto della concorrenza, non è invece in grado di dare una spiegazione convincente delle origini storiche di questo ramo del diritto.

Ora alternativa, ora coesistente con il più classico dell'interventismo, la tutela della concorrenza va quindi colta, almeno nel suo divenire storico, in stretta dialettica con quest'ultimo. Nella stessa vicenda americana, la *economic regulation* non esprime sempre e necessariamente aderenza al mercato: nasce in associazione all'idea di *market failure* e di efficienza democratica, contro l'autosufficienza del mercato; è la 'mano visibile' (del potere centrale) contro la mano invisibile del mercato; è veicolo di diffusione delle tecniche preventive del diritto amministrativo, diritto tipicamente 'posto' e non diritto spontaneo, se non contro, certo oltre, il *common law* ed il suo insieme di tecniche meramente retrospettive<sup>(51)</sup>; comporta l'introduzione delle *Agencies*, nella consapevolezza che se ci deve essere intrusione nell'economia questa deve avvenire da parte di organi indipendenti<sup>(52)</sup>.

Proprio la storia americana dimostra che la regolazione si è sviluppata sempre in parallelo all'interventismo, anche se quell'interventismo assai raramente ha assunto i tratti pesanti della proprietà pubblica dei beni economici tipica di tanti percorsi nazionali europei, oscillando tra un interventismo funzionale, « dalla parte del mercato », mero *legal enforcement* di alcune regole di correttezza del mercato, e quella « regolazione dalla parte della politica »<sup>(53)</sup> scoppiata negli anni del *New Deal* e foriera di tensioni e di esigenze di giuridicizzazioni culminate, nel momento di più forte contestazione dei poteri delle autorità regolative, nei noti esiti procedimentali dell'*Administrative Procedure Act*.

Può essere non del tutto inutile ricordare che anche la critica

---

<sup>(51)</sup> Lo ha messo bene in luce O. Lepsius, *Verwaltungsrecht unter dem Common Law. Amerikanische Entwicklungen bis zum New Deal*, Mohr Siebeck, Tübingen 1997, p. 65; p. 110.

<sup>(52)</sup> M. Shapiro, *Agenzie indipendenti: Stati Uniti ed Unione europea*, in « Diritto pubblico », 2, 1996, pp. 667-97.

<sup>(53)</sup> M.R. Ferrarese, *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Giappichelli, Torino 1992, pp. 261-62. Si vedano anche R.L. Rabin, *Federal Regulation in Historical Perspective*, in « Stanford Law Review », XXXVIII, 1986, pp. 1189 sgg., Lepsius, *Verwaltungsrecht unter dem Common Law*, cit., pp. 37-127.

neoliberista associò, sin dall'inizio, lotta alle *unfair discriminations* ed antitrust all'interventismo, bollando la lotta ai cartelli come simbolo della presenza asfissiante dello Stato che deliberatamente impediva la progressiva razionalizzazione della gestione economica, ribadendo così (con l'immagine celebre dell'economia non assimilabile al concorso ippico) che l'essenza del programma liberale era la proprietà privata e non la concorrenza <sup>(54)</sup>.

Lo stesso Hayek, pur propenso a riconoscere nella concorrenza un valore in sé, è restio a qualsiasi estensione di provvedimenti imperativi a correzione del mercato ed alla messa in campo di nuove funzioni regolative di tipo preventivo (amministrativo), preferendo risolvere il problema delle pratiche di discriminazione attraverso norme generali e sanzioni di invalidità comminate da quella che gli appare l'unica, vera, istituzione di un ordine spontaneo: il giudice <sup>(55)</sup>. Al punto che la proclamata ingiustizia dell'interferenza autoritativa, di quell'*Eingriff* così ben noto alla letteratura amministrativa e la raffigurazione negativa dell'ispettore, che assurge nelle sue pagine a simbolo dell'amministrazione continentale, lo portano a criticare lo stesso *Bundeskartellamt*, posto nel 1958 al vertice del sistema tedesco di tutela della concorrenza. Il potere privato in questa prospettiva non assurge a problema giuridico: lo stesso monopolio non è dannoso in sé se è efficiente dal punto di vista economico e riesce a produrre lo stesso prodotto con minor quantità di risorse <sup>(56)</sup>.

Per trovare un fondamento per la tutela della concorrenza occorre dunque fare un passo oltre l'ordine spontaneo, come ha dimostrato la stessa 'Scuola di Friburgo', che pur non troppo distante dal pensiero di Hayek nella critica di ogni forma di direzione discrezionale del processo economico, prendeva però le mosse

---

<sup>(54)</sup> L.von Mises, *Kritik des Interventionismus. Untersuchungen zur Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsideoogie der Gegenwart*, Jena 1929, tr. it. *Critica dell'interventismo. Ricerche sulla politica economica e sull'ideologia economica del nostro tempo*, a cura di L. Infantino, in Id., *I fallimenti dello Stato interventista*, Rubbettino, Soveria Mannelli 1997, pp. 96-98.

<sup>(55)</sup> Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, vol. I, *Rules and Order*, cit., pp. 120 sgg.

<sup>(56)</sup> Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, vol. III, *The Mirage of Social Justice* (1976), tr. it. a cura di A.M. Petroni e S. Monti Bragadin, *Legge, legislazione e libertà*, cit., vol. III, *Il miraggio della giustizia sociale*, pp. 439 sgg.

da una precisa teorizzazione del concetto di ‘costituzione economica’, dimostrando la necessità di un costante intervento normativo per la stabilizzazione del mercato e per la tutela nei confronti del potere economico, assunto proprio per merito della ‘Scuola’ a punto focale di ogni tematica attuale della libertà <sup>(57)</sup>.

All’ombra dunque della *Wirtschaftsverfassung* — un concetto che, preso di peso dall’esperienza weimariana e carico di reminiscenze schmittiane, ha il compito preciso di sintetizzare l’esistenza di una decisione di sistema e la creazione, politica, di un ordine giuridico del mercato —, la concorrenza diventa componente essenziale di realizzazione di una economia aperta e fortemente competitiva <sup>(58)</sup>, strumento fondamentale di contenimento dei grandi poteri economici, parte integrante di quella « staatliche Planung der Formen » <sup>(59)</sup> che resta appannaggio essenziale del potere pubblico e principale elemento distintivo rispetto all’era del *laissez faire* <sup>(60)</sup>.

La catallassi stenta dunque ad imporsi negli spazi nazionali <sup>(61)</sup>, ma è ancora più improbabile negli spazi globali. Lungi dal presentarsi come ordine armonico ed equilibrato, l’ordine mondializzato denuncia vistosamente l’esigenza di una difesa contro i potentati economici, nuclei di potere privato ancora più forti ed invadenti dei cartelli di novecentesca memoria e per i quali si era infine apprestato, a livello nazionale e comunitario, una rete di protezione regolativa. La globalizzazione non dissolve il problema, lo acuisce invece in modo significativo, per le dimensioni delle forze economiche in

<sup>(57)</sup> Per un’ampia analisi delle teorie della Scuola di Friburgo, con particolare riferimento alla fondazione di un ordine economico competitivo e alla loro influenza sulla formazione del diritto europeo della concorrenza, cfr. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, cit., pp. 232 sgg.

<sup>(58)</sup> Emblematico F. Böhm, *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, Mohr Siebeck, Tübingen 1950, p. 47, p. 61.

<sup>(59)</sup> Eucken, *Unser Zeitalter der Misserfolge*, cit., p. 72.

<sup>(60)</sup> Non va dimenticato che proprio nell’ambito della ‘Scuola’ venne elaborato il concetto di ‘economia sociale di mercato’, reso celebre dalla recezione politica di Ludwig Erhard. Si veda R. Miccù, ‘Economia e costituzione’. *Una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca*, in « Quaderni del pluralismo », n.s., I, 1996, pp. 258-65.

<sup>(61)</sup> Una critica al carattere indeterminato del concetto di catallassi, in D. Zolo, *A proposito di “Legge, legislazione e libertà” di Friedrich A. von Hayek*, in « Diritto privato », II, 1996, p. 775.

campo, per la evanescenza di un'autorità dissolta dalla separazione dal consueto spazio territoriale: un rischio solo parzialmente mitigato da « la plasticità, la mobilità, la mutevolezza delle forze economiche » e dallo « spazio universale di diffusione » <sup>(62)</sup>, quasi una sorta di 'allargamento dell'orbita' di memoria federalista in grado di disperdere, questa volta in un'orbita divenuta globale, troppo temibili concentrazioni di potere economico.

#### 4. *Interventismo e tutela della concorrenza: l'esempio di Tullio Ascarelli*

Proprio il caso italiano, con la prima significativa attenzione al tema nel corso degli anni Cinquanta, lungi dal presentarci una antitesi radicale tra tutela della concorrenza ed interventismo ci mostra una loro pacifica coesistenza e la ricerca di una possibile integrazione tra tecniche diverse, nell'incontro comune tra *Ordinamento giuridico e processo economico*.

Certo, il proscenio è allora riservato per intero all'amministrazione pubblica dell'economia. Le grandi questioni di quegli anni ruotano ora intorno alla gestione interventista, ora intorno alla regolazione intrusiva: Stato imprenditore, impresa pubblica, ente pubblico economico, da un lato; Stato dirigista, ordinamenti sezionali, programmazione e controlli, dall'altro.

Proprio questa forte proiezione pubblicizzante dell'ordinamento spinge i giuristi a scoprire il pianeta, sinora incognito, dell'economia e ad iniziare a sondarne problematiche ed istituti.

Così, sullo stesso fronte pubblicistico, nonostante le rilevanti illuminazioni di Giannini, il gelido tradizionalismo degli amministrativisti allontana a lungo la formazione di un diritto pubblico dell'economia. Costretto a confrontarsi con nuove figure organizzative e funzionali (l'impresa pubblica, la galassia nascente delle partecipazioni statali, più tardi gli strumenti della programmazione economica), il giurista continua ad avvertire nelle scelte di politica economica, nonostante le proclamazioni costituzionali, soluzioni transeunti dettate dal ciclo economico e dai programmi politici. Lo

---

(62) Grossi, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, cit., p. 557.

stesso Giannini, certamente il più pronto ad abbandonare « l'iniziale cautela » dei giuristi nei confronti dei fatti economici ed il più perspicuo nel comprendere e teorizzare gli istituti del governo dell'economia, ribadiva in una celebre prolusione della fine degli anni Cinquanta che « liberismo, collettivismo e protezionismo » rappresentano « indirizzi di politica economica non enunciativi di regole giuridiche », almeno sino al momento in cui questi non si traducono in indirizzi sull'uso del potere discrezionale dei pubblici poteri. Ragion per cui appariva « scientificamente sterile, e anzi impossibile, una teoria generale dell'intervento dello Stato e dei pubblici poteri nell'economia e pericoloso l'impiego di vocabolari e di puntualizzazioni teoriche o teoretiche che in altre discipline si può credere che abbiano propria validità » (63). La politica economica e le sue tecniche restituiscono frammenti, materiali, che premono sempre di più sulla cittadella degli istituti giuridici, ma che rimangono ancora « esterni » rispetto al « pubblico potere » (64): materiali grezzi da ordinare e descrivere, non sintesi né tanto meno sistemi.

La pressione dell'ingerenza statale comunque è forte: non indirizza soltanto flussi di spesa, né si limita ad integrare i contorni dell'organizzazione e dell'impiego pubblico, in conseguenza dell'assunzione di compiti imprenditoriali e di manovra, culminati di lì a poco nell'avvio di una rilevante pianificazione di settore che dall'intervento meridionalistico, già nel corso degli anni Cinquanta, si estende all'agricoltura, alle autostrade, ai telefoni, alla scuola e nel decennio successivo sfocia nella nuova legislazione di programmazione economica generale (65). L'ingerenza statale ridisegna gli stessi confini interni dell'ordinamento.

Quindi se da un lato, il diritto pubblico dell'economia inizia ad ospitare una « trattazione autonoma » (66) dei pochi istituti nuovi e dei tanti ereditati dal ciclo tra le due guerre: i programmi; le

---

(63) M.S. Giannini, *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in « Rivista di diritto commerciale », LVII, 1959, p. 325; p. 327.

(64) Ivi, p. 317.

(65) G. Melis, *La legislazione ordinaria*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », LII, 2001, pp. 1051-53, nel fascicolo monografico che la rivista ha dedicato a *Il diritto pubblico nella seconda metà del XX secolo*.

(66) G. Amorth, *L'insegnamento del diritto dell'economia*, in « Diritto dell'economia », III, 1957, pp. 1570-71.

partecipazioni pubbliche; l'azionariato di Stato; gli enti pubblici economici; il Ministero delle partecipazioni statali; le prime autorità sovranazionali europee; dall'altro, con un effetto di ben diversa portata, le costituenti democratiche ed ancor prima la pubblicizzazione del diritto privato e la privatizzazione del diritto pubblico, già ben visibili nel primo dopoguerra, mettono in discussione i confini ricevuti dalla tradizione individualistica, minano « il significato 'costituzionale' dei codici civili ottocenteschi », giungono a far vacillare « le colonne del sistema » — proprietà privata e contratto — che con quei monumenti normativi avevano fissato « lo 'statuto' dei cittadini e quindi i limiti dell'attività dello Stato nei loro confronti », giungendo sino a « 'costituzionalizzare' una certa concezione della vita economica legata all'idea liberistica » (67).

Il privatista, che bene ha interiorizzato *Le déclin du droit* di Ripert e *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui* di Savatier, guarda con preoccupazione alla parabola della signoria della volontà, al prevalere della norma in un solco positivistico che riduce « tutto il diritto allo Stato », ma guarda con apprensione ancora maggiore alla pubblicizzazione dogmatica che da fine Ottocento, in perfetta convergenza, fluendo nella stessa corrente, aveva costituito la matrice fondamentale della specialità amministrativa in tutto il modello continentale, finendo per pubblicizzare tutto quello che riusciva a catturare nelle sue reti, riducendo la sfera del diritto privato (68).

Neppure la sempre più estesa privatizzazione degli statuti di azione dell'amministrazione era riuscita ad invertire la tendenza: era stato ancora una volta il mondo del codice ad uscirne trasformato, non più sede naturale delle garanzie dei privati, ridotto invece a mero contenitore di discipline di talune attività della vita sociale, neutrale nella sua dimensione contenutistica e disponibile all'utilizzo da parte di operatori sia pubblici che privati.

Esattamente quello che faceva notare Giannini dall'altro fronte, analizzando sin dalla prolusione del 1959 le ipotesi più vistose nelle quali il pubblico potere rientrava nell'alveo del diritto comune, per

---

(67) M. Giorgianni, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », XV, 1961, I, pp. 391 sgg.

(68) Ivi, p. 404.

poi sanzionare qualche anno più tardi, in uno dei passi più celebri della letteratura amministrativistica degli ultimi cinquant'anni, la completa metamorfosi del diritto amministrativo contemporaneo rispetto ai suoi fondamenti ottocenteschi, ormai incline con la rapida, inarrestabile espansione di un « diritto 'comune' a privati e a pubblici operatori », a ricercare i « suoi moduli nel diritto privato, insieme al quale si avvia a ritornare un diritto unitario » (69).

Regolazione e gestione sono le due facce di un interventismo economico, diverso nelle sue tecniche, ora indirette ora dirette, ma percepito in modo unitario nella forza travolgente di una impronta statale destinata a condizionare pesantemente gli equilibri dell'intera economia nazionale. Anche in Francia *planification* ed *entreprises nationalisées* sono pilastri distinti ma pur sempre collegati di un *dirigisme* che determina il rapido scolorare delle nozioni più cariche della pubblicizzazione tardo ottocentesca (il *service public*, in particolare) ed al tempo stesso l'espandersi dell'*Etat aménageur* e dello Stato keynesiano, ora nelle forme amministrative tipiche delle attività conformative di proprietà ed imprese, ora in quelle commerciali fatte proprie dagli statuti di azione dell'impresa pubblica (70).

Come possono maturare discipline 'conformi al mercato' in questa atmosfera che respira la progressione, avvertita come ineluttabile ed inarrestabile, delle funzioni economiche dello Stato, e che memore delle prime declinazioni alla Mossa del diritto dell'economia come diritto di una « specifica organizzazione economica voluta o permessa dallo Stato » (71), sta rimettendo in movimento l'onda lunga dei 'programmi' e dei 'controlli' (72)?

---

(69) M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, in « Enciclopedia del diritto », vol. XII, Giuffrè, Milano 1964, p. 866.

(70) Un ritratto brillante e convincente in P. Rosanvallon, *L'Etat en France de 1789 à nos jours*, Seuil, Paris 1990, pp. 243 sgg.

(71) L. Mossa, *Principi del diritto economico* (conferenze tenute nell'agosto 1934 alla Universidad Internacional de Verano, Santander), in Id., *L'impresa nell'ordine corporativo*, Sansoni, Firenze 1935, pp. 93-96.

(72) Oggi ritenuti difficilmente compatibili con la centralità comunitaria della concorrenza, che « implica un coordinamento spontaneo e decentrato dei comportamenti dei soggetti economici e presuppone il progressivo smantellamento dei programmi e controlli pubblici »: G. Corso, *Attività amministrativa e mercato*, in « Rivista giuridica quadrimestrale dei pubblici servizi », I, 1999, fasc. 2, p. 16.

Equilibrio naturale ed ordine spontaneo appaiono infatti, anche ad un « giurista-economista »<sup>(73)</sup> del calibro di Ascarelli, particolarmente avvertito della « storicità delle proprie categorie » e sensibile allo sguardo comparativo verso quel mondo di *common law* che appare in vantaggio sui sistemi continentali nell'affrontare i problemi giuridici della « produzione industriale di massa »<sup>(74)</sup>, il segno di realtà lontane che si perdono nel giusnaturalismo tardo-settecentesco o nelle parti generali di memoria pandettistica. « Oggi, sia nell'economia che nel diritto si viene superando l'idea di un 'dato' per passare a un 'costruito'; in ambedue i campi si viene abbandonando quella concezione degli ordini naturali che persisteva anche negli indirizzi detti positivistici »<sup>(75)</sup>.

Il solco con il passato si è approfondito; si è imposto un primato del legislatore sconosciuto alla stessa stagione codicistica propria di una fase di capitalismo commerciale lontana dall'attuale dimensione industriale, e chiamato ora a fissare con le proprie norme anche il confine, non più naturale ma normativamente mutevole, tra pubblico e privato. Ne sono esempi tangibili la frammentazione disciplinare e la fioritura della legislazione speciale, spesso dettata proprio dalla convinzione di poter influire sui livelli di occupazione, sugli investimenti, i redditi, la congiuntura economica. La neutralità della finanza pubblica è già un lontano ricordo. Il diritto del lavoro orienta la distribuzione della ricchezza in modi diversi da quelli che risulterebbero dal « libero gioco delle forze individuali ». « La pubblica amministrazione dell'economia », da straordinaria è divenuta « elemento della stessa struttura economica »<sup>(76)</sup>; l'antitesi tra pubblico ed economico è venuta meno; l'interventismo sta « amministrativizzando l'econo-

---

<sup>(73)</sup> Così il limpido ritratto di N. Bobbio, *L'itinerario di Tullio Ascarelli*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, vol. I, Giuffrè, Milano 1969, ora con il titolo *Tullio Ascarelli* in Id., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Comunità, Milano 1977, p. 272.

<sup>(74)</sup> T. Ascarelli, *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato* (1954), ora in Id., *Saggi di diritto commerciale*, Giuffrè, Milano 1955, p. 510; Id., *Norma giuridica e realtà sociale* (1955), ora in Id., *Problemi giuridici*, cit., p. 101.

<sup>(75)</sup> Ascarelli, *Ordine giuridico e processo economico*, cit., p. 47.

<sup>(76)</sup> Ivi, p. 60.

mia» (77), ma al contempo utilizza in modo sempre più massiccio gli istituti del diritto commerciale per lo svolgimento concreto delle proprie attività.

Diritto ed economia non s'incontrano però soltanto sul crinale pubblicistico. Questa crescente amministrativizzazione non ha ancora oscurato i frutti di lungo periodo del tramonto settecentesco della società corporata, enfatizzati dal venir meno della rilevanza delle qualifiche soggettive e dalla oggettivizzazione del diritto commerciale conseguente all'imporsi dell'ordine individuale del diritto. Sull'abolizione degli antichi privilegi di produzione e di commercio e dei marchi obbligatori è stata proclamata la libertà generale d'iniziativa economica e di accesso al mercato. Proprio qui sorge il grande problema della disciplina della concorrenza: che è problema di stretto diritto industriale, quando si devono contemperare le zone di esclusiva riservate alle creazioni intellettuali e dell'ingegno con le limitazioni che s'impongono alla libertà d'azione degli altri operatori del mercato; ma che diventa momento centrale della stessa disciplina dell'impresa (78) quando si tratta di garantire pratiche leali di concorrenza e, più che altro, di difendere la libertà di scelta del consumatore attraverso discipline anticonsortili ed antimonopolistiche (79).

L'interventismo sembra circoscrivere la libertà di accesso al mercato; accentua la rigidità della struttura economica, crea privilegiate «riserve di caccia», favorisce gruppi di comando ed altera così il regime della concorrenza. Ma l'interventismo può anche armonizzarsi con il principio di una generale libertà di iniziativa, correggendo sproporzioni di forze, delimitando gli «innegabili elementi monopolistici» che allignano nell'economia di mercato, tutelando i consumatori: può influire sulla struttura economica per garantire sviluppo della produzione e migliore distribuzione della ricchezza (80).

Con sorprendente lungimiranza e con forte effetto di rottura sia

(77) T. Ascarelli, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione* (1953), ora in Id., *Saggi di diritto commerciale*, cit., p. 17.

(78) Lo ha fatto notare opportunamente B. Libonati, *Diritto commerciale e mercato (L'insegnamento di Tullio Ascarelli)*, in «Diritto privato», III, 1997, p. 556.

(79) Id., *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore* (1954), ora in Id., *Saggi di diritto commerciale*, cit., pp. 35 sgg.

(80) Id., *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, cit., pp. 24-25.

nell'ambiente economico italiano, « ancora carico di psicologia monopolistica », sia nel diritto commerciale, incentrato da Rocco sulla difesa nazionalistica dei gruppi imprenditoriali, Ascarelli scova nella clausola di « utilità sociale » dell'articolo 41 della costituzione, la chiave di volta per una estesa tutela del consumatore ed una forte tutela della concorrenza in senso antimonopolistico. La strada indicata dall'art. 65 del Trattato Ceca — la proibizione di accordi, decisioni, e pratiche concertate tese ad impedire *le jeu normal de la concurrence* — ha alle sue spalle, anche in Italia, una piattaforma costituzionale che non solo pienamente la legittima, ma addirittura la impone <sup>(81)</sup>.

L'attenzione, già tipicamente vivantina, per un diritto commerciale che nasce dalla prassi, « elaborazione spontanea e collettiva, quasi scaturente da una natura delle cose » <sup>(82)</sup>, coesiste quindi in Ascarelli con un'attenzione altrettanto forte per l'impalcatura costituzionale di un sistema economico di cui si nega l'autosufficienza; mentre il ruolo del legislatore, di cui si contesta l'esclusività nella produzione della norma chiamata a disciplinare i fatti economici, riemerge nel momento in cui il potere pubblico è chiamato a dettare le regole generali di svolgimento del processo economico.

Libertà dell'interprete, diritto vivente e libera iniziativa economica s'innestano quindi in Ascarelli in un preciso ordine giuridico del mercato, ora in funzione delle integrazioni solidaristiche agli effetti del gioco economico, ora della tutela dei consumatori e della concorrenza, ora, infine, dell'esercizio pubblicistico, in 'riserva di caccia' di determinate attività economiche. Nessuna pregiudiziale neoliberalista: il 'realista e pluralista' Ascarelli — come proprio Grossi

---

<sup>(81)</sup> Id., *Disciplina della società per azioni e legge antimonopolistica* (1955), ora in Id., *Problemi giuridici*, cit., vol. II, pp. 878-931. È il testo della relazione pronunciata al convegno romano degli *Amici del Mondo* il 12 marzo 1955. Ivi, alle pp. 933-36, lo schema di progetto di legge, costruito sul modello americano ed articolato sul divieto, civilmente e penalmente sanzionato, di restrizioni orizzontali della concorrenza la cui osservanza è demandata ad una apposita 'Commissione per le intese industriali' di 7 membri (5 nominati dalle Camere; 2 dal presidente del Consiglio) con poteri ispettivi e d'inchiesta, ma priva di potestà sanzionatorie ed esecutive.

<sup>(82)</sup> Id., *La dottrina commercialistica italiana e Francesco Carnelutti*, ora in Id., *Problemi giuridici*, cit., vol. II, p. 985.

ha notato <sup>(83)</sup> — è infatti anche uno degli osservatori più attenti e partecipi (al pari, sull'opposto fronte disciplinare, di Giannini) delle crescenti intersezioni tra potere pubblico e vita economica.

Il caso dell'energia nucleare è emblematico: la libertà d'iniziativa è un pilastro del sistema di Ascarelli; pochi giuristi nell'Italia degli anni Cinquanta sono così attenti alle connessioni tra libertà di accesso al mercato e tutela della concorrenza. Quei principi devono però calarsi nella concretezza della vita economica, gli schemi giuridici devono diventare operativi all'interno della realtà del mercato, sottostare ad una valutazione di adeguatezza. L'energia nucleare, per l'appunto, in un contesto di non disponibilità del relativo combustibile, l'uranio arricchito, non è assimilabile alle consuete produzioni industriali. Qui il principio di concorrenza non potrebbe operare; non esistono imprenditori in grado di scendere in gara tra di loro percorrendo diverse vie produttive; la via è unica e non cumulabile; ed in questo contesto l'iniziativa privata diventerebbe schermo di posizioni monopolistiche. Scesa nel concreto della lotta degli interessi economici la iniziativa privata « può essere strumento di progresso o invece tutela di posizioni acquisite; apertura di gara o scudo di monopoli privati » <sup>(84)</sup>. Nessuna rottura dei principi fondamentali dell'economia di mercato; nessuna contraddizione con il principio di libera concorrenza appena affermato: il pubblico monopolio discende dal carattere peculiare del settore di attività, non mette in discussione le premesse dell'economia liberale, ma le conferma. Nel caso dell'energia nucleare, la scelta da compiere è scelta *a priori*, per l'intero mercato. E questa scelta non può essere fatta che dall'autorità pubblica.

La centralità del mercato è dunque sempre relativa; concorrenza ed intervento pubblico non si escludono a vicenda <sup>(85)</sup>; il sistema

<sup>(83)</sup> Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 302.

<sup>(84)</sup> Id., *Energia nucleare e disciplina giuridica* (1957), ora in Id., *Problemi giuridici*, cit., vol. II, p. 961. Ancora una relazione ad un convegno degli *Amici del Mondo*, quello milanese del 1957 dedicato ad *Atomo ed elettricità*.

<sup>(85)</sup> Né l'avrebbero potuto in un momento in cui cresceva impetuosa la domanda sociale di servizi pubblici e si affollavano le critiche al monopolio privato. Anche nella battaglia antimopolistica degli *Amici del Mondo*, al fronte della tutela della concorrenza si affianca quello delle nazionalizzazioni e della programmazione economica. Sarà questo secondo fronte, com'è noto, sin dal maggio-giugno 1962 a conoscere in Italia la via della realizzazione legislativa.

economico vive di entrambi; è troppo complesso per tornare ad una dimensione di naturale spontaneità; prassi commerciali e diritto vivente, da un lato, ruolo del legislatore, chiamato ad ordinare quei bisogni della società industriale ignorati dalla stagione codicistica, dall'altro, non vivono in antitesi necessaria, possono coesistere, devono anzi integrarsi in « una visione completa del sistema giuridico »<sup>(86)</sup>, così come solidarismo e liberalismo, sull'esempio di Vivante, possono trovare momenti di forte, produttiva interazione. Ascarelli indubbiamente offre una lettura evolutiva del testo costituzionale; sostenitore della naturale fecondità dell'iniziativa privata e troppo vigile nel registrare la capacità di creazione normativa degli operatori economici ben oltre l'universo delle regole scritte, valorizza appieno la scelta della Carta per l'economia di mercato, ma sa leggere in positivo anche le integrazioni che in quel sistema il costituente ha consapevolmente introdotto. Osservatore attento ed informato del mondo angloamericano, è prontissimo a cogliere le novità 'competitive' che la 'Scuola di Friburgo' riesce a far filtrare nei primi trattati che avviano la costruzione europea. La lettura del principio di utilità sociale dell'art. 41 in chiave di tutela dei consumatori e di pilastro che « richiede »<sup>(87)</sup> un diritto della concorrenza ne dimostra la modernità. Eppure, quella posizione è nata dallo spirito del tempo, dall'economia come oggetto da strutturare e non come ordine spontaneo, dalla convinzione diffusa che la disciplina giuridica « costituisce essa stesso elemento della struttura economica »; è maturata lontana dalle sponde del neoliberismo in convegni che la battaglia antimonopolistica orientava verso l'intervento pubblico, si è sviluppata sull'onda di una precisa consapevolezza dei possibili abusi messi in atto dai poteri economici e da una equilibrata valorizzazione delle funzioni dell'autorità pubblica chiamata ad integrare, con precisi poteri regolativi e con propri modelli gestori<sup>(88)</sup>, un sistema economico non autosufficiente. Non diversamente da quello che stava accadendo in quegli anni nel resto

---

<sup>(86)</sup> Id., *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione* (1946), ora in Id., *Saggi giuridici*, cit., p. 104.

<sup>(87)</sup> Id., *Disciplina della società per azioni e legge antimonopolistica*, cit., p. 880.

<sup>(88)</sup> Id., *Tipologia della società per azioni e disciplina giuridica*, ora in *Problemi*

d'Europa, dove — come David Gerber ha dimostrato — quasi mai si guardava alla concorrenza come ad un valore in sé, ma come ad una forma preventiva contro l'abuso di potere economico, coerentemente del resto al generale prevalere delle idee keynesiane e all'intenso sforzo regolatore messo in atto, nelle forme di una inconfondibile « administrative regulation », in tutti i paesi europei, per l'attuazione delle politiche di ricostruzione, di occupazione, di controllo dei prezzi ed appunto di controllo delle grandi *corporations* con dichiarati obiettivi di *social justice* <sup>(89)</sup>.

Così, quando, la tradizione *dirigiste* di Monnet, padre del piano di modernizzazione economica francese del 1946 e redattore della dichiarazione Schuman del 9 maggio 1950, che apriva la strada alla istituzione della Comunità europea del carbone e dell'acciaio che tanti poteri regolativi — quasi un governo di settore — affidava alla « Alta Autorità comune » <sup>(90)</sup>, s'incontra con le idee 'ordoliberali' della 'Scuola di Friburgo' <sup>(91)</sup>, e le norme sulla concorrenza entrano a far parte delle disposizioni del trattato Ceca, prima, e subito dopo di quello di Roma, saranno precisi obiettivi politici, l'esigenza di abbattere le barriere statali <sup>(92)</sup> ed il timore dei poteri privati, che si paventano irrefrenabili nel nuovo, grande spazio economico della

---

*giuridici*, cit., vol. II, p. 1019 dove si valuta il modello della società per azioni, se utilizzato per l'esercizio di attività pubbliche, una « formula insincera ».

<sup>(89)</sup> Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, cit., pp. 227-31; p. 179; p. 213. Ne è una dimostrazione il carattere ancora « ibrido » e « *multipurpose* » dell'antitrust europeo, anfibio tra efficienza economica ed efficienza democratica: così G. Amato, *Antitrust and the Bounds of Power*, tr. it. *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Il Mulino, Bologna 1998, pp. 108-20, convinto assertore di un modello 'depurato' di tutela della concorrenza e propenso a ricercare altrove gli strumenti di realizzazione dell'efficienza democratica.

<sup>(90)</sup> La si può leggere in appendice a J. Monnet, *Les Etats-unis d'Europe ont commencé: la communauté européenne du charbon et de l'acier. Discours et allocutions 1952-1954*, Laffont, Paris 1955, pp. 147-51.

<sup>(91)</sup> Riunita intorno alla rivista « Ordo » fondata nel 1948 da Franz Böhm e Walter Eucken.

<sup>(92)</sup> S. Cassese, *La costituzione economica europea*, relazione in corso di stampa, che è stato possibile consultare per la gentilezza dell'autore. Una ricostruzione analitica della vicenda in Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, cit., pp. 334 sgg.

comunità, a spingere verso l'innovazione normativa, orientando il diritto della concorrenza secondo una precisa declinazione europea.

La ricerca microeconomica dello scambio maggiormente efficiente non era entrata a far parte degli obiettivi dei 'padri fondatori': governo dell'economia e tutela della concorrenza non erano ancora in rotta di collisione.



STEFANO MANNONI

GLOBALIZZAZIONE, DIRITTO, STATO



« One nation cannot judge another nation ». Sembra una dichiarazione da ministro del Concerto europeo. Ma no, niente affatto. È stata rilasciata da Shimon Peres all'indomani della decisione di un tribunale belga, investito dalla legge nazionale della giurisdizione universale, di non processare Ariel Sharon per crimini di guerra <sup>(1)</sup>. La sovranità ha ribadito ad alta voce i suoi diritti, a dispetto della farsa e del *feuilleton* Pinochet che tanto inchiostro ha fatto scorrere a incauti professori di diritto e a disinvolti pubblicisti.

Sulla stessa linea d'onda, il c.d. 'unilateralismo' americano si mostra al mondo senza pudori, sfidando apertamente il 'multilateralismo' sul quale tanti avevano fatto affidamento con qualche ingenuità, come se la logica di potenza avesse ceduto il passo — o forse: tolto il disturbo? — senza morti e feriti. Del resto una autentica democrazia come gli USA non ha forse il diritto di agire senza lacci e laccioli in un mondo che di vere democrazie ne annovera ancora poche? <sup>(2)</sup>. La sovranità, quella vera e maestosa, può essere esercitata — si sostiene con convinzione e non senza buoni argomenti — anche a fin di bene.

E il diritto, quello universale, consensuale, cosmopolitico? Mai come oggi è stata così forte la sua presenza e attivi i paladini della sua autonomia. In un magnifico articolo, Stefano Rodotà richiamava giuristi e intellettuali a una sfida portentosa: armonizzare diritto, legittimazione democratica e politica (sì, anche la politica!) riconducendoli alla scala appropriata della realtà globale, senza egoistiche o prepotenti ipoteche nazionali <sup>(3)</sup>. *Vaste programme!* La scienza giuridica è in grado di farlo proprio? Forse. Solo ora comincia a

---

<sup>(1)</sup> *Belgian Court Rejects Suit Against Sharon*, in «Herald Tribune», 27 giugno 2002.

<sup>(2)</sup> Una interessante analisi della tentazione unilateralista può reperirsi in *Our Law, Your Law*, in «The Economist», 29 giugno, 2002, p. 20.

<sup>(3)</sup> S. Rodotà, *Ciò che resta del diritto ai tempi della globalizzazione*, in «La Repubblica», 28 giugno 2002, p. 17.

intravedersi qualche segnale di una reazione. Dico sul versante dei giuristi positivi, perché nella storia del diritto vi è stato chi non ha avuto bisogno di aspettare le traduzioni delle opere degli universitari americani.

Sembra un paradosso, ma a ben guardare non lo è affatto: il buon uso della storia permette a pochi privilegiati di mettere a fuoco la meta con precisione e tempismo superiori a chi insegue con improvvisati cannocchiali il fluido orizzonte della cronaca.

Per Paolo Grossi la globalizzazione non è stata una scoperta dell'ultima ora, come è il caso per parecchi intellettuali (non dico poi dei giuristi) saltati sul carro quando era ormai in corsa sfrenata. La consuetudine di questo storico del diritto 'atipico' con le realtà della regolazione transnazionale, che viaggia sulle ali della economia integrata, data di quaranta anni, quando cominciò — esploratore solitario — a muovere i primi decisi passi nella direzione della scoperta del diritto 'prima' dello Stato e 'oltre' lo Stato, senza lasciarsi ingabbiare da recinti cronologici, frenare da convenzioni accademiche, inibire da quei timori e pigrizie che trattengono tanti ricercatori dal mettere il naso oltre i confini del proprio angusto territorio. Quando altri cercava di ricostruire e ingessare (e ahimè cerca tuttora) le realtà più distanti dal positivismo statualista all'interno delle categorie di questo, il Maestro fiorentino si muoveva con disinvoltura tra l'antropologia di Lévi-Strauss, le inquietudini di Maritain, la sfida storiografica di Bloch, le acque insidiose della comparazione. Al cospetto della storiografia giuridica pre-freudiana e del manierismo della dottrina giuridica ufficiale, questo *défi* poteva apparire all'epoca ardito e persino irriverente. Più eccentrico che scientifico, insomma.

Ma oggi è giunta l'ora della resa dei conti. Mentre qui e là ci si arrabatta alla meglio per riconquistare il tempo perduto, o più realisticamente ci si rassegna a una melanconica marginalità, l'Accademico dei Lincei parla di « globalizzazione, diritto, scienza giuridica » <sup>(4)</sup> con la forza tranquilla di chi ha visto fruttificare una intuizione da tempo coltivata. Quasi una *revanche*. La crisi dello Stato? L'Europa occidentale e il diritto europeo ne avevano ignorato

---

<sup>(4)</sup> Testo della conferenza tenuta di fronte alle classi riunite della Accademia dei Lincei nella seduta del 7 marzo 2002.

l'esistenza per parecchi secoli senza danni particolari. La violazione della gabbia territoriale del diritto? Lo spazio del diritto comune era ben più ampio di quello, angusto, dello Stato nazionale. Il tramonto del positivismo? Registrarlo senza rimpianti alla luce dei fatti e misfatti di una scienza giuridica troppo chiusa e inconsapevole delle origini. In una parola, quello di Paolo Grossi è un colloquio mai interrotto con il pluralismo giuridico, un colloquio che può ora imboccare nuovi stimolanti sentieri, come quelli della tensione tra economia e diritto o come quelli della ricerca di inedite forme di consenso e legittimazione democratica.

Questa lezione è tanto profonda quanto impegnativa: ma proprio per questo vale la pena di provare a metterla in pratica, anche a costo di correre qualche rischio. L'umiltà s'impone al cospetto del maestoso processo in atto e delle incognite che riserva. Oggi dobbiamo vivere serenamente il tempo delle ricognizioni e delle ricapitolazioni piuttosto che inseguire l'ambizione dei *grands desseins*. Se un senso hanno queste brevi riflessioni è proprio quello di abbozzare timidamente una messa in prospettiva dell'attuale grande trasformazione che la scienza giuridica occidentale sta vivendo. E ciò attraverso una libera osmosi tra storia, diritto e scienze sociali, affrancata dal timore del sincretismo, dove nessuno di questi saperi accampa pretese egemoniche, ma tutti attingono alla saggezza dell'altro in uno slancio di autentica corallità.

### 1. L'Etat en miettes?

È facile verificare che mai come oggi l'aspirazione alla creazione di uno Stato autonomo è stata così forte nei movimenti di emancipazione nazionale. I palestinesi, costretti da ottanta anni a subire una forma di sostanziale colonialismo, anelano alla statualità per sottrarsi al destino di una frammentazione in *bantustan* asserviti agli interessi economici di una potenza occupante. Lo Stato nazionale continua ad essere una potente fonte di identificazione collettiva nonché un'agenzia capace di produrre senso e lealtà con un'intensità impareggiata da alcuna altra organizzazione. L'appartenenza non è qualcosa di facile da inventare: eppure lo Stato ci è riuscito, mirabilmente. E ciò sarà vero ancora per un bel pezzo.

Eppure, questo stesso Stato è dato per moribondo e da tempo

suonano i rintocchi delle campane, con una tale monotonia da stancare le orecchie dei malcapitati che si trovano alla loro portata <sup>(5)</sup>. La questione è che a essere in crisi non è lo Stato di per sé ma la sua configurazione centralistica ereditata dall'assolutismo e consolidata nell'Ottocento attraverso l'affermazione del monopolio del potere coercitivo e della produzione normativa su un dato territorio. Ricordiamo un dato significativo: i due regolamenti generali emessi da Colbert del 13 agosto 1669 per la produzione delle stoffe contavano centinaia di articoli; quello solo per i fabbricanti di stoffa di Amiens ben 248 <sup>(6)</sup>! « Colbert conçoit les interventions temporaires de l'État royal comme celles d'un meneur de jeu, démiurge créateur de chocs productifs », ricorda lo storico del mercantilismo <sup>(7)</sup>. Questa orgogliosa pretesa, questo slancio della volontà si sono oggi esauriti di fronte a due formidabili avversari: l'economia internazionale e la complessità sociale. Il centralismo ha dovuto arrendersi all'evidenza dell'impossibilità di domare l'indomabile, ossia le fluttuazioni delle borse e i capricci della volatile platea di azionisti. Sul versante della sua relazione con la c.d. società civile le cose si sono a loro volta enormemente complicate. Costretto a mediare e a negoziare più che a comandare, esso abdica al ruolo di grande controllore del mutamento e delle spinte della comunità. Rinuncia volentieri a favore dei una volta detestati corpi intermedi al proprio ruolo di monopolista della produzione normativa. Le autonomie locali, la sussidiarietà orizzontale e verticale si prendono la rivincita dopo avere morso la polvere per duecento anni. Sbalestrato dal suo trono, lo Stato centrale si trova per di più a competere con i suoi vicini, in una concorrenza che non ha niente da invidiare a quella tra imprese. È costretto ad adeguare in fretta legislazioni e amministrazioni nello spietato *rush to the bottom* della riduzione dei costi e dell'efficienza che vede i più lenti e impacciati inevitabilmente perdenti. I cittadini, un tempo rinchiusi nell'alveo delle frontiere, tengono il loro Stato di appartenenza in ostaggio. Percorrono i nuovi

---

<sup>(5)</sup> Su sintomi e paradossi della crisi dello Stato, si veda S. Strange, *Chi governa l'economia mondiale?*, tr. it. il Mulino, Bologna 1998, pp. 23 sgg.

<sup>(6)</sup> Ph. Minard, *La fortune du colbertisme. État et industrie dans la France des Lumières*, Fayard, Paris 1998, p. 18.

<sup>(7)</sup> Ivi, p. 20.

spazi della transnazionalità con crescente naturalezza e nulla vale a trattenerli. Un danese che trova un vantaggio a costituire una società in Gran Bretagna non esita un attimo a rivolgersi all'ordinamento giuridico più competitivo, salvo poi prendere il biglietto di ritorno del diritto comunitario per imporre alle inermi istituzioni nazionali la creatura giuridica aliena <sup>(8)</sup>. Per parafrasare Michel Crozier, *l'Etat en miettes*, lo Stato in briciole, allora? Non proprio. Come succede spesso, si parla di eredità quando il *de cuius* è ancora in vita. Sì, perché lo Stato ha mostrato nella sua storia una formidabile capacità di trasformazione, reazione e adattamento. Più che a un suo declino assisteremo con ogni probabilità a una vistosa metamorfosi. I segni sono già visibili. Le due categorie di *exit* e *voice* tipiche del lessico sociopolitico americano servono oggi, ad esempio, a descrivere lo scenario delle mutazioni del *Welfare State* molto meglio della augusta tavola dei diritti di matrice socialdemocratica e di contenuto assiologico <sup>(9)</sup>. Nello stesso modo, la riallocazione del potere tra l'amministrazione e i giudici, dove quest'ultimi, a lungo segregati, assoggettano al loro volere la prima, è più un ritorno a *una certa idea* di Stato che la sua radicale smentita. Insomma, trasformazione sì, declino e tramonto no.

## 2. *La crisi del positivismo*

Una delle conseguenze più significative della globalizzazione è ravvisabile senza dubbio nella crisi profonda in cui è piombato il positivismo giuridico, dopo una lunghissima e tenace egemonia. Il positivismo giuridico — come ricorda Gérard Timsit — è più di una teoria: è un mondo e — aggiungiamo noi — per giunta costellato da solide credenze. Solo che le certezze su cui esso fiduciosamente riposava sono state scosse duramente. Il primo sintomo è il declino della classica riduzione della norma a comando-sanzione. Oggi si può senz'altro convenire che « le droit est d'abord affaire d'inter-

---

<sup>(8)</sup> Sull'ormai celeberrimo 'caso Centros', rinvio a S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari 2002, p. 113.

<sup>(9)</sup> Vedi Th. Heller, *The Americanization of Citizenship*, in V. Ferrari, P. Ronfani, S. Stabile (a cura di), *Conflitti e diritti nella società transnazionale*, Angeli, Milano 2001, pp. 92-93.

prétation — avant même d'être une affaire de contrainte »<sup>(10)</sup>. La regolamentazione generale e astratta, con la sua pretesa di dominare e controllare il mutamento sociale, ha semplicemente alzato bandiera bianca. Al suo posto svetta lo stendardo della regolazione, meno ambiziosa, ma decisamente più in sintonia con lo spirito dei tempi. Concetto, questo di regolazione, sfuggente alle definizioni geometriche ma intuitivamente chiaro, poiché esso risponde all'esigenza di un diritto « qui se caractérise par son adaptation au concret, son rapprochement des individus, son adéquation au contexte exact des sociétés qu'il prétend régir »<sup>(11)</sup>.

Con parole che Paolo Grossi sottoscriverebbe senza dubbio, si tratta di un diritto « concret, individualisé, contextualisé »<sup>(12)</sup>.

La cartina di tornasole del successo della regolazione è data del resto dalla diffusione delle autorità indipendenti, veicoli di un 'disciplinamento' giuridico duttile e penetrante. La responsabilità politica dei ministri, il vero fulcro dello Stato ottocentesco, è in ritirata di fronte all'espandersi di una discrezionalità tecnica niente affatto 'minore' rispetto alla tradizionale discrezionalità politica. Espressione della salutare riconquista di un ampio spazio al fecondo dialogo tra scienza giuridica, economia e tecnica, le autorità sono in via di assestamento e sotto osservazione onde assicurare che la trasparenza democratica non abbia nulla a soffrire dalla sottrazione di poteri decisionali al collaudato circuito governo-parlamento. Perché — è bene ricordarlo — il problema della *accountability* non si scioglie come per incanto nella dimensione della competenza. Da questo punto di vista, non basta irridere la deferenza del positivismo verso la legge, *expression de la volonté générale*. Ripudiata la mistificazione della democrazia legicentrica, occorre trovarvi un degno sostituto. La ricerca mi pare ancora in alto mare.

Anche sotto un altro punto di vista del resto, che è quello della filosofia del diritto, l'esito dell'affrancamento del diritto dalla vo-

---

<sup>(10)</sup> G. Timsit, *La peur de l'impensable dans l'histoire des sciences: le cas de la science juridique*, in « Revue européenne des sciences sociales », XXXVIII, 119, 2000, p. 85.

<sup>(11)</sup> Ivi, p. 86.

<sup>(12)</sup> *Ibidem*.

lontà del legislatore è un po' meno ovvio di quanto non possa intuitivamente sembrare.

Da una parte, troviamo una lettura come quella di Teubner che enfatizza il carattere autopoietico del diritto, ossia la sua autonomia quale sottosistema. Nemmeno qui c'è più spazio per il fantasma del legislatore demiurgo: « it is not legislation which creates order in the social subsystems. It is the subsystems themselves which deal selectively with legislation and arbitrarily use it, to construct their own order » (13). L'approccio costruttivista sancisce l'emancipazione del diritto tanto dall'ipoteca statolatrica quanto dai ricatti dell'economia e della sociologia: « legal communication construct 'legal reality' in the facts of a legal rule » (14).

Il diritto come una specie di Prometeo liberato allora? Non tutti ne sono convinti. Anzi, la Ferrarese sostiene esattamente il contrario, contestando frontalmente le conclusioni di Teubner: « in fondo, quello che avviene nel diritto globale è proprio la negazione della logica autopoietica: atti e fatti non giuridici si impongono come giuridici e piuttosto che essere ammessi alla giuridicità da soggetti ufficiali, sono essi a costituire dei soggetti non ufficiali come soggetti giuridici » (15). Una prospettiva, come si vede, del tutto opposta che lascia presagire come occorrerà ancora parecchio lavoro per decantare in termini di teoria generale il nuovo scenario post-positivista.

### 3. *La moltiplicazione dei protagonisti della creazione giuridica*

Come osserva il sociologo Dezalay « l'offensiva dei mercanti del diritto rimette in discussione il modo di produzione del diritto e al contempo ne costituisce un eccellente indicatore » (16). Analisi giustissima, come può constatare chiunque abbia appena un po' di familiarità con le cronache giudiziarie di Bruxelles, Londra, Francoforte e New York dove, con rare eccezioni, la nobile tradizione

---

(13) G. Teubner, *Law as an Autopoietic System*, Blackwell, Oxford 1993, p. 75.

(14) Ivi, p. 78.

(15) M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, il Mulino, Bologna 2000, p. 132.

(16) Y. Dezalay, *I mercanti del diritto*, tr. it., Giuffrè, Milano 1997, p. 17.

artigiana degli studi legali europei ha capitolato di fronte alla mole e alla divisione del lavoro delle grandi *law firms*. Lungi dal confinarsi al mero ruolo di applicazione del diritto, queste imprese giuridiche forgiavano la norma sull'impulso dell'impetuosa e sempre incessante innovazione produttiva e tecnologica. Le stesse università nordamericane hanno dovuto prendere atto degli imperativi della concorrenza e adeguarsi ad una domanda pressante di sistemazioni concettuali e di repertori retorici di pronto impiego. Non vi è il tempo per far sedimentare grandi costruzioni dogmatiche né per coltivare il lusso della dissertazione disinteressata. La filosofia è insegnata, certo: ma serve a fornire — come la retorica classica — batterie di argomenti agli aggressivi avvocati di Wall Street. L'analisi economica del diritto ha raggiunto vette di notevolissima sofisticazione, ma in una logica tutt'altro che astratta. Le sue ricette sono cucinate dagli avvocati e dai giudici chiamati a decidere sui casi di violazione delle norme antitrust e di responsabilità civile. Nulla di male in questa evoluzione, anzi: si tratta di una salutare scossa per una scienza giuridica da sempre tentata dall'autoreferenzialità e dall'autocompiacimento. Il dialogo con l'economia politica non permette di riposare sugli allori, così come, su un diverso versante, l'ermeneutica costituzionale impone di confrontarsi in apice con i Rawls, i Dworkin, i Buchanan e i Nozick. Bizzarro paradosso in apparenza quello americano: laddove in Europa la filosofia è esclusivamente materia formativa e culturale, negli USA — nei pragmatici USA — essa è una componente essenziale dell'arsenale di un consumato giurista operativo che deve sfidare giudici e avversari sull'arena della retorica, come i *doctores* di altri tempi. Non vi è dubbio che tutto ciò abbia salutarmente contribuito a minare in America la « parochial legacy » del positivismo <sup>(17)</sup> il quale, persino oltre Atlantico, aveva piantato le sue radici. Senonché, il compiacimento sarebbe certamente più schietto dalla nostra parte dell'Atlantico se questo trionfo delle *law firms* e della *law and economics* non avesse il fastidioso sapore di un'acritica egemonia. No, che il lettore non fraintenda: nessuna intemperanza di antiamericanismo o sfogo nostalgico. Solo la constatazione che l'omologazione è crescente, che incontra sem-

---

<sup>(17)</sup> L'espressione è di U. Mattei, *Comparative Law and Economics*, Michigan University Press, Ann Arbor 1998, p. 74.

pre meno resistenza e che si accompagna — questo sì è un bel paradosso — a una tenace incomunicabilità tra le scienze giuridiche europee. Persino nel diritto comunitario si registra con preoccupazione la perdita di terreno della *legal scholarship* continentale rispetto a quella anglosassone che plana sull'onda della lingua globale e di una radicale semplificazione dogmatica <sup>(18)</sup>. Nel breve periodo tutto ciò non dovrebbe creare serie conseguenze per l'identità della tradizione giuridica europea, ma sul lungo periodo vale la pena porsi l'interrogativo soprattutto se — come sembra allo stato attuale — i mandarini accademici tedeschi non riusciranno a riconquistare il loro primato e *leadership* nel cuore dell'Europa allargata. A questa visione non esaltante fa da stridente contrasto quanto Paolo Grossi scriveva nel 1977 descrivendo il sodalizio intellettuale dei giuristi europei della metà dell'Ottocento che, senza presunzione e snobismi, si avventuravano insieme negli arcani della comparazione. « La disputa », scriveva Grossi, « si inaugura e si sviluppa nel momento in cui un pluralismo culturale permette una operazione demitizzante prima inattuale: la comparazione » <sup>(19)</sup>. Allora, nell'epoca del trionfo degli Stati nazionali, la borghesia colta e cosmopolita (non globalizzata) non conosceva frontiere, né linguistiche né tracciate dal rozzo pregiudizio; oggi, nell'età del globalismo, viene il sospetto che il provincialismo e un sommario nazionalismo culturale tentino di farla da padrone. Pluralismo, dialogo e comparazione: questi valori dovrebbero essere riconquistati all'interno di quello spazio europeo dell'insegnamento superiore e della ricerca che, ancora oggi, appartiene purtroppo alla triste dimensione del *wishful thinking*.

#### 4. *Il cantiere europeo*

La costruzione europea ha gettato lo scompiglio nella augusta città proibita della sovranità statale. L'urgenza di addomesticare la

---

<sup>(18)</sup> Si legga l'appello di Armin Von Bogdandy per una « Europäisierung des Europarechts » (*Beobachtung, Debatten und Entwicklungsperspektiven der Grundlagenforschung zum Recht der Europäischen Union*, in « Der Staat », 40, 1, 2001, pp. 40-43).

<sup>(19)</sup> P. Grossi, *'Un altro modo di possedere'. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Giuffrè, Milano 1977, p. 23.

riottosa sovranità agli imperativi dell'integrazione transnazionale e sovranazionale ha imposto alla scienza giuridica di battere strade alternative all'aut-aut concettuale elaborato agli inizi del secolo dalla dottrina internazionalistica: ossia quello tra monismo e dualismo. Si è cominciato a distinguere tra una *Kompetenz-Kompetenz* giudiziaria e una legislativa, spezzando così l'unitarietà monolitica della sovranità. Si è poi abbastanza persuasivamente attribuita la prima alla Corte di giustizia delle Comunità europee, in quanto garante dell'unità del diritto comunitario <sup>(20)</sup>, mentre la seconda rimane (per il momento) nelle mani degli Stati, compatibilmente con le previsioni dei Trattati istitutivi e del diritto internazionale generale. Non è una svolta da poco, se appena si rifletta un attimo sull'incredibile peso della concezione assolutista della sovranità propria dello *jus publicum europaeum* ereditata dall'Antico regime e rielaborata da Rousseau. Anche qui però bisogna fare attenzione a non buttare via l'acqua con il bambino. La colpa non è tutta di Rousseau: anzi! La griglia di concetti ereditati dal filosofo ginevrino è ancora così attuale da suggerire a uno studioso tedesco una distinzione brillante a proposito dell'allocazione della sovranità nell'Unione europea: non è vero — spiega Christoph Kletzer — che i singoli Stati siano gli *Herren der Verträge* come ha dichiarato la celebre sentenza tedesca *Maastricht Urteil*; è vero piuttosto che l'insieme degli Stati membri — diremmo quasi come *universitas* — esprime una *volonté générale* la quale — Rousseau *docet* — è ben diversa dalle *volonté de tous*. « Ist es falsch zu sagen, die Mitgliedstaaten sind die Herren der Verträge. Vielmehr muss man sagen: die Mitgliedstaaten sind der Herr der Verträge. Das ist ja nichts anderes als der beinahe bloss grammatikalische Übergang von einer indifferenten Vielheit von Wollungen über die *volonté de tous* zu einer *volonté générale* » <sup>(21)</sup>. E non è finita qui. Chi ha sostenuto e tuttora sostiene che il problema della legittimazione democratica sia uno pseudo-problema perché la legittimazione tramite l'efficienza e la competenza può

<sup>(20)</sup> Cfr. M. Thaler, *Between Monism and Pluralism: The Relationship of Community Law and National Law*, in « *Rechtstheorie* », 31, 2, 2000, p. 273.

<sup>(21)</sup> Ch. Kletzer, *Recht und Ordnung*, in G.-P. Calliess, M. Mahlmann (a cura di), *Der Staat der Zukunft*, in « *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* », supplemento n. 83, 2002, p. 32.

essere un valido sostituto della prima si è scontrato con un rifiuto che è qualcosa di più di un mero residuo passatista <sup>(22)</sup>. È la presa di coscienza che la democrazia esprime un bisogno — come dire — archetipico della comunità. Non a caso il dibattito ha imboccato, grazie essenzialmente alla scienza politica, la strada della ricerca di canali alternativi a quelli esistenti di organizzazione costituzionale e di espressione deliberativa dell'opinione pubblica 'europea' <sup>(23)</sup>.

##### 5. *Il nodo della trasparenza e della democrazia nella società internazionale*

Le manifestazioni di ostilità nei confronti dell'OMC che si ripetono costantemente a ogni *summit* hanno suscitato reazioni diverse: di insofferenza o di solidarietà. Delle due è certamente la prima ad essere meno giustificabile, poiché se qualche cosa balza agli occhi anche dell'osservatore più distratto è l'assenza di qualsiasi serio sforzo di *accountability*, di responsabilizzazione-spiegazione, da parte di quella organizzazione e dei suoi fautori. Nel caso dell'OMC la tecnicità del diritto del commercio internazionale, monopolio di pochi mandarini accademici, di *lobbies* e delle cancellerie diplomatiche, ha certamente penalizzato la dimensione della democrazia. I due terreni di scontro più noti sono quelli degli 'ostacoli tecnici al commercio' e delle 'misure sanitarie e fitosanitarie'. Attraverso il divieto di intralciare il commercio internazionale mediante questi due 'pretesti' — si accusa da più parti — viene surrettiziamente demolito lo sforzo di tutela ambientale e conculcate le garanzie dei cittadini, salute inclusa, poiché grossi limiti sono posti all'applicazione del principio di precauzione <sup>(24)</sup>. Lo stesso discorso vale, su un piano diverso, per l'accordo sui diritti di proprietà intellettuale che, assicurando all'Occidente industrializzato una forte

---

<sup>(22)</sup> Sulle critiche a Majone e Scharpf si veda H. Friese e P. Wagner, *La repubblica europea. Verso una filosofia politica dell'integrazione europea*, in H. Friese (a cura di), *Europa politica. Ragioni di una necessità*, Manifestolibri, Roma 2002, pp. 84-85.

<sup>(23)</sup> Si veda lo stimolante saggio di Ph.C. Schmitter, *Come democratizzare l'Unione europea e perché*, il Mulino, Bologna 2000, pp. 77-95.

<sup>(24)</sup> S. George, *Fermiamo il Wto*, Feltrinelli, Milano 2002, p. 32.

protezione, penalizza i paesi poveri, meno in condizione di sviluppare brevetti o di comprarseli, anche nel settore dei farmaci. Né è considerato dai critici dell'OMC motivo di grande consolazione la circostanza che a decidere in appello sulle controversie sia un *Appellate Body* composto da sette giuristi di chiara fama. L'impressione che domina è quella di una prevalenza del negoziato occulto sul lusso di accorgimenti procedurali di cui l'accordo è assortito. Ora, corre l'obbligo di rilevare che in tutta questa vicenda la scienza giuridica ufficiale è rimasta cospicuamente assente come se si trattasse di questioni che esulano dall'ambito della sua cognizione. Le poche lodevoli eccezioni si sono finora contate sulle dita di una mano, a testimonianza della perdurante ipoteca del molto ideologico formalismo giuridico sulla selezione dei temi da parte della corporazione dei giuristi <sup>(25)</sup>.

Qualcosa sta forse cambiando? Può darsi. Persino la più autoreferenziale delle scienze non può sottrarsi indefinitamente al dibattito pubblico per rifugiarsi nei riti, negli arcani del linguaggio, nella celebrazione del proprio potere. Lo stucchevole appiattimento ideologico sull'ipostasi dell'impresa, della *governance* aziendale e la perdita di ruolo della dottrina costituzionalistica iniziano a produrre i loro anticorpi. I primi segnali di reazione cominciano a intravedersi. Ci si rende conto dell'ineludibile crisi delle costituzioni del secondo dopoguerra. Le costituzioni erano servite a risolvere due problemi fondamentali posti dallo Stato: « das Probleme der verbindlichen rechtlichen Regulierung von Politik durch eine konsensuelle, quasi vorpolitische Verständigung über die Grundlagen und Ziele des gesellschaftlichen Zusammenlebens in der Verfassung und das Problem der demokratischen Rückbindung der Verantwortung bei den regierten » <sup>(26)</sup>. Oggi non è più così: « per effetto della asimmetria a favore dei rapporti globali e della dominanza dei principi liberistici che presiedono alla competizione mondiale », scrive Baldassarre, « intere sezioni normative delle Costituzioni e intere discipline legislative, in contraddizione con i principi globali,

---

<sup>(25)</sup> Mi riferisco ad esempio a U. Allegretti, *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Città Aperta Edizioni, Troina 2002.

<sup>(26)</sup> P. Dobner, *Handlungsbedingungen konstitutioneller Politik in der Transformation des Staates*, in *Der Staat der Zukunft*, cit., p. 53.

diventano oggettivamente inapplicabili e, per così dire, desueti » (27). La scienza giuridica batte un colpo per affrontare — infine — l'inquietante realtà « di un nucleo di potere — non precisamente definibile e individuabile — che, pur condizionando le democrazie operanti nei singoli Stati, al punto da imporre loro le linee fondamentali della politica economica, non risponde affatto ai requisiti minimi di una forma di governo democratica » (28). *Terra incognita*, questa cui allude Baldassarre, che attende ancora tutta da essere esplorata.

È invece sin troppo battuta un'altra arena che lambisce i confini della globalizzazione restando però chiusa (per ora) nel perimetro della più hobbesiana sovranità. Mi riferisco ovviamente al diritto internazionale che a tutt'oggi non assomiglia molto a una *civitas maxima* kantiana. Due fatti positivi vanno nondimeno registrati:

1) la moltiplicazione delle istanze giurisdizionali internazionali suscettibili di diventare « essential tools for the building of the international legal system and the furthering of the international rule of law » (29);

2) la presa di coscienza, contro la scepsti realista, del ruolo del diritto internazionale nell'ambito delle relazioni internazionali. A questo riguardo si è osservato sensatamente che « States need international law and institutions both to share the material and political costs of protecting their interests and to gain the authority and legitimacy that the possession of crude power can never of its own secure » (30). Il che naturalmente non significa affatto ignorare i retroscena di politica di potenza e di equilibrio che sottendono tanto alla sua elaborazione che alla sua concreta applicazione. Ma solo prendere atto del fatto che: (a) osservare il diritto internazionale è il

(27) A. Baldassarre, *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2002, p. 276.

(28) Ivi, p. 277.

(29) C.P. Romano, *The Proliferation of International Judicial Bodies: the Pieces of the Puzzle*, in « Journal of International Law and Politics », 31, 1999, p. 750.

(30) A. Hurrell, *International Law and the Changing Constitution of International Society*, in M. Byers (a cura di), *The Role of Law in International Politics. Essays in International Relations and International Law*, Oxford University Press, Oxford 2000, p. 331.

più delle volte nell'interesse degli Stati; (b) la comunità interpretativa del diritto internazionale e transnazionale si è allargata grazie all'emersione di soggetti non-statali, ciò che — oggettivamente — contribuisce a rafforzare la credibilità delle norme giuridiche. Quando un'organizzazione non governativa può intervenire in un giudizio tramite un *amicus curiae brief*, questo significa la concreta possibilità che dialettica e pluralismo trovino ingresso nelle sedi dove le decisioni più sensibili vengono adottate <sup>(31)</sup>. In sintesi il diritto internazionale si è imposto, a dispetto di tutte le manchevolezze che ben conosciamo, come « a form of discourse, a discourse manifested in both written and verbal communication, symbolic acts, and myriad other manifestations of state practice » <sup>(32)</sup>.

Come ebbe a dire Paolo Grossi in un'occasione di qualche anno fa, « oggi, per il giuspubblicista, il modello passato, cioè il modello incombente e ineludibile di uno Stato nazionale, deve essere sostituito da modelli nuovi tutti da forgiare da parte dell'uomo di scienza » <sup>(33)</sup>. Come si può dargli torto?

---

<sup>(31)</sup> Cfr. R. Howse, *Adjudicative Legitimacy and Treaty Interpretation in International Trade Law: The Early Years of Wto Jurisprudence*, in J.H.H. Weiler (a cura di), *The Eu, the WTO and the NAFTA*, Oxford University Press, Oxford 2000, p. 48.

<sup>(32)</sup> A.C. Arend, *Legal Rules and International Society*, Oxford University Press, Oxford 1999, p. 27.

<sup>(33)</sup> P. Grossi, *Diritto generale e diritti particolari nell'esperienza storica*, in *Atti del congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto* (Torino, 19-21 novembre 1998), Fondazione Sergio Mochi Onory, Roma 2001, p. 482.

PIETRO COSTA

LE API E L'ALVEARE

IMMAGINI DELL'ORDINE FRA 'ANTICO' E 'MODERNO'



## 1. *Cenni introduttivi*

Le metafore « danno una struttura al mondo, danno una rappresentazione del tutto della Realtà, che come tale non è mai sperimentabile né dominabile. Allo sguardo della intelligenza storica esse indiziano le certezze, i presentimenti, le valutazioni fondamentali e portanti che regolarono atteggiamenti, aspettative, azioni e omissioni, aspirazioni e illusioni, interessi e indifferenze di un'epoca » <sup>(1)</sup>.

Se presa sul serio, la metafora appare allo storico (non necessariamente, ma frequentemente) l'espressione di una tensione verso una realtà la cui complessità e tendenziale 'inesauribilità' sembrano resistere ad ogni univoca procedura di decifrazione 'razionale'. Proprio per questo le grandi, ricorrenti domande che la nostra cultura ha sollevato sempre di nuovo in tutto l'arco del suo sviluppo — le domande che investono la visione del cosmo, dell'uomo, della società — hanno sollecitato la formazione e la diffusione di un ricchissimo patrimonio di metafore la cui funzione retorica, persuasiva, si intreccia con una loro spesso dissimulata ma non trascurabile valenza 'cognitiva'.

Una di queste 'grandi domande' riguarda la rappresentazione dell'ordine politico-sociale: si tratta di capire in sostanza in che modo avvenga l'alchemica trasformazione dei 'molti' nell'uno', in che modo una molteplicità apparentemente casuale di individui si trasformi in una comunità politica, dia luogo ad una forma di vita condivisa.

A questa domanda la cultura politico-giuridica ha tentato di far fronte elaborando risposte diversissime non solo nei contenuti ma anche nello stile argomentativo; sono risposte che obbediscono (come è ovvio) alle clausole dettate dai contesti storici cui appar-

---

<sup>(1)</sup> H. Blumenberg, *Paradigmi per una metaforologia*, Il Mulino, Bologna 1969, p. 23.

tengono e tuttavia difficilmente rinunciano all'impiego del registro metaforico, che appare quindi tanto ricco quanto persistente: si pensi soltanto — per ricordare due classi di metafore particolarmente famose — alle ricorrenti (e solo apparentemente uniformi) immagini dell'ordine come 'meccanismo' o come 'organismo'.

Nel fitto ordito metaforico di cui sono intessute le rappresentazioni dell'ordine sociale una figura (ancorché indubbiamente 'minore' rispetto ad altre, più celebri) si segnala per due singolari (e complementari) qualità: la sua disponibilità ad essere impiegata da culture e schemi argomentativi diversi, la sua impressionante durata. I termini del cortocircuito metaforico cui alludo sono, da un lato, l'alveare, dall'altro lato l'ordine politico-sociale: la *respublica* è un alveare (ma vale anche, come vedremo, il reciproco: l'alveare è una *respublica*).

Pensare l'ordine attraverso la metafora dell'alveare. È ancora a questa metafora che si ricorre (nell'anno 2000) per cogliere il senso del nuovo mondo globalizzato, « la rivoluzione organizzativa del pianeta »: serve « una metafora nuova dell'organizzazione globale » che sappia « rappresentare, allo stesso tempo, il mutamento e la persistenza, l'accentramento spazio-temporale e la destrutturazione, la gerarchia e l'autoregolazione, la creatività e l'esecuzione; una metafora in cui il tutto sia superiore alla somma delle parti e le informazioni siano determinanti più dei soggetti che le emettono e le ricevono »; e la metafora più efficace sembra essere appunto « la metafora dell'alveare » (2). È nuovissimo e largamente incognito l'*explanandum* (la 'globalizzazione'), ma è antico l'*explanans*, l'alveare come archetipo e simbolo di organizzazione sociale: un'immagine che circola diffusamente nella cultura antica, greca e romana, attraversa il medioevo e sopravvive, confermata e rinnovata, nell'età moderna e contemporanea.

Di questa lunga peregrinazione metaforica non posso certo propormi di offrire una ricognizione esauriente. Posso soltanto raccogliere esempi sparsi, presentandoli più come testimonianze di una divertita *promenade* diacronica che non come tasselli di una ricerca storiograficamente rilevante e compiuta.

---

(2) D. De Masi, *Nulla sarà più come prima: il mondo nuovo è un alveare*, in « Telèma », 23, 2000/2001, p. 17.

## 2. I « piccoli Quiriti »

La civiltà antica ha una lunga familiarità con api ed alveari, se non altro per l'importanza decisiva che in essa rivestiva, come dolcificante, il miele. È da questa lunga consuetudine all'allevamento e allo sfruttamento delle api che nascono le descrizioni della vita dell'alveare offerte da numerosi testi del mondo antico. Parlare di 'descrizione' è però far uso di un'espressione che non tiene conto di due caratteristiche proprie di quell'universo culturale. Una prima caratteristica (che interessa però non tanto il nostro problema quanto la storia — o preistoria — dell'entomologia) è data dal fatto che la 'descrizione' degli antichi non ha molto a che fare con quella asettica e pura registrazione di dati cui lo *standard* positivistico ci ha abituato ed è fittamente intessuta di credenze e riferimenti mitico-religiosi. Una seconda caratteristica (che ci interessa direttamente) concerne il rapporto fra *explanans* ed *explanandum*: un rapporto tutt'altro che unidirezionale, dal momento che l'alveare non è sempre e comunque l'*explanans* della *respublica*, ma al contrario è altrettanto frequentemente la *respublica* il filtro metaforico attraverso il quale viene 'descritto' l'alveare.

Già in una delle fonti più autorevoli della 'entomologia' antica — il Περί τα ζῷα ἰστόριων di Aristotele — l'ordine gerarchico dell'alveare viene descritto ricorrendo alla figura della regalità: l'alveare si ordina intorno alla evidente superiorità, alle dimensioni eccedenti, del re. Aristotele fa anche menzione di un'ipotesi diversa, secondo la quale i capi dell'alveare non sono re ma regine, tanto che « vocantur [...] matres, quasi quae pariant »<sup>(3)</sup>; si tratta però di un'ipotesi destinata a cadere presto nell'oblio, verosimilmente sacrificata da una 'presupposizione' culturale che associa la regalità e la evidente supremazia al genere maschile (che il sovrano dell'alveare sia armato — del suo pungiglione — è un indice sicuro, anche per Aristotele, della sua natura di maschio); ed occorrerà aspettare il XVII secolo perché le osservazioni di Butler e il microscopio di

---

(3) Aristotele, *De animalibus Historiae*, Lib. V, cap. 21, in Id., *Opera Omnia*, a cura di C. Bussemaker, Olms, Hildesheim-New York 1973, vol. III, p. 96. Cfr. S. Föllinger, *Die aristotelische Forschung zur Fortpflanzung und Geschlechtbestimmung der Biene*, in W. Kullmann, S. Föllinger, *Aristotelische Biologie. Intentionen, Methoden, Ergebnisse*, Steiner, Stuttgart 1997, pp. 375-85.

Swammerdam restituiscano il sovrano dell'alveare al genere femminile (4). Quale che sia il sesso del sovrano, è comunque già in atto quello stretto scambio fra società umana ed alveare destinato ad una lunga fortuna: si descrive l'alveare antropomorfizzandolo, ma le immagini che agiscono come presupposizione della 'descrizione' sono le immagini di un essere umano essenzialmente sociale e di un ordine culminante nella figura del sovrano.

Emergono due tratti essenziali della metaforica dell'alveare: la regalità e la socialità, la disposizione gerarchica e l'ordinamento comunitario. L'alveare è l'emblema della socialità naturale: una socialità non già funzionale ed utilitaria, ma essenziale e spontanea. È alle api che ricorre Cicerone per dimostrare che la conoscenza non è un valore autosufficiente, ma deve risolversi in scambio e comunicazione: « atque ut apium examina non fingendorum favorum causa congregantur, sed cum congregabilia natura sint, fingunt favos, sic homines, ac multo etiam magis, natura congregati adhibent agendi cogitandique sollertiam » (5). Se però in Cicerone le api valgono come richiamo al valore della socialità, in Plutarco il nesso fra l'alveare e una forma di vita politicamente organizzata è più forte e diretto: è alle api che lo scrittore greco ricorre per descrivere sinteticamente la Sparta di Licurgo. La vita delle api nell'alveare è per Plutarco il modello che Licurgo ha applicato a Sparta: egli « abituò i suoi concittadini a non volere e a non sapere vivere da soli, ma a formare sempre un solo corpo con la comunità, come le api; e, stringendosi insieme intorno al capo, quasi fuori di sé per l'entusiasmo e l'emulazione, ad appartenere interamente alla patria » (6).

È già fissato in sostanza il doppio registro che ricorre nella letteratura *de re rustica* e trova la sua più alta versione stilistica nelle *Georgiche* di Virgilio: la descrizione dell'alveare è mediata da un filtro che 'antropomorfizza' le api e le presenta come membri di una

---

(4) Cfr. M. Baldini, *Le ricerche sulla nascita delle api tra '500 e '700: Swammerdam, Réaumur, Schirach, Riem*, in L. Conti (a cura di), *Medicina e biologia nella rivoluzione scientifica*, Porziuncola, Assisi 1990, pp. 235-55.

(5) M.T. Cicero, *De officiis*, I, 44, in Id., *Dei doveri*, a cura di D. Arfelli, Mondadori, Milano 1994, p. 124.

(6) Plutarco, *Le vite di Licurgo e di Numa*, a cura di M. Manfredini e L. Piccirilli, Fondazione Lorenzo Valla, Arnoldo Mondadori, Milano 1980, 25, 5, p. 89.

*respublica* meravigliosamente ordinata e compatta, mentre a sua volta la rappresentazione dell'ordine politico ricorre spesso alla figura retorica dell'alveare, assunto come emblema di una collettività coesa e perfetta.

Varrone, nel *De re rustica*, ci presenta molti degli stereotipi che continueranno per secoli a circolare nella letteratura dedicata alle api e agli alveari. La socialità, innanzitutto: api e uomini si apparentano fra loro per un 'tasso' di socialità particolarmente elevato, che li differenzia da ogni altro animale: « apes non sunt solitaria natura, ut aquilae, sed ut homines ». Determinante comunque è non tanto il livello quanto la qualità della loro socializzazione. Anche le cornacchie, ad esempio, sono animali sociali, ma solo le api sono capaci di una « *societas operis et aedificiorum* », solo le api sanno condividere una precisa attività lavorativa e produttiva: la soddisfazione dei loro bisogni è resa possibile, come per gli esseri umani, dalla « *ratio* » e dalla « *ars* », che presiedono al loro « *aedificare* » e « *cibaria condere* ». Le api sono dunque 'come' esseri umani e proprio come gli uomini hanno « *civitates* », « *quod hic est et rex et imperium et societas* » (7).

L'alveare è un microcosmo perfettamente ordinato, tanto da suggerire una spontanea identificazione con il macrocosmo della *respublica*. Virgilio chiama le api « piccoli Quiriti » (8) e celebra le caratteristiche che le apparentano al mondo umano e le distinguono da tutti gli altri animali: « *solae communis natos, consortia tecta / urbis habent, magnis agitant sub legibus aevom / et patriam solae et certos novere penatis* » (9). Solo le api, fra tutti gli animali, hanno case, città, penati e patria: la loro vicinanza al mondo degli uomini

---

(7) M.T. Varrone, *De re rustica*, in Id., *Opere*, a cura di A. Traglia, Utet, Torino 1974, III, 16, 4, p. 857.

(8) Virgilio, *Georgicon libri quattuor*, in Id., *Opere*, a cura di C. Carena, Utet, Torino 1971, IV, 201. Cfr. J. Griffith, *The Fourth Georgic, Virgil and Rome*, in I. McAuslan, P. Walcot (a cura di), *Virgil*, Oxford University Press, Oxford 1990, p. 100.

(9) Virgilio, *Georgicon libri quattuor*, cit., IV, 153-55. Cfr. L. P. Wilkinson, *The Georgics of Virgil. A Critical Survey*, Cambridge University Press, Cambridge 1969; L. Morgan, *Patterns of Redemption in Virgil's Georgics*, Cambridge University Press, Cambridge 1999; M. R. Gale, *Virgil on the Nature of Things: The Georgics, Lucretius and the Didactic Tradition*, Cambridge University Press, Cambridge 2000.

ha qualcosa di prodigioso (e infatti le loro eccezionali qualità si spiegano soltanto con un intervento speciale di Giove, dovuto ad un suo debito di gratitudine nei loro confronti <sup>(10)</sup>); ed è appunto nella celebrazione di questa vicinanza che interviene il gioco delle metafore incrociate e le api e gli alveari si trasformano in specchio e in modello per gli esseri umani e per le loro *civitates*.

Le caratteristiche 'politiche' (il far parte di strutture organizzate, la capacità di fondare e costruire le città) sono proprie delle api come degli esseri umani; e infatti quando la popolazione è sovrabbondante le vecchie api mandano le nuove generazioni a fondare una colonia, « ut olim crebro Sabini factitaverunt propter multitudinem liberorum » <sup>(11)</sup>. Simili agli esseri umani per la loro attitudine 'politica', le api sono in grado di darsi una vera e propria organizzazione: per Plinio esse « rem publicam habent, consilia privatim quaeque, at duces gregatim et, quod maxime mirum sit, mores habent praeter cetera [...] ». Se la supremazia delle leggi e l'organizzazione politica sono tratti che accomunano l'ape all'essere umano e l'alveare alla società politica, in una dote però le api sopravanzano nettamente il mondo umano: la vocazione comunitaria; la « ratio » umana non riesce a far sì che gli uomini superino o anche solo eguaglino le api nella loro dedizione alla causa comune, dal momento che esse « nihil novere nisi commune » <sup>(12)</sup>.

La rigorosa comunanza delle api si traduce peraltro in un'efficiente divisione del lavoro: alcune attendono al cibo e altre lavorano nei campi; alcune difendono l'alveare e altre « speculantur aquas et nubila coeli ». Un eguale « amor habendi », un medesimo impulso a lavorare e a produrre, si fa sentire in tutte ma si traduce anche in un « munus » che è proprio di ciascuna <sup>(13)</sup>. Comunanza del vivere e comunanza del produrre si implicano a vicenda: « omnibus una

---

<sup>(10)</sup> Giove era stato nutrito dalle api quando si era nascosto per sottrarsi alla persecuzione di Saturno.

<sup>(11)</sup> Varrone, *De re rustica*, cit., III, 16, 29, p. 869.

<sup>(12)</sup> Gaio Plinio, *Naturalis historia*, Einaudi, Torino 1983, L. 11, 4, p. 550. Cfr. F. Capponi, *Entomologia pliniana*, Dipartimento di archeologia, filologia classica e loro tradizioni, Genova 1994, pp. 41 sgg.

<sup>(13)</sup> Virgilio, *Georgicon libri quattuor*, cit., IV, 158-77.

quies operum, labor omnibus unus » (14). Il senso della comunità è spontaneo, istintuale, profondo, ma non così assoluto da introdurre una differenza incolmabile fra api ed esseri umani: per Plinio, la partecipazione delle api al lavoro comune non si sottrae al gioco squisitamente umano della norma, della trasgressione, della sanzione. Non si esclude il caso dell'ape neghittosa; interviene allora la regola di una scrupolosa disciplina nel lavoro (una « mira observatio operis »), che conduce all'applicazione di severe sanzioni agli inadempienti: « cessantium inertiam notant, castigant, mox et puniunt morte » (15). Il senso della comunità si traduce in una rigorosa etica del lavoro e nella pratica di una disciplina che Plinio presenta come militare: « castrorum more » (16).

La vita disciplinata ed organizzata della comunità implica necessariamente un capo, un sovrano, un re. Che esista il re delle api e che da esso dipenda la vita e l'ordine dell'alveare è per gli antichi un dato irrefutabile. Già Aristotele si era soffermato su questo tema ed è un *tòpos* della letteratura successiva insistere sul ruolo determinante del sovrano per la conservazione dell'alveare: lo sciame resta compatto finché il re rimane alla sua testa e si disperde in caso contrario. Le api, ricorda Varrone, « esse utique sine rege non possunt » (17). Non basta però agli scrittori antichi constatare l'obbligata correlazione fra lo sciame e un'ape (l'ape re) distinta da ogni altra per forma e dimensioni. Come l'alveare è una piccola *civitas* e come tale viene proposta quale esempio e modello del vivere politico, così il rapporto fra le api e il loro sovrano diviene il paradigma, rispettivamente, di un'obbedienza perfetta e di una provvida regalità. Le api-suddito sono l'esempio vivente di una dedizione totale al sovrano, alimentata dalla certezza che senza di esso l'intero ordine è perduto: « regem suum secuntur, quocumque it, et fessum sublevant, et si nequit volare, succollant, quod eum servare volunt » (18).

È il sovrano l'emblema e la condizione dell'unità dell'alveare. Il patto costitutivo dell'ordine, la « fides » che regge i comportamenti

---

(14) Ivi, IV, 186.

(15) Plinio, *Naturalis historia*, cit., XI, 10, p. 557.

(16) *Ibidem*.

(17) Ivi, XI, 18, p. 570.

(18) Varrone, *De re rustica*, cit., III, 16, p. 858.

individuali e collettivi, si perde se viene meno il legame con il sovrano, mentre la presenza di quest'ultimo rende possibile l'unità del microcosmo politico, la spontanea convergenza delle azioni e dei sentimenti dei singoli: « rege incolumi mens omnibus una est » (19). L'obbedienza al sovrano è totale, più forte che in qualsiasi monarchia assoluta: « praeterea regem non sic Aegyptos et ingens / Lydia nec populi Parthorum aut Medus Hydaspes / observant » (20). L'obbedienza non è però solo totale, più forte e incrollabile che nei regni d'Oriente: è anche motivata da un impulso o inclinazione profonda che spinge le api ad anteporre il bene comune al bene individuale. Intorno all'ordinata convivenza delle api viene così a svolgersi, nel IV libro delle *Georgiche*, un singolare *mélange* di immagini eterogenee, dove il modello dell'autocratico Oriente si mescola con la nostalgia (romano-repubblicana) di una comunità compatta e coesa (ma è quest'ultima in definitiva l'immagine prevalente, mentre il riferimento all'Oriente serve soprattutto a sottolineare la pienezza dell'obbedienza di cui le api sono capaci) (21).

L'obbedienza delle api è assoluta e tuttavia non è motivata dal timore della sanzione. Per Plinio è un dato sicuro che il re non ricorre alla forza: « illud constat, imperatore aculeo non uti »; il suo modo di partecipare al lavoro comune non è punitivo ma è esortativo: egli è « similis exhortanti » e la sua autorità, confermata e rafforzata da « satellites quidam lictoresque, adsidui custodes auctoritatis » (22), non ha bisogno di imporsi coattivamente per ottenere obbedienza.

Il sovrano è essenziale per l'ordine ma a sua volta l'ordine (la disciplina, l'obbedienza spontanea, il rispetto dei *munera* attribuiti a ciascuno) rende 'buona' l'autorità e sostanzialmente inutile il suo aculeo. È in questa prospettiva che Seneca, nel *De clementia*, guarda alle api come al modello di un ordine naturale e spontaneo, entro il quale l'autorità trova già segnata la sua destinazione e fissati i suoi limiti.

---

(19) Virgilio, *Georgicon libri quattuor*, cit., IV, 212.

(20) Ivi, 210-11.

(21) Cfr. J. Griffin, *The Fourth Georgic, Virgil and Rome*, in I. McAuslan, P. Walcot (a cura di), *Virgil*, Oxford University Press, Oxford 1990, p. 100.

(22) Plinio, *Naturalis historia*, cit., XI, 17, 568-70.

L'ufficio di re non è un costrutto convenzionale, ma è un portato della natura stessa (« natura enim commenta est regem »); e la prova è offerta appunto dalle api, la cui organizzazione è la prova evidente dell'importanza determinante del sovrano: ospitato nel luogo più sicuro ed eminente dell'alveare, esente da qualsiasi lavoro che non sia il presiedere al lavoro altrui, il re è il perno dell'ordine e il custode della sua unità (« abisso rege, totum dilabitur »), ma al contempo è alieno dal ricorrere alla violenza, alla coazione, per ottenere quell'obbedienza che fluisce spontanea dall'armonia della *respublica*. « Exemplar hoc magnis regibus ingens », esclama Seneca: è la natura stessa che addita agli uomini come modello le api e invita il sovrano alla clemenza, dimostrando la relativa importanza della coazione ai fini dell'obbedienza. È la clemenza la miglior difesa del principe: « unum est inexpugnabile munimentum amor civium »; e l'amore dei cittadini a sua volta nasce dal primato della *respublica*, nasce dal fatto che il sovrano si è dimostrato consapevole di esser parte di un ordine che lo include e lo ricomprende: consapevole « non rem publicam suam esse, sed se reipublicae » (23).

La natura come modello per la società, l'alveare come *exemplar* per la *civitas*, l'organizzazione delle api come emblema di un 'vivere politico' raccomandabile anche per gli esseri umani come una forma eccellente di convivenza. È costante, nella descrizione della vita dell'alveare, l'incrocio e la reciproca 'contaminazione' fra il mondo dell'uomo e il mondo delle api: è una presupposta idea di *respublica* (e una soggiacente, implicita 'antropologia politica') a guidare (sulla falsariga del nesso 'alveare-ordine politico') la letteratura 'specializzata' nel suo sforzo di descrivere il misterioso mondo delle api; ma è al contempo (e simmetricamente) quest'ultima a suggerire, con i suoi caratteristici *tòpoi*, una peculiare visione dell'ordine politico: caratterizzata dall'idea dell'assoluta (naturale) supremazia ed eccellenza del sovrano; dalla convinzione del ruolo indispensabile e costitutivo che il capo esercita nei confronti della formazione dell'unità dell'ordine; infine dalla celebrazione di una comunità che, pur differenziata funzionalmente al suo interno (i diversi *munera* delle api), vive sull'eguale ed assoluta fedeltà e dedizione di tutti i

---

(23) Seneca, *De Clementia*, in Id., *Operette morali*, a cura di R. Del Re, Zanichelli, Bologna 1990, vol. II, XVII, 1-8, pp. 320-24.

suoi membri. Virgilio esprime con particolare intensità il contrasto fra la fragilità e la pochezza del destino individuale e la forza indistruttibile del *genus* cui l'individuo non può non piegarsi. Se breve è la vita della singola ape (« Ergo ipsas quamvis angusti terminus aevi / excipiat »), incapace di durare per più di sette estati, immortale è la specie: « at genus immortale manet multosque per annos / stat fortuna domus et avi numerantur avorum ». Che la morte del singolo possa essere superata nella celebrazione della perpetuità del *genus* e della *civitas* — un tema di grande rilievo nell'*Eneide* — è un altro prezioso insegnamento che il 'piccolo mondo' delle api può offrire al 'grande mondo' della convivenza umana.

### 3. *Le api virtuose*

Virgilio non è soltanto la sublimazione poetica di una tradizione letteraria ampiamente circolante nel mondo antico; è anche l'importante snodo di una lunghissima catena testuale che trova il suo punto di origine nella cultura greca e romana, percorre il mondo alto-medievale e basso-medievale e si protende verso il rinascimento e la letteratura proto-moderna.

Fortemente impressionate da Virgilio appaiono le pagine dell'*Exameron* di Ambrogio, la cui parafrasi del IV libro delle *Georgiche* è stata giudicata « tanto fedele da essere nulla più che [...] una costruzione diretta di parole virgiliane »<sup>(24)</sup>. Non è comunque solo Virgilio l'*auctoritas* cui Ambrogio ricorre per descrivere e celebrare il mondo delle api. La sua stessa impresa esegetica — commentare il primo capitolo del *Genesi* illustrando in nove sermoni i giorni della creazione — era stata preceduta da analoghi tentativi (che non ci sono pervenuti) di Origene e di Ippolito, ma era stata soprattutto ispirata e sorretta dall'omonima opera di Basilio (*l'Hexameron*), che, più che un precedente, costituisce per il testo ambrosiano un vero e proprio modello, spesso fedelmente ricalcato o addirittura testualmente riprodotto.

Per quanto riguarda il nostro episodio testuale (le considera-

---

<sup>(24)</sup> L. Alfonsi, *L'ecphrasis ambrosiana del 'libro delle api' virgiliano*, in « *Vetera Christianorum* », II, 1965, p. 137.

zioni sviluppate dai due padri della Chiesa), tanto in Basilio quanto in Ambrogio ricorrono i principali *tòpoi* della antica letteratura *de apibus*; ed è appunto attraverso la mediazione di Ambrogio che la metafora delle api e dell'alveare prosegue il suo plurisecolare viaggio.

Il tema della regalità torna a presentarsi tanto in Basilio quanto in Ambrogio. Caratteristici delle api sono il loro ordinamento 'monarchico' e la pronta obbedienza tributata al loro sovrano. Ciò che Basilio (puntualmente ripreso da Ambrogio <sup>(25)</sup>) apprezza è il fatto che, nel mondo delle api, l'individuazione del *ταξίαρχος* riposa sull'evidente eccellenza del predestinato. Si evitano così gli inconvenienti delle procedure seguite dagli esseri umani per giungere alla selezione dei loro capi: l'elezione presenta infatti il rischio che « il popolo, privo di discernimento, [porti] il più cattivo al potere »; il sorteggio si affida ai verdetti della sorte che « sono ciechi e conferiscono spesso il comando all'ultimo di tutti »; l'ereditarietà della carica fa sì che il più delle volte « gli eredi al trono siano senza educazione e senza virtù, guastati dalla mollezza e dalla adulazione ». Nel microcosmo politico delle api è invece la natura stessa a designare il sovrano col rendere immediatamente percepibili le sue eminenti qualità: « è dalla natura che esso trae il suo primato su tutti [...] ». Ed è ancora la natura a dettare i limiti e le caratteristiche del potere sovrano: un potere mite, che usa la coazione come *ultima ratio* ed obbedisce alle « leggi di natura », « leggi non scritte », « che vogliono che siano lenti a punire coloro che giungono ai poteri supremi » <sup>(26)</sup>. La superiorità dell'ordine delle api sull'ordine degli uomini nasce dal fatto che il primo è dettato immediatamente dalla natura, senza che nulla intervenga a turbare (a differenza di quanto avviene nel secondo) il perfetto equilibrio delle 'leggi non scritte'.

Anche Ambrogio valorizza il mondo animale in genere, e in particolare il mondo delle api, come *exemplum* dal quale gli esseri umani possono trarre preziosi insegnamenti. Vi sono animali « quae

---

(25) Ambrogio, *Exameron*, in Id., *Opere esegetiche*, I, a cura di G. Banterle, Biblioteca Ambrosiana-Città Nuova Editrice, Milano-Roma 1979, Dies V, Ser. VIII, c. 21, 68, pp. 320-22.

(26) Basilio di Cesarea, *Homélie sur l'Hexaéméron*, a cura di S. Giet, Du Cerf, Paris 1949, 73 E-74 A-B, pp. 447-48.

nostro se usui imitationem dederunt », che si offrono come modello applicabile al nostro stile di vita: sono gli animali ‘sociali’ (come alcune specie di uccelli — le gru, per Ambrogio — e soprattutto le api), che sono soliti prendere insieme le loro decisioni e « conlatis viribus velut quandam curare rempublicam et tanquam sub rege vivere » (27).

La vita sociale di questi animali è spontaneamente organizzata; e l’ordine cui essa dà luogo presuppone, al contempo, la posizione eminente del sovrano, cui tutti debbono obbedienza, e l’incrollabile vocazione comunitaria di tutti i membri. L’obbedienza mirabile di cui questi animali danno prova nasce dal perfetto equilibrio di queste componenti e, a differenza di quanto avviene nel mondo degli uomini, non si regge principalmente sulla paura e sulla coazione: « in illis enim politia quaedam et militia naturalis, in nobis coacta atque servilis ». L’obbedienza negli animali sociali non è espressione di servitù ma è il frutto di una libertà che coincide con la loro naturale destinazione alla collaborazione e alla socialità: non si danno trasgressioni e inosservanze perché il loro scrupoloso rispetto delle regole è una « devotio naturalis », dettata dalla natura, così come la loro « voluntas » è « libera » perché coincidente con la loro spontanea inclinazione (28).

Non è un caso che Ambrogio faccia uso del termine « politia », aristotelicamente così pregnante, per descrivere la forma di vita degli animali sociali. Il tema che egli infatti sottolinea con forza, la traduzione più significativa dello spirito comunitario, è la reciprocità degli oneri e delle funzioni di comando: « quid hoc pulchrius, et laborem omnibus et honorem esse communem nec paucis adrogari potentiam, sed quidam in omnes voluntaria sorte transcribi? » (29). Pur fedele suddito dell’impero, Ambrogio guarda con ammirazione ad un modello lontano nel tempo, ad uno schema ideale di convivenza, la *civitas* libera, la *respublica* degli antichi, e lo presenta come l’ordine politico più vicino alla natura. È la natura che attraverso l’esempio del mondo animale (di alcuni uccelli, delle api) ha indicato agli uomini « a principio » la via da seguire: fondare una « politia »

---

(27) Ambrogio, *Exameron*, cit., Dies V, Ser. VIII, c. 14, 49, p. 300.

(28) Ivi, c. 15, 50, p. 300.

(29) Ivi, c. 15, 51, p. 300.

nella quale le fatiche e le responsabilità siano condivise e le posizioni di comando ripartite e scambievoli (« ut communis esset labor, communis dignitas, per vices singuli partiri curas discerent, obsequia imperiaque dividerent, nemo esset honoris exsors, nullus inmundus laboris »).

Si tratta per Ambrogio di un « pulcherrimus rerum status », proprio perché in esso il carattere temporaneo dell'esercizio del potere e la regola della rotazione degli incarichi di comando (che permette a ciascuno di essere « κατά μέρος ἄρχων καὶ ἀρχόμενος », come aveva scritto Aristotele <sup>(30)</sup>) scoraggiano la prepotenza, evitano le invidie, rendono tollerabili i disagi. È la vocazione 'comunitaria' degli animali sociali ad impedire l'irrigidimento delle posizioni di comando e di obbedienza e a rendere quindi effettiva l'eguaglianza. È, ancora, il loro senso di comunanza a far sì che essi, nel realizzare « velut quandam rempublicam », vi introducano un'ulteriore, fondamentale caratteristica: l'eguale soggezione di tutti ad una norma comune. Nella *respublica* degli animali sociali le leggi regolano la vita di tutti i membri senza eccezione: « usus est leges omnibus esse communes atque observari eas devotione communi, uno omnes teneri vinculo, non alii ius esse quod alius sibi intellegat non licere, sed quod liceat licere omnibus et quod non liceat omnibus non licere » <sup>(31)</sup>.

È questa comunanza (di cui le api offrono l'esempio più puro e completo, dal momento che ogni momento della loro attività è vissuto in comune <sup>(32)</sup>) che Ambrogio propone come modello agli uomini: è un modello che la natura ha conservato integro e perfettamente funzionante nelle forme di vita degli animali sociali (le gru, le api); ed è un modello che l'essere umano è riuscito in qualche modo ad approssimare nella *libera civitas* dei tempi antichi, ma ha smarrito per strada a causa della sua « dominandi libido »: la sete di potere ha infatti indotto gli uomini ad accaparrarsi e a conservare il più possibile le cariche, a trasformare la « militia » da « ius commune » a « servitus » <sup>(33)</sup> ed ha spezzato quella naturale comunanza che

---

<sup>(30)</sup> Aristotele, *Politica*, L. I, 2 (a cura di J. Aubonnet, Les Belles Lettres, Paris 1971, p. 12)

<sup>(31)</sup> Ambrogio, *Exameron*, cit., Dies V, Ser. VIII, c. 21, 66, p. 318.

<sup>(32)</sup> Ivi, c. 21, 67, p. 318.

<sup>(33)</sup> Ivi, c. 15, 52, p. 302.

si traduce, per Ambrogio, nell'osservanza eguale delle leggi, nella circolarità del potere e dell'obbedienza, nella condivisione degli oneri e delle fatiche.

Le api e l'alveare, dunque, come modello di un 'vivere politico' che trova nella natura il suo primo ed immediato fondamento; ma anche le api come concentrato di virtù e spunto per riflessioni ed esortazioni morali: l'ape laboriosa, pura, verginale, votata al bene comune. Entrambi i temi sono presenti in Ambrogio ed entrambi i temi ricorrono nella letteratura successiva che li accoglie dando ad essi un rilievo diverso a seconda del contesto, dell'autore, del genere letterario, ma conservando comunque un legame vivo e forte con alcuni fondamentali testi autorevoli: Virgilio e soprattutto Ambrogio, Virgilio in quanto filtrato e riproposto dalla parafrasi o riscrittura ambrosiana.

Se Isidoro si limita a ricordare i caratteristici *loci communes* della tradizione (la nascita delle api dal sangue di un bue morto, la loro laboriosità, la loro capacità di costruire « castra » e di avere un re e un esercito), salvo suggerire come di consueto una sua spericolata etimologia (« apes dictae [...] pro eo quod sine pedibus nascantur. Nam postea, et pedes, et pennas accipiunt » <sup>(34)</sup>), Rabano Mauro, oltre che seguire Isidoro nelle sue esercitazioni etimologiche, fa soprattutto leva sul tasto delle virtù morali delle api, piuttosto che soffermarsi sull'ordine 'politico' da esse realizzato. Le api divengono allora figure di saggezza e purezza (« apes formam virginitatis sive sapientiae tenent »), contrapposte alla loro biasimevole controparte, i fuchi, che, vivendo delle fatiche altrui, « ignavos et otio torpentes homines significant » <sup>(35)</sup>; mentre Ugo da S. Vittore (in un'opera di dubbia autenticità <sup>(36)</sup>) si collega all'archetipo ambrosiano (e quindi virgiliano e 'antico') rinnovando i *loci communes* che ormai conosciamo — l'eccellenza naturale del sovrano, la forte vocazione

<sup>(34)</sup> Isidoro di Siviglia, *Etymologiarum sive originum* libri XX (a cura di W.M. Lindsay, Clarendon press, Oxford 1911), L. XII, c. 8, 1.

<sup>(35)</sup> Rabano Mauro, *De Universo*, L. VIII, c. 7 (*Patrologia latina*, Brepols, Turnholti s.a., vol. 111, p. 256).

<sup>(36)</sup> « C'est un ouvrage fabriqué par des copistes » (B. Hauréau, *Les oeuvres de Hugues de Saint-Victor. Essai critique* [Paris 1886], Minerva, Frankfurt a.M. 1963, p. 169).

comunitaria delle api e la loro rigorosa disciplina (le poche che eventualmente tralignino si pentono prontamente e si puniscono addirittura da sole: « poenitentiae condemnatione se multant, ita ut immoriantur acculei sui vulnere »), la struttura insieme militare e civica dell'alveare (« quid enim aliud est favus nisi castrorum quaedam species? ») — ma non rinuncia a cogliere il senso morale suggerito dalla vita e dalle consuetudini dell'ape: « infirma robore [...], valida tamen [...] vigore sapientiae » (37).

La tendenza a valorizzare le api come monito ed esempio di una condotta virtuosa e pia è comprensibilmente forte nel peculiare 'genere letterario' dei 'bestiari', ampiamente diffusi nella cultura medievale. In un 'bestiario' della fine del Duecento l'ape ci mostra « que vita noi aremo a ffare' in questo mondo accioché lo nostro fructo sia nobile et piacevole a Ddio »: la stessa accortezza che l'ape dimostra nel suggerire i fiori l'essere umano dovrebbe impiegare nel far uso delle sue facoltà sensoriali, « ché questi.v. sensi non siano porta launde entri alcuna cosa che lo impedischa a ffare lu suo buono fructo » (38).

L'aperta predilezione dei 'bestiari' a trarre dalla vita delle api il 'senso morale', la lezione spirituale applicabile alla vita del singolo fedele, non impedisce però affatto la messa a fuoco della dimensione 'politica' dell'alveare. Nel *L'acerba* di Cecco d'Ascoli torna il caratteristico tema ambrosiano degli 'animali sociali': sono gli animali sociali (le gru, in questo caso) a suggerire all'autore la celebrazione della comunità e della dedizione al bene comune: « Così dovria ciascun cittadino / l'uno co l'altro esser conforme / ché non venisse lor terre al dichino »; interviene invece (come già aveva ricordato Ambrogio) la « dominandi libido » (cui gli uomini, e non gli animali sociali, sono esposti) e l'ordine si corrompe, guastato dal dilagare degli egoismi contrapposti: « Ma tant'è questa invidia che regna, / che sempre si disface al ben comune: / l'uno de server l'altro se sdegna; / [...] Veggio cader diviso questo regno, / veggio ch'è tolto l'ordine e lo bene » (39).

(37) Ugo da S. Vittore, *De Bestiis et aliis rebus*, c. XXXVIII (*Patrologia latina*, Brepols, Turnholti, s.a., vol. 177, pp. 98-99).

(38) Il *Libro della natura degli animali*, in *Bestiari medievali*, a cura di L. Morini, Einaudi, Torino 1996, p. 434.

(39) Cecco d'Ascoli, *L'Acerba* (L. III, cap. 22), ivi, pp. 595-96.

A trarre dalle api suggestioni importanti per l'edificazione morale e religiosa dei fedeli non sono comunque soltanto i 'bestiari'. Valga l'esempio di Thomas de Cantimpré, che in un'opera di carattere enciclopedico, come il *Liber de natura rerum*, descrive il mondo delle api attingendo a piene mani alla tradizione, a Plinio e soprattutto ad Ambrogio <sup>(40)</sup>, e scrive anche un ponderoso *Bonum universale de apibus* (composto fra il 1256 e il 1263), dove la vita delle api è fatta oggetto di una trattazione allegorica, continuamente interrotta dai più diversa *exempla*, e viene impiegata come filo conduttore di un vero e proprio « trattato di religione e di morale pratica » <sup>(41)</sup>.

È dunque caratteristico della letteratura medievale <sup>(42)</sup> il forte intreccio fra i due registri metaforici (le api come figura di virtù morali; le api e l'alveare come metafora dell'ordine politico), pur nella prevalenza volta a volta accordata al primo o al secondo. Nel *Policraticus* di Giovanni da Salisbury, ad esempio, è netta la scelta del registro 'politico': il che significa però, come è ovvio, non già una rinuncia alla dimensione 'etica' (l'immagine che il salisberiese ci offre del 'vivere civile' è permeata da una forte tensione morale), ma il concentrarsi dell'attenzione sulla dimensione collettiva dell'esistenza piuttosto che sulla dinamica dell'azione e dell'intenzione individuale.

In un contesto (il *Policraticus*) nel quale la metafora organicistica trova una delle sue più celebri e significative incarnazioni medievali, l'archetipo dell'alveare, il modello comunitario che la letteratura antica celebrava descrivendo il microcosmo politico delle api, non

<sup>(40)</sup> Thomas Cantimpratensis, *Liber de natura rerum*, De Gruyter, Berlin-New York 1973, L. IX, c. 2, pp. 293-98.

<sup>(41)</sup> H. Platelle, *Thomas de Cantimpré. Les Exemples du 'Livre des abeilles'. Une vision médiévale*, Brepols, Turnhout 1997, p. 5. Cfr. N. Pollini, *Les propriétés des abeilles dans le Bonum universale de apibus de Thomas de Cantimpré (1200-1270)*, in « Micrologus », 8.1, 2000, pp. 261-96.

<sup>(42)</sup> A proposito dell'influenza di Aristotele sui passi 'apistici' di Thomas de Cantimpré, Bartholomaeus Anglicus, Vincent de Beauvais, Alberto Magno, Tommaso d'Aquino e Henry Bate cfr. G. Guldentops, *The Sagacity of Bees. An Aristotelian Topos in Thirteenth-century Philosophy*, in C. Steel, G. Guldentops, P. Beullens (a cura di), *Aristotle's Animals in the Middle Ages and Renaissance*, Leuven University Press, Leuven 1999, pp. 275-96.

può non ricevere un'adeguata attenzione. La metafora organicistica, il tentativo di decifrare l'ordine politico impiegando, come *explanans*, il corpo vivente, annovera infatti, fra i suoi messaggi più rilevanti, la celebrazione del nesso che stringe le parti al tutto; un nesso che è insieme ontologico ed etico; un nesso che si fonda sulla natura dell'essere umano e sulla forma essenziale della sua convivenza e al contempo (e proprio per questo) detta le norme dell'etica individuale e collettiva.

«La salute dell'intero Stato si ha solo quando le membra superiori si dedicano alle inferiori e, reciprocamente, le inferiori si dedicano alle superiori; in modo tale che ciascuno quasi si identifichi con gli altri e consideri il proprio interesse realizzato soprattutto da ciò che sa essere più utile agli altri»<sup>(43)</sup>. La soddisfazione dell'interesse individuale passa attraverso la cura degli interessi altrui, la cui sintesi coincide con il bene della comunità tutta. È questa la massima che conclude il capitolo ventesimo del Libro sesto del *Policraticus* e trova una logica prosecuzione e conferma nel capitolo immediatamente successivo, per l'appunto dedicato all'ordinamento delle api.

Anche per Giovanni da Salisbury le api sono un modello. Lo sono in primo luogo per il tipo di ordine politico che esse realizzano: un ordine fondato sulla perfetta vocazione comunitaria dei membri, un ordine già descritto dagli antichi e celebrato da Virgilio; ed è a Virgilio appunto che Giovanni da Salisbury (riferendosi alla *Institutio Traiani* attribuita a Plutarco<sup>(44)</sup>) rinvia, tanto da ospitare integralmente nel *Policraticus* un lungo brano del IV libro delle *Georgiche*.

Un modello le api lo sono però anche da un secondo punto di vista, anch'esso ben presente nella tradizione. Il microcosmo politico da esse realizzato è perfetto perché integralmente *naturale*: è la natura stessa che suggerisce le forme di una convivenza raccomandabile per tutti gli 'animali sociali'. Per il *Policraticus* l'essere umano

---

<sup>(43)</sup> Giovanni da Salisbury, *Policraticus*, a cura di M.T. Fumagalli Beonio-Brocchieri e L. Bianchi, Jaca Book, Milano 1985, L. VI, c. 20, p. 186.

<sup>(44)</sup> Cfr. H. Kloft, M. Kerner, *Die Institutio Traiani. Ein pseudo-plutarbischer Text im Mittelalter. Text - Kommentar - Zeitgenössischer Hintergrund*, Teubner, Stuttgart 1992, pp. 26-27.

non è una anomalia, un'eccezione, ma è la conferma della naturale vocazione comunitaria di ogni animale sociale. Come per le api, anche per gli esseri umani vale il modello di un ordine che è naturale in quanto comunitario ed è comunitario in quanto naturale. Le riflessioni platoniche e ciceroniane sulla *respublica* (che Giovanni richiama attraverso il Commentario di Macrobio al *Somnium Scipionis* <sup>(45)</sup>) conducono entrambe, al di là delle loro diverse prospettive, a riconoscere come unica norma fondamentale, « valida per gli Stati già esistenti quanto per quelli che devono ancora formarsi », l'imitazione della natura. La natura è la realtà fondante che accomuna le api e gli esseri umani e solo per questo il microcosmo politico dell'alveare vale come modello normativo per gli uomini: « mai si incontrerà una forma di vita civile più giusta e più nobile » delle api e « senza dubbio le città sarebbero felici, se si attenessero a questo modello di comportamento » <sup>(46)</sup>.

L'entusiasmo di Giovanni da Salisbury per l'ordine naturale e perfetto delle api, un entusiasmo che lo induce a celebrare l'alveare come un modello cui la 'città dell'uomo' deve immediatamente ispirarsi, è ancora distante dal raffinato regime di differenze e mediazioni che caratterizza l'antropologia e la teologia politica tomistica. Ciò non toglie però che la nostra metafora mantenga un suo diritto di cittadinanza nel lessico dell'Aquinate. Certo, il fatto che api ed esseri umani condividano una medesima propensione alla socialità non sembra più un motivo sufficiente per sostenere una sorta di corrispondenza biunivoca fra i mondi (insieme naturali e ordinati) dei diversi 'animali sociali'. Una differenza rilevante — osserva Tommaso nel *De Regimine Principum* — nasce proprio dal carattere più accentuatamente sociale dell'essere umano: incapace, assai più di qualsiasi essere vivente, di soddisfare i suoi bisogni senza ricorrere alla collaborazione altrui. È la ragione che permette all'uomo di conoscere ciò che serve alla sua sopravvivenza: ma anche la ragione è essenzialmente sociale, essendo impossibile per un singolo individuo conoscere e padroneggiare la realtà tut-

---

<sup>(45)</sup> Ambrosii Theodori Macrobiani, *Commentarii in somnium Scipionis*, a cura di I. Willis, Teubner, Lipsia 1963, I, i, p. 1.

<sup>(46)</sup> Giovanni da Salisbury, *Policraticus*, cit., L. VI, c. 21, pp. 187-89.

ta <sup>(47)</sup>. Se dunque l'uomo è distinto dall'ape non solo perché è un essere razionale ma anche perché è più fortemente connesso con la comunità di cui fa parte, perché è più socializzato dell'ape, vale comunque per entrambi almeno una regola fondamentale: l'esigenza di trasformare la molteplicità in unità e la tendenza 'naturale' a concentrare e a rendere visibile l'unità in un elemento sovranamente ordinante: « anche le api hanno un solo re e in tutto l'universo un solo Dio è Creatore e reggitore di tutte le cose » <sup>(48)</sup>; e Tolomeo da Lucca (continuatore dell'opera interrotta da Tommaso) continuerà a lodare il governo di uno solo, appellandosi di nuovo agli animali sociali, alle api, « nelle quali si dice vi sia appunto il re » <sup>(49)</sup>; un re, peraltro, nettamente distinto dal tiranno perché capace di governare ispirato proprio da quel senso di comunanza che aveva suscitato gli entusiasmi del salisberiese.

È il bene comune che distingue il re dal tiranno; è il bene comune che si propone come l'elemento centrale dell'ordine proprio perché capace di realizzare la prodigiosa trasformazione in unità degli interessi molteplici e discordi. In perfetta consonanza con la tradizione, un eloquente predicatore come Remigio de' Girolami può dunque intervenire nella turbolenta vita politica della Firenze del primo Trecento perorando la causa dell'armonia, della concordia, dell'amor patrio, appunto del « bonum commune ». Pace e bene comune si connettono strettamente e presuppongono la posposizione degli interessi particolari al bene dell'intero corpo. La metafora organicistica ha la sua parte nell'argomentazione di Remigio ma in essa intervengono anche importanti frammenti della letteratura *de apibus*, cui si ricorre per dimostrare come la natura stessa, perfino la natura inorganica, ma a maggior ragione la natura organica e gli animali sociali hanno orrore della separatezza, dei vuoti, della discordia e mirano all'unità. Sono le api che « propriis neglectis laboribus et periculis naturaliter ad bonum commune intendunt » <sup>(50)</sup> e proprio per questo appaiono (ancora una volta

---

<sup>(47)</sup> Tommaso d'Aquino, *La politica dei principi cristiani (De regimine Principum)*, tr. it. di R. Tamburrini, Cantagalli, Siena 1981, L. I, c. 1, pp. 14-15.

<sup>(48)</sup> Ivi, L. I, c. 2, p. 20.

<sup>(49)</sup> Ivi, L. II, c. 12, p. 55.

<sup>(50)</sup> Remigio de' Girolami, *Tractatus de bono communi*, in M. C. De Matteis,

attraverso la mediazione della pagine ambrosiane) una vivente testimonianza di quel modello comunitario che costituisce l'asse portante della *civitas*.

Assunte, fino dalle lontane pagine aristoteliche della *Historia animalium*, come emblema di socialità e di ordinata convivenza, le api continuano ad offrirsi, entro un percorso plurisecolare che ha in Virgilio e in Ambrogio due tramite fondamentali, come le protagoniste di una metafora efficace. Se l'*explanandum* è l'ordine politico e la sua unità, l'alveare agisce come *explanans* esibendo nel suo stesso 'naturale' formarsi il segreto dell'enigma: è la conformazione stessa degli animali sociali (delle api, degli esseri umani) che si traduce spontaneamente, senza sforzo, in un assetto fondato sulla convergenza delle parti sulla totalità. Questa convergenza però è resa possibile, per un verso, dalla differenziazione delle parti e, per un altro verso, dalla loro disposizione gerarchica: l'ordine non è acefalo ma culmina in un vertice che ottiene obbedienza ed incarna l'unità, pur essendo a sua volta al servizio della totalità<sup>(51)</sup>. Comunanza e regalità, unità e gerarchia sono i due principali messaggi veicolati dalla metafora delle api e dell'alveare, ma sono a loro volta aspetti particolari di un ordine che la metafora — e questo è forse il suo nucleo determinante — intende rappresentare come spontaneo e naturale: espressione di quella naturale conformazione degli animali sociali che li rende ontologicamente ed eticamente destinati al 'vivere politico'.

#### 4. *Dalle api virtuose alle api viziose*

La metafora delle api non conclude la sua traiettoria con i bestiari medievali, ma continua ad essere evocata in contesti culturali sempre più distanti dalle tradizioni che erano state il suo specifico

---

La 'teologia politica comunale' di Remigio de' Girolami, Patron, Bologna 1977, p. 7.

<sup>(51)</sup> Una fondamentale lettura della società medievale in quanto società giuridicamente 'ordinata' è offerta da P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari 1995. Per l'idea medievale di ordine mi permetto di rinviare anche a P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa, 1, Dalla civiltà comunale al Settecento*, Laterza, Roma-Bari 1999, pp. 6 sgg.

terreno di coltura. Non siamo però di fronte alla mera ripetizione di una metafora ormai inerte. Certo, non mancano esempi di una semplice riscrittura del IV Libro delle *Georgiche*, quale quella, gradevole ed elegante, offerta dal poemetto di Giovanni Rucellai, *Le api* <sup>(52)</sup>, del 1524, dove la valenza cognitiva della metafora sembra ormai esaurita. In realtà, la metafora delle api appare viva e vitale anche agli albori della ‘modernità’, ora mantenendo un qualche legame con il passato, ora comparando come parte di un discorso ormai incompatibile con la tradizione.

Un esempio del primo tipo è offerto da un testo dove la metafora delle api, se per un verso viene impiegata (in continuità con la tradizione) per sottolineare la vocazione comunitaria degli esseri umani, per un altro verso viene attratta in un discorso che di questa tesi presenta una versione inusitabilmente estrema e radicale. Autore del testo è Tommaso Campanella, che dopo aver redatto la sua utopica *Città del sole* si accinge a difenderne gli assunti principali nella terza e nella quarta delle sue *Quaestiones*.

La *respublica* auspicata da Campanella corrisponde sostanzialmente, a suo avviso, alla *respublica* « delle grue e delle api celebrate da Ambrogio »: solo un ordine politico dominato dal senso della comunità al punto da escludere l’idea stessa del *proprium* (rifiutando il possesso privatistico dei beni ed esigendo la comunanza delle donne e dei figli) può eliminare alla radice i dissensi, i conflitti, le sedizioni, le prevaricazioni <sup>(53)</sup>. Campanella si appella ai ‘precedenti’ di Platone e di Thomas More ma invoca altresì (e non solo per motivi di prudenza) le *auctoritates* più rilevanti della tradizione patristica e scolastica: Agostino, Cristostomo, Tommaso e, naturalmente, Ambrogio, l’Ambrogio dell’*Exameron*, con la sua aperta esaltazione della comunità delle api e della « repubblica militare »

---

<sup>(52)</sup> G. Rucellai, *Le api*, Bemporad, Firenze 1892. Un analogo esempio è offerto dalla *Repubblica delle api*, di Giovanni Bonifacio. Cfr. R. De Mattei, *L’esaurimento della tendenza utopistica in Italia: la ‘Repubblica delle api’ di Giovanni Bonifacio*, in L. Firpo (a cura di), *Studi sull’utopia*, Olschki, Firenze 1977, pp. 157-62.

<sup>(53)</sup> T. Campanella, *Quaestio Quarta*, art. 1 (in *L’Utopia, ovvero la Repubblica di Tommaso Moro e la Città del Sole di Tommaso Campanella...*, Daelli, Milano 1863, p. 150).

delle gru non meno dell'Ambrogio del *De officiis* <sup>(54)</sup>, impegnato a sostenere la tesi della originaria comunanza dei beni.

La tradizionale metafora delle api è dunque ancora viva nelle *Quaestiones* di Campanella; ma il suo obiettivo è non tanto far comprendere il prodigio dell'unificazione del molteplice attraverso la spontanea convergenza della regalità e della comunanza, della differenziazione e della gerarchia, del comando e della disciplina, quanto identificare l'ordine giusto con l'assoluto primato della comunità, di contro al ruolo inevitabilmente, oggettivamente, 'disordinato' ed iniquo del *proprium*.

La tesi di Campanella non è certo 'tradizionale'; e tuttavia è una tesi che il filosofo calabrese può argomentare non soltanto invocando illustri precedenti e rispettabili *auctoritates*, ma anche accogliendo nella sostanza un messaggio importante della tradizione, quel messaggio che si è presentato come il vero e proprio nucleo della nostra metafora: l'idea del carattere naturale della socialità umana, quindi la possibilità di concepire la *respublica* ideale sulla base di una connessione profonda (sulla base, direi, di un rapporto di corrispondenza ontologica) fra natura e società. L'immagine degli animali sociali — la socialità è il più evidente carattere condiviso dalle api e dagli esseri umani — continua a suscitare l'idea di una *respublica* immediatamente deducibile dalla vocazione comunitaria dei suoi componenti; e si tratta appunto, per Campanella, non di sovvertire una siffatta antropologia politica, ma di trarne tutte le possibili, e radicali, conseguenze.

Perché si cominci a guardare 'dall'esterno' a quella metafora — la metafora delle api e dell'alveare — che doveva in buona parte la sua fortuna proprio alla sua capacità di suggerire l'esistenza di un nesso forte e diretto fra natura e società, deve intervenire un paradigma, quale quello hobbesiano, nettamente incompatibile con la tradizione. Ed è infatti proprio come espressione di quella tradizione aristotelica e tomistica cui l'antropologia hobbesiana intende opporsi che la metafora degli 'animali politici' riceve la dovuta

---

<sup>(54)</sup> « Natura igitur ius commune generavit, usurpatio ius fecit privatum » (Ambrogio, *De officiis*, in Id., *Opere morali, I, I doveri*, a cura di G. Banterle, Biblioteca Ambrosiana-Città Nuova Editrice, Milano-Roma 1977, c. XXVIII, p. 102).

attenzione da parte del filosofo inglese <sup>(55)</sup>, che fa i conti con essa (pur con qualche variante) tanto negli *Elements* quanto nel *De Cive* e nel *Leviathan*.

La metafora degli ‘animali politici’ fa la sua comparsa in uno degli snodi centrali della argomentazione hobbesiana, quando sono in questione le condizioni e la modalità del passaggio dallo stato di natura allo stato civile; quando è in questione insomma la fondazione dell’assetto politico, il passaggio dalla pluralità dei soggetti all’unità dell’ordine. È appunto questo misterioso passaggio che la famosa metafora assumeva come suo specifico *explanandum*: gli uomini stanno all’ordine politico ‘come’ le api stanno all’alveare; l’ordine è la forma immediata di una coesistenza dove le parti naturalmente convergono verso il tutto e in questo stesso convergere lo costituiscono, lo edificano come ‘casa comune’, come *respublica*. L’ordine fluisce dalla (si identifica con la) naturale complementarità delle parti e del tutto.

È in effetti vero — concede Hobbes — che « alcune creature viventi, come le api e le formiche, vivono in società — e perciò da Aristotele sono annoverate tra le creature politiche — » <sup>(56)</sup>; può però la medesima regola valere per l’essere umano? Se « una piccola creatura, l’ape », pur mancando di ragione, è in grado di realizzare una pacifica convivenza, « possono gli uomini, che prevedono il beneficio della concordia, conservare continuamente la medesima senza costrizione, altrettanto bene delle api? » <sup>(57)</sup>

La risposta negativa di Hobbes affonda le radici in tutta la sua antropologia e si sostanzia nell’individuazione delle differenze che a suo avviso separano il mondo degli ‘animali sociali’ dal mondo umano. Non è in questione una ‘metafisica’ diversità fra il ‘bruto’ e l’essere umano come tale (ché anzi da questo punto di vista il coerente meccanicismo hobbesiano tende semmai a stabilire rapporti di continuità fra esseri per i quali il ‘principio del moto’ si

<sup>(55)</sup> Cfr. l’acuta analisi di M. Reale, *La difficile eguaglianza*, Editori Riuniti, Roma 1991, pp. 135 sgg.

<sup>(56)</sup> Th. Hobbes, *Leviatano*, a cura di A. Pacchi, Laterza, Roma-Bari 1974, II, 17, p. 149.

<sup>(57)</sup> Th. Hobbes, *Elementi di legge naturale e politica*, a cura di A. Pacchi, La Nuova Italia, Firenze 1968, I, 19, 5, p. 158.

traduce in una serie di stimoli e bisogni vitali sostanzialmente analoghi); è in questione la valutazione di quella presunta qualità — la socialità spontanea e naturale — che una determinata categoria di animali (gli animali sociali) sembra condividere (secondo la tradizione aristotelica) con gli esseri umani.

Avvicinare la socialità delle api alla socialità umana, guardare alla ‘città dell’uomo’ attraverso il filtro metaforico dell’alveare, è per Hobbes fuorviante perché la socialità umana è profondamente diversa dalla socialità degli ‘animali politici’: diversa, non già inesistente o più debole, ma semmai addirittura più forte e significativa. L’uomo hobbesiano non è un soggetto a-sociale: non è il bestione primitivo e solitario. È un individuo la cui esistenza è interamente definita dal rapporto intersoggettivo: che non è però ‘spontaneamente’ collaborativo, pacifico, fusionale, ma è al contrario essenzialmente (‘pulsionalmente’) votato alla competizione e al conflitto. È appunto la diversa dinamica dei rapporti interindividuali a far emergere una fondamentale differenza fra mondo umano e mondo animale: per l’animale il bisogno è quello che è, è univocamente definito dalla sua fisicità, e la sua soddisfazione è quindi ‘assoluta’; per l’essere umano è determinante la componente dell’onore e della dignità e la soddisfazione del bisogno può quindi essere soltanto ‘relativa’, commisurata alla soddisfazione altrui, inseparabile dalla competizione.

L’essere umano non è meno ‘socializzato’ degli animali sociali: lo è di più; al punto che la stessa soddisfazione del bisogno è inseparabile dalla dimensione intersoggettiva. In ogni sua azione il soggetto deve fare i conti con gli altri, deve comparare le proprie forze con le forze altrui, deve commisurare il proprio potere all’altrui potere; la soddisfazione del bisogno postula l’intersoggettività, la competizione, la ricerca inesauribile di un potere sempre più grande <sup>(58)</sup>, proprio perché non esiste, per l’uomo, la possibilità di occupare una posizione di durevole ed incontrovertibile eccellenza (non esiste, nella condizione umana, un individuo analogo all’ape-re, indiscutibilmente eminente e sovrano, come volevano Basilio e Ambrogio): per l’essere umano vale la nuova e sovversiva regola

---

(58) Hobbes, *Leviatano*, cit., I, 11, p. 84.

dell'eguaglianza naturale, che si sostanzia però, secondo Hobbes, nell'eguale capacità distruttiva di ognuno nei confronti di ogni altro. La condizione umana non è dunque asociale: è iper-socializzata ma è anche costitutivamente fluida e competitiva; non si compone spontaneamente in un ordine, in una *civitas*, in un alveare dove ciascuno occupa una posizione determinata, svolge i suoi *munera* e con questo determina l'esistenza e la felicità del tutto; la vita non è un alveare ma è una corsa: una corsa che per ciascuno non ha « altra meta né altro premio che l'essere davanti » (59).

Alla pacifica 'socialità' degli animali politici si contrappone dunque la guerra come carattere specifico della dinamica umana (60); alla possibilità, tipica degli animali, di far coincidere il bene privato con il bene comune si contrappone l'impossibilità caratteristicamente umana di appagarsi del bene 'come tale', data la ricerca inesauribile di un bene 'relativamente', 'comparativamente' maggiore.

Certo, l'essere umano è un animale razionale. La ragione però non rafforza l'ipotesi della spontanea socialità e politicità dell'essere umano, ma la compromette ulteriormente. La ragione infatti non è uno strumento capace di prevalere sulla spinta competitiva e conflittuale, di frenarla permettendo all'uomo di individuare e di perseguire il bene 'come tale', ma è al contrario una macchina di guerra; non si pone 'al di fuori' del gioco, della corsa, della competizione, ma ne è una componente; lungi dall'arginare il conflitto, ne moltiplica le occasioni e gli effetti. Si tenga poi presente che la ragione si traduce in discorso, in parole; e, di nuovo, le parole non servono a mostrare le misure oggettive del bene e del male, ma sono anch'esse semplici pedine dell'inarrestabile conflitto (61).

È a partire da questa radicale negazione del carattere spontaneo e naturale dell'ordine che Hobbes muove alla conquista di uno spazio politico, la cui condizione di possibilità appare in qualche modo problematica proprio a causa della radicale cancellazione dei

(59) Hobbes, *Elementi di legge naturale*, cit., I, 9, 21, p. 75.

(60) Hobbes, *Leviatano*, cit., II, 17, p. 150.

(61) Cfr. Hobbes, *Elementi di legge naturale*, cit., I, 19, 5, pp. 158-59; Id., *Elementi filosofici sul cittadino*, in Id., *Opere politiche*, a cura di N. Bobbio, Utet, Torino 1959, V, 5, pp. 147-48; Id., *Leviatano*, cit., II, 17, pp. 149-51.

suoi tradizionali presupposti — e sarà la paura la pulsione che Hobbes indicherà come determinante nel processo che conduce all'invenzione e alla conservazione dell'ordine politico.

Quali che siano comunque i passaggi che, secondo Hobbes, gli esseri umani devono compiere per sottrarsi alle conseguenze distruttive innescate dalla dinamica intersoggettiva, l'ordine cui essi pervengono, lungi dall'essere decifrabile alla luce della metafora dell'alveare, presuppone al contrario una netta interruzione del suo impiego. La metafora è inadoperabile in primo luogo perché è fuorviante avvicinare gli 'animali politici' agli esseri umani sulla falsariga della loro socialità, dal momento che il loro modo di essere 'sociali' non è solo diverso (per modalità o intensità), ma è qualitativamente opposto; in secondo luogo (e di conseguenza) perché non l'alveare, ma solo l'ordine politico costruito dagli esseri umani è propriamente una *respublica*: la coesistenza infatti, nel caso delle api, coincide con la semplice somma di volontà convergenti, mentre solo nella società umana avviene il passaggio dalla molteplicità all'unità; l'ordinamento dei cosiddetti 'animali politici' è insomma « derivato soltanto da un accordo, ossia è fondato su molte volontà tendenti a un unico oggetto; e non (come è necessario ad uno Stato) sopra una volontà sola » (62).

L'alveare, l'archetipo secolare di una perfetta *respublica*, non è un ordine politico proprio perché è un portato naturale e non un costruito artificiale; ed essendo naturale è ad esso preclusa l'unica unità immaginabile: quella unità artificiale che nasce dall'invenzione di una persona rappresentativa. Creare artificialmente un ordine politico non ha niente a che fare con la spontanea convergenza delle api: « è più che consenso e accordo »; « è una reale unificazione [...] in una sola e medesima persona », è l'unione della « moltitudine » in una « persona », in un « Stato, in latino *civitas* », in quel « Leviatano », in « quel dio mortale al quale noi dobbiamo, al disotto del Dio immortale, la nostra pace e la nostra difesa [...] » (63).

L'antica metafora delle api esprime fino in fondo le sue potenzialità nel momento del suo radicale rifiuto: nel momento in cui

---

(62) Hobbes, *Elementi filosofici sul cittadino*, cit., V, 5, p. 147.

(63) Id., *Leviatano*, cit., II, 17, p. 151.

Hobbes rigetta il modello aristotelico-tomistica e delinea una nuova ed originale immagine di ordine, la metafora delle api si conferma, *a contrario*, come un efficace emblema di una visione plurisecolare. È il pessimismo antropologico di Hobbes, è la sua idea di ordine 'artificiale' (inventato, costruito) che permettono di scorgere in filigrana le suggestioni sprigionate dalla metafora dell'alveare nel corso delle sue lunghe peregrinazioni testuali: la corrispondenza spontanea e necessaria fra il singolo e la comunità; la differenziazione gerarchica delle parti; la regalità e la naturale eccellenza del sovrano; la disciplina e la spontanea disposizione all'obbedienza; il primato della pace, della concordia, del bene comune.

Hobbes prende sul serio la metafora delle api e ne confuta puntigliosamente non solo i contenuti specifici ma anche e soprattutto il messaggio centrale: la corrispondenza necessaria fra la natura e la società, fra l'alveare e la *respublica*. Proprio per questo la sua lettura di Aristotele è, insieme, tendenziosa e pertinente. È tendenziosa perché Aristotele, già nelle proposizioni iniziali della *Politica*, aveva segnato alcune precise differenze fra gli 'animali politici' e gli esseri umani (così come avrebbe fatto, movendosi sulla sua scia, Tommaso d'Aquino) e aveva quindi preso le distanze da un troppo facile cortocircuito fra 'microcosmo' e 'macrocosmo', fra natura e società. Quando però si guardi alla tradizione nel suo complesso, e alla parte recitata in essa dalla metafora dell'alveare, la lettura di Hobbes appare pertinente proprio perché capace di cogliere, al di là delle differenze e delle distinzioni, la sua direzione di senso: l'immagine di un individuo costitutivamente legato alla comunità e la rappresentazione della comunità come forma naturale e spontanea della convivenza. Rifiutare la metafora, contestarne l'attendibilità esplicativa significa quindi, per Hobbes, tematizzare alcuni capisaldi della sua antropologia politica: l'autonomia del soggetto, la sua costitutiva e distruttiva intersoggettività, la sua capacità inventiva e artificialmente 'ordinante'.

La hobbesiana contestazione della metafora delle api costituisce dunque, nella lunga peregrinazione testuale della metafora stessa, un momento di svolta e di 'crisi': una crisi che non coincide però con il mero esaurimento della metafora o con la sua relegazione fra i vecchi utensili di una tradizione ormai lontana, ma al contrario finisce per stimolare un impiego ulteriore della metafora stessa. Se la forma

della convivenza è, nelle api, naturale e come tale opposta all'ordine politico umano; se la città dell'uomo è voluta, è costruita, è interamente artificiale e proprio per questo non riconducibile all'archetipo dell'alveare; la metafora delle api allora può essere efficacemente usata per alludere ad un tipo di ordine che si dirà 'naturale' in quanto 'non artificiale', non costruito, non inventato, ma già dato, originario, spontaneo.

È in questa prospettiva che Bernard Mandeville assume l'alveare come cornice della sua scandalosa e fortunatissima 'favola': una favola che, ampiamente commentata e sviluppata dall'autore nelle successive edizioni dell'opera, intende mettere in luce le condizioni di possibilità e le caratteristiche dell'ordine sociale. Non è lo shaftesburiano *public spirit* a rendere possibile la convivenza, non sono le virtù individuali e collettive a rendere prospera la collettività, ma nemmeno il marchingegno giusnaturalistico, lo sdoppiamento logico o addirittura cronologico fra stato di natura e società civile, offre una spiegazione plausibile: l'impostazione costruttivistica (e assolutistica) di Hobbes è ormai lontana e la risposta alla consueta 'grande domanda' — come avvenga l'unificazione del molteplice, come si costituisca l'unità dell'ordine — deve essere cercata nella dinamica stessa dei rapporti intersoggettivi. Mandeville è un 'realista': gli interessa l'uomo non come dovrebbe essere, ma come è, gli interessa una grammatica elementare delle passioni per decifrare alla sua luce la dinamica delle azioni ed interazioni umane. Per Mandeville è appunto il complicato gioco delle passioni umane a rendere possibile l'ordine. Né la ragione né la semplice coazione bastano a realizzare il disciplinamento dei soggetti: sono le passioni stesse che conducono a questo risultato; sono il desiderio della lode, il senso di vergogna, l'ambizione, l'esigenza di essere apprezzati ed accettati le passioni che inducono l'individuo a controllare i suoi impulsi e a soddisfare i suoi bisogni fondamentali rispettando le norme socialmente condivise. Sono le stesse passioni umane che la società utilizza per disciplinare i soggetti e rendere quindi possibile l'ordine. Le intenzioni (virtuose o viziose) dei singoli individui sono irrilevanti per la tenuta e l'unità dell'insieme: « con la parola società », conclude Mandeville, dobbiamo intendere « un corpo politico nel quale l'uomo [...] è divenuto una creatura disciplinata,

capace di realizzare i propri fini lavorando per quelli altrui [...] » (64).

La tesi ‘immoralista’ della *Favola* — secondo la quale l’alveare prospera quando le api si abbandonano alle loro viziose propensioni al lusso, all’avidità, alla frode e decade quando esse divengono, per una punitiva decisione di Giove, improvvisamente virtuose — è l’espressione provocatoria della convinzione che Mandeville continuerà ad illustrare in tutta la sua opera: la convinzione che l’ordine non è il risultato di una somma di buone intenzioni e di comportamenti virtuosamente indirizzati al pubblico bene, ma è l’effetto oggettivo di comportamenti non intenzionali; l’individuo collabora all’ordine complessivo non in quanto persegue il ‘bene comune’, ma in quanto soddisfa le proprie (‘viziose’) passioni nel rispetto (anch’esso egoisticamente e passionalmente fondato) delle regole socialmente condivise.

Le api e l’alveare mandevilliani possono allora apparire qualcosa di più di una cornice o di un pretesto narrativo ed essere collegati a una metafora capace di veicolare messaggi ancora significativi. La società ‘è’ un alveare: lo è in quanto ‘sistema’ di azioni e interazioni; lo è soprattutto in quanto assetto involontario e spontaneo, ordine che sussiste non in virtù delle intenzioni dei suoi componenti, non per merito dell’autorità e della preveggenza del sovrano, ma come risultato oggettivo della dinamica degli interessi individuali (65). Ciò che per Hobbes valeva come confutazione decisiva della ‘politicità’ dell’alveare — il fatto che esso non fosse ‘costruito’, inventato, e quindi non potesse ergersi ad unità ‘rappresentativa’ di tutti i componenti — appare a Mandeville il tratto più attraente della metafora; e l’alveare allora può offrirsi come metafora di un ordine che almeno in un senso (e solo in un senso) si presenta ancora come ‘naturale’: in quanto appunto non inventato, non artificiale, non intenzionale. L’antica metafora sopravvive alla distruttiva critica hobbesiana e anzi si prende una vendetta postuma contro il suo

---

(64) B. Mandeville, *Indagine sulla natura della società*, in Id., *La favola delle api, ovvero, vizi privati, pubblici benefici*, a cura di T. Magri, Laterza, Roma-Bari 1987, p. 248.

(65) Cfr. Fr. A. von Hayek, *Il dottor Bernard Mandeville*, in Id., *Nuovi studi di filosofia, politica, economia e storia delle idee*, Armando, Roma 1988, pp. 271-89.

giusnaturalistico detrattore, solo però in quanto essa viene a veicolare contenuti radicalmente difforni dalla tradizione 'antica': l'alveare mandevilliano, se per un verso suscita (contro Hobbes) l'immagine di un ordine 'naturale' ('non artificiale'), per un altro verso presuppone l'avvento del nuovo soggetto-di-bisogni e, lungi dall'evocare la *respublica* comunitaria, gerarchica, virtuosa, si presta a celebrare 'realisticamente' i viziosi egoismi e la 'mano invisibile' che li converte in 'sistema'.

### 5. *Le api industrie e sacrificali*

L'alveare mandevilliano si lascia alle spalle tanto la virtuosa comunità aristotelico-tomistica quanto quel 'dio mortale' che per Hobbes costituiva l'unica possibile condizione dell'ordine. La fama arrisa alla favola del medico olandese non è tuttavia sufficiente ad imporre l'inedita associazione da essa suggerita — l'associazione fra 'ape' e comportamento 'vizioso', rivolto al proprio egoistico tornaconto piuttosto che al bene pubblico — facendo dimenticare la tradizionale immagine dell'ape virtuosa. È piuttosto l'alveare come metafora di una comunità compatta e ordinata — una metafora antica, presa sul serio e insieme 'falsificata' da Hobbes — a condizionare ancora l'immaginario otto-novecentesco.

Ciò non significa però che l'alveare come metafora di un ordine 'virtuoso' è una sorta di relitto approdato, dopo il naufragio della società medievale, alle spiagge della modernità rimanendo sempre eguale a se stesso. Se così fosse, dovremmo semplicemente registrare la fine delle valenze inventive e cognitive della metafora stessa e la sua compiuta trasformazione in una clausola di stile. In effetti, non si può escludere un impiego ormai depauperato e irrigidito dell'antica immagine. Non mancano però testimonianze che possono valere come indizi di una sua perdurante vitalità.

Non sembra ad esempio uno stilema irrilevante o casuale un accenno tocquevilliano alla « società di api o di castori », contenuto in un suo celebre discorso all'assemblea costituente del '48. È comprensibile che l'autore della *Democrazia in America* preferisca menzionare, fra gli 'animali politici', i castori, piuttosto che le gru di ambrosiana memoria; restano comunque in prima fila le api. E api e castori vengono evocati nel vivo di un'argomentazione volta a

contrapporre i principi della rivoluzione francese al socialismo. La materia del contendere è la costituzionalizzazione di un nuovo diritto, il 'diritto al lavoro': una scelta inaccettabile per Tocqueville, un attacco alla proprietà e all'autonomia del soggetto a favore di uno statalismo accentratore e prevaricatore. La scelta 'socialista' (o più genericamente 'statalista' o 'interventista') ha per Tocqueville una valenza regressiva: è un ritorno all'antico regime, un regime che, al di là delle apparenze, ha molto da spartire con la società vagheggiata dal socialismo; «l'antico regime infatti professava l'opinione secondo la quale l'unica saggezza è nello Stato, i sudditi sono degli esseri infermi e deboli che bisogna sempre tenere per mano, per tema che non cadano o non si facciano male» (66). Il futuro socialista si congiunge con il passato pre-rivoluzionario nel professare il culto di una «società regolamentata, compassata, in cui lo Stato si incarica di tutto, in cui l'individuo non è nulla [...], in cui il fine assegnato all'uomo è unicamente il benessere...»; una società «dove manca l'aria»; una società «di api e castori», una società «più da animali sapienti che da uomini liberi e civili [...]» (67).

La società delle api è un modello antico che minaccia di tornare inopinatamente attuale: è la repubblica di Mably o di Rousseau, è la repubblica che Constant aveva denunciato come un arcaico assetto, improponibile nella moderna stagione dei commerci e delle libertà private, come uno schema storicamente regressivo, responsabile della involuzione 'terroristica' della rivoluzione. La tocquevilliana comunità delle api e dei castori è la comunità antica — la comunità ispirata al principio dell'inerenza del singolo alla totalità — ma al contempo è qualcosa di profondamente diverso: è la metafora di un ordine minacciosamente attuale (o prossimo venturo), dove il conclamato primato del bene comune e della virtù civica cede il posto alla miope costrizione e all'annientamento dell'autonomia individuale.

Come Hobbes intendeva la metafora dell'alveare alla luce del paradigma giusnaturalistico (e 'artificialistico') che stava mettendo a punto (e per questa via contribuiva a rendere di nuovo vitale e

---

(66) A. de Tocqueville, *Discorso sul diritto al lavoro* [12 settembre 1848], in Id., *Scritti politici*, a cura di N. Matteucci, vol. I, Utet, Torino 1969, p. 286.

(67) Ivi, p. 287.

attuale la metafora stessa), così Tocqueville parlava di api e castori per contrapporre l'immagine di un ordine coattivamente comunitario (un'immagine, paradossalmente, al contempo antica e futuribile) a quell'idea di 'società degli individui' che egli intendeva difendere contro le minacce (aperte o insidiose) della 'maggioranza tirannica' o del 'potere tutorio'.

In questa prospettiva, dunque, le api e l'alveare vengono a funzionare come metafora di un ordine intimamente avverso al protagonismo degli individui; ed è proprio un siffatto impiego della metafora a rinnovarne il fascino e la diffusione nella cultura europea del tardo Ottocento e del primo Novecento: dove numerosi ed eterogenei orientamenti si ritrovano uniti nella condanna di un collaudato stereotipo — l'individualismo — e nella celebrazione del primato di una qualche 'entità collettiva'.

Si legga un saggio, del 1901, dedicato interamente alle api e agli alveari: *La vita delle api*, di Maurice Maeterlinck. Lo scrittore fiammingo sta ormai prendendo le distanze dal suo periodo 'simbolista', dominato da un acuto e pessimistico senso del mistero, e si sta aprendo ad una visione che, senza ripudiare l'idea di un destino indecifrabile e inattuabile, si traduce in un atteggiamento 'positivo' nei confronti dell'esistenza <sup>(68)</sup>.

*La vita delle api* non è un *divertissement* o un puro esercizio di scrittura: è una descrizione informata ed acuta della vita dell'alveare ed è al contempo una grande metafora dell'esistenza e della collettività umana. Maeterlinck non spiega le api a partire dall'uomo, ma al contrario illustra lo stile di vita dell'essere umano a partire dalle regole dell'alveare; non è antropomorfo, è « zoomorfo »: « è l'insetto che spiega l'uomo e non viceversa »; « [...] l'arnia si dilata, sul suo orizzonte interno, a misura di una popolosa, labirintica metropoli, progettata secondo uno schema di ripetizione modulare » <sup>(69)</sup>.

Studiare l'intelligenza delle api è per Maeterlinck studiare la nostra intelligenza, « questa materia straordinaria che, ovunque s'attacchi, ha la proprietà magnifica di trasfigurare le necessità

<sup>(68)</sup> Cfr. M. Postic, *Maeterlinck et le symbolisme*, Nizet, Paris 1970; G. Compère, *Maurice Maeterlinck*, La Manufacture, Paris 1990.

<sup>(69)</sup> G. Celli, *Prefazione* a M. Maeterlinck, *La vita delle api*, Rizzoli, Milano 1989, p. 9.

cieche, d'organizzare, abbellire e moltiplicare la vita, di tenere in sospeso, nel modo più sorprendente, la forza ostinata della morte [...]». Il mondo delle api e il mondo degli esseri umani sono dunque non già realtà separate e incomunicanti, ma forme di vita che, pur diverse, appaiono al contempo contigue e comparabili: si dà fra esseri diversi « sovrapposizione di destini ». Studiare il microcosmo delle api ci permette di cogliere in piccolo « le grandi e semplici linee » che rischiano di sfuggirci se studiate « nella nostra sfera smisurata ». Nel mondo delle api come nel nostro ricorrono le medesime, decisive grandezze: « c'è lo spirito e la materia, la specie e l'individuo, l'evoluzione e la permanenza, il passato e l'avvenire, la vita e la morte [...] » (70).

Certo, al fondo di ogni forma di vita operano potenze misteriose e per noi incomprensibili: non è possibile cogliere le scaturigini della realtà, né per il microcosmo delle api né per il macrocosmo umano. Ogni fenomeno del mondo « s'immerge nelle tenebre » ed è « da una potenza sconosciuta che viene l'ordine supremo; e le api si sobbarcano come noi al padrone anonimo della ruota che gira su se stessa, schiacciando le volontà che la fanno muovere » (71).

Quando però ci si curvi con umile attenzione sul piccolo mondo delle api, è possibile scorgere in esso una « direzione costante e generale » che vale per le api come per gli uomini: domina in entrambi i mondi la tendenza « ad aumentare il benessere, le probabilità favorevoli e l'importanza della specie ». Ecco rivelarsi, se non il mistero del tutto, almeno una componente fondamentale dell'esistenza: il ruolo determinante della specie, il suo porsi come fine assoluto di contro al valore secondario e strumentale del singolo. È una necessità naturale, per le api come per gli esseri umani, che l'individuo si sacrifichi a vantaggio della totalità: « si direbbe che la natura stimi, come Pericle in Tucidide, esser più felici gl'individui, anche quando vi soffrano, in seno a una città prospera nel suo complesso, che non l'individuo prospero in uno Stato misero » (72). Non si danno armonia dell'insieme e prosperità col-

---

(70) M. Maeterlinck, *La vita delle api*, a cura di S. Sottile Tomaselli, Bemporad, Firenze s.d.

(71) Ivi, p. 108.

(72) Ivi, p. 183.

lettiva se non in quanto il singolo rinuncia alle sue pretese di autonomia e di indipendenza e si sottomette alle regole infrangibili della specie; la specie non progredisce « se non a detrimento della libertà, dei diritti e della felicità individuali. A misura che la società s'organizza e s'eleva, la vita particolare di ciascuno dei suoi membri vede restringere il suo circolo ». L'autonomia della parte è un lusso che la totalità non può permettersi: « ov'è progresso, questo risulta dal sacrificio sempre più completo dell'interesse personale al generale. Bisogna dapprincipio che ciascuno rinunzi a vizi che sono atti d'indipendenza » (73).

La vita dunque (nell'alveare, nella società umana) è una dura milizia: deve essere concepita non « come una serie di ore più o meno piacevoli, di cui siano tristi e aspri solo i minuti indispensabili al suo mantenimento; ma come un grande dovere comune e severamente diviso verso un avvenire che si allontana senza posa fin dal principio del mondo » (74). I doveri sommergono i diritti, le esigenze della specie travolgono le ragioni dell'individuo, il bene collettivo ingloba l'utile individuale, la generazione presente si immola sull'altare della generazione futura: non sappiamo in realtà quale sia il senso ultimo del nostro sacrificio, ma sappiamo che quel sacrificio è in qualche modo la nostra radice e il nostro destino. La vita delle api è una precisa ancorché semplificata illustrazione della vita umana ricondotta alla sua reale direzione di senso; e la legge dell'alveare è che « nell'arnia l'individuo è nulla: ha un'esistenza condizionale; è un attimo indifferente, un organo alato della specie. Tutta la sua vita è un sacrificio totale all'essere innumerevole e perpetuo di cui fa parte » (75).

La comunità delle api e dei castori, esecrata e temuta da Tocqueville, trova, nelle inquietudini e nelle premonizioni di fine secolo, un riscontro che rovescia il pre-giudizio 'individualistico' tocquevilliano nel suo contrario: se la 'società degli individui' rigetta nelle tenebre dei secoli bui gli 'animali politici' e la virtuosa *repubblica* delle api, la « allegoria entomologica » (76) maeterlinckiana

---

(73) Ivi, pp. 8-9.

(74) Ivi, pp. 51-52.

(75) Ivi, p. 7.

(76) Celli, *Prefazione*, cit., p. 8.

cancella le ragioni dell'individuo, ma, lungi dal congiungersi con la tradizione medievale, se ne distacca nettamente annullando nel destino biologico della specie quella dialettica fra ordine e disordine, fra bene e male, fra coazione e clemenza, fra regalità e tirannia nella quale si sostanziava la visione medievale della libertà e della complessità del mondo umano.

La parabola della nostra metafora non sembra peraltro ancora conclusa: il fatto che essa appaia utilizzabile (come ricordavo) per intendere la dinamica del nuovo mondo 'globalizzato' offre un'estrema conferma della sua singolare longevità. Resta semmai da chiedersi, conclusivamente, quale sia il segreto che la rende apparentemente 'interminabile'. Provo a formulare (sommessamente) un'ipotesi. Forse il segreto delle sue continue metamorfosi coincide con la sua capacità non già di suggerire una risposta, ma di sottrarsi ad essa: creando l'illusione di riflettere, con evidenza ed immediatezza, nel suo specchio ('*come le api nell'alveare...*') quel misterioso *agencement* delle parti e del tutto che continua a proporsi sempre di nuovo come una delle nostre irriducibili 'grandi domande'.



## INDICE DEI NOMI

- Adorni Braccesi, S., 64  
Agostino, 67, 395  
Alberto da Gandino, 58, 70  
Alberto Magno, 390  
Alciato, A., 56, 89, 90, 125, 136  
Alessandro III, 49  
Alessandro il Grande, 73  
Alessandro VI, 77, 78  
Alfieri, V., 156-158  
Alfieri, V.E., 89  
Alfonsi, L., 384  
Allegretti, U., 370  
Amato, G., 325, 354  
Ambrogio, 384-390, 394-396, 398  
Amorth, A., 332, 333  
Amorth, G., 346  
Anderson, B., 142  
Andrea d'Isernia, 118  
Andrea di Bonaiuto, 73  
Andrea di Cione, detto l'Orcagna, 70  
Andrea Pisano, 69, 70, 93, 95  
Angelo degli Ubaldi, 126  
Apelle, 88  
Arcangeli, A., 294  
Arend, A.C., 372  
Arfelli, D., 378  
Aristotele, 48, 67, 68, 78, 120, 377, 381, 387, 390, 401  
Ascarelli, T., 222, 314, 319, 320, 322, 324, 332, 349, 350-353  
Ascheri, M., 64, 116  
Asquini, A., 296  
Astrea, 84  
Astuti, G., 294, 310  
Aubonnet, J., 387  
Aulo Gellio, 48, 51, 56, 89  
Averulino, A., detto il Filarete, 77  
Ayrault, P., 75  
Azone, 15-18, 20-22, 24-29, 32  
Baker, K.M., 144, 146, 147  
Balbo, C., 176, 178  
Baldassarre, A., 370, 371  
Baldini, M., 378  
Baldo degli Ubaldi, 18, 56, 103-105, 118, 120, 122  
Banterle, G., 385, 396  
Banti, A.M., 139, 141  
Barassi, L., 256, 257  
Barbazza, A., 126  
Barberis, M., 322  
Baretti, G., 153  
Bartholomaeus Anglicus, 390  
Bartolo da Sassoferrato, 34-36, 38, 63, 67  
Basilio di Cesarea, 384, 385, 398,  
Bassanelli, E., 295, 303, 306, 311-313  
Bate, H., 390  
Bauer, H., 337  
Baumgärtner, I., 116  
Beccafumi, D., 60, 65  
Bellanger, Ch., 80  
Bellegarde, H.J.J. von, 174  
Benci, A., detto il Pollaiuolo, 73  
Bendiscioli, M., 264  
Benedetto da Maiano, 77  
Benveniste, E., 65, 68  
Benza, E., 175  
Berchet, G., 176  
Berengo, M., 174  
Bergmann von Olpe, J., 43  
Bernardino di Bette, detto il Pinturicchio, 78

- Bertelli, S., 77, 94, 95  
 Betti, E., 262  
 Beullens, P., 390  
 Beveridge, W.H., 333  
 Bianchi, H., 92  
 Bianchi, L., 391  
 Blanco, L., 122  
 Bloch, M., 360  
 Blondel, M., 288  
 Blumenberg, H., 375  
 Bo, C., 265  
 Bobbio, N., 349, 399  
 Boespflug, F., 52  
 Bognetti, G., 330  
 Bognetti, G.P., 101  
 Böhm, F., 344, 354  
 Bolla, G., 287, 293, 300-305  
 Bollati, G., 153  
 Bolzoni, L., 51, 53  
 Bonacchi, G., 323  
 Bonaguida da Arezzo, 56  
 Bonazza, M., 110  
 Bonifacio, G., 395  
 Botta, C., 163, 164  
 Bottai, G., 246  
 Branca, G., 332  
 Brant, S., 43, 70, 82  
 Brunetti, F., 144, 145  
 Brunialti, A., 187  
 Buchanan, J.M., 366  
 Budé, G., 56  
 Bulgaro, 56  
 Buscaroli, P., 60  
 Bussemaker, C., 377  
 Butler, C., 377  
 Byers, M., 371  
 Cabiddu, M.A., 215  
 Caiani, L., 273  
 Calabrò, G., 198  
 Calamandrei, P., 268  
 Calasso, F., 103  
 Calliess, G.-P., 368  
 Cambise, 88  
 Cammarosano, P., 100  
 Campanella, T., 395, 396  
 Canning, J., 103  
 Capograssi, G., 221, 223, 240, 255, 265,  
 280, 287-297, 299, 302, 303, 305,  
 307-311, 313-315  
 Cappellini, P., XIII, 236  
 Capponi, F., 380  
 Capra, C., 150, 155, 159, 174  
 Capuzzo, E., 112  
 Caracciolo, A., 208, 213  
 Caravale, M., 120, 126  
 Carcano, G., 150  
 Carena, C., 379  
 Carlen, L., 44  
 Carlo V, 43, 74, 83, 85, 86  
 Carnacini, T., 262  
 Carnelutti, F., XIII, 261-263, 266, 268-  
 270, 272-276, 278-281, 283, 297-299,  
 305, 334  
 Caroni, P., 82  
 Carpzov, B., 56  
 Carré de Malberg, R., 210-212  
 Carrino, A., 198  
 Cassese, S., 338, 339, 354, 363  
 Castelli, E., 108, 178  
 Caterina, R., 4  
 Cattaneo, C., 151  
 Cavina, M., 56  
 Cavour, C. B. di, 179  
 Cazzani, P., 156  
 Cazzetta, G., XIII, 251, 256  
 Cecco d'Ascoli, 389  
 Celli, G., 406, 408  
 Censer, J.R., 144  
 Centi, T.S., 66  
 Cesarini Sforza, W., 225-230, 232, 234,  
 235, 237-239, 248-255, 257, 258,  
 296  
 Chabod, F., 150  
 Chartier, R., 144  
 Chiavacci, A.M., 63  
 Chiodi, G., 56  
 Chittolini, G., 122  
 Cicerone, 48, 67, 378  
 Cicu, A., 4, 303

- Cino da Pistoia, 27, 30, 32, 34  
 Clavero, B., 47  
 Clemente II, 70, 93, 95  
 Clesio, B., 123  
 Coase, R., 322  
 Coccopalmerio, D., 267, 273  
 Colangelo, A., 327  
 Colbert, J.-B., 362  
 Colesanti, V., 262  
 Collodo, S., 100  
 Compagnoni, G., 160, 162  
 Compère, G., 406  
 Condorcet, J.-A.-N. Caritat de, 146  
 Constant, B., 405  
 Conti, L., 378  
 Corrado II, 100  
 Corso, G., 348  
 Cortese, E., 48, 66, 119, 120  
 Cortese, N., 170  
 Corti, F. (il giovane), 126  
 Cosimo de' Medici, 94  
 Costa, P., XIII, 67, 71, 223, 225, 231, 235, 247, 249, 252, 254, 308, 309, 336, 394  
 Costamagna, C., 224, 225  
 Cotta, S., 287, 289  
 Cravetta, A., 126  
 Crisculo, V., 172  
 Crisippo, 48, 51, 56  
 Cristaldi, R.V., 84  
 Cristostomo, 395  
 Cromwell, O., 83  
 Crozier, M., 363  
 Cujas, J., 56  
 Cuoco, V., 169-172  
 Custodi, P., 171  
 D'Addio, M., 307  
 D'Afflitto, M., 126  
 D'Alberti, M., 339  
 D'Alembert, J.B., 144, 145  
 D'Azeglio, M., 177  
 D'Orsi, A., 264  
 Da Como, U., 169  
 Damhouder, J., 56, 61, 73, 84, 87, 88, 91  
 Dante Alighieri, 63  
 De Benedictis, A., 132  
 De Felice, R., 160  
 De Francesco, A., 169, 170  
 De Francisci, P., 232  
 De Gasperi, A., 331  
 De Masi, D., 376  
 De Mattei, R., 395  
 De Matteis, M.C., 393  
 Debenedetti, G., 158  
 Deciani, T., XIII, 115-126, 129-131, 133-136  
 Decio, F., 126  
 Del Re, R., 383  
 Del Vecchio, G., 248, 249  
 Delvaj, G., 99, 113, 114, 123  
 Denti, V., 262  
 Dezalay, Y., 365  
 Di Ciommo, E., 170  
 Di Serego, C., 275  
 Dino del Mugello, 31-33  
 Diurni, G., 10, 100  
 Dobner, P., 370  
 Donati, B., 233  
 Donato, M.M., 64, 66-68  
 Duccio di Buoninsegna, 73  
 Duclos, C.P., 145  
 Duguit, L., 296  
 Durante, G., 118  
 Dürer, A., 43, 77  
 Dworkin, R., 366  
 Edgerton Jr, S.Y., 44  
 Ehrlich, E., 296  
 Enrico II, 50, 100  
 Enrico III, 100, 123, 133  
 Enrico il Leone, 50  
 Erhard, L., 333  
 Eucken, W., 340, 344, 354  
 Fasano Guarini, E., 122  
 Faucci, R., 332  
 Fazzalari, E., 275  
 Fehr, H., 79  
 Ferdinando II, 114  
 Ferrara, F., 270, 274, 279, 281  
 Ferrarese, M.R., 321, 322, 341, 342, 365

- Ferrari, V., 363  
 Ferreira da Cunha, P., 44  
 Ferri, E., 269, 270, 274  
 Filangieri, G., 152  
 Finis, L. de, 115  
 Finzi, E., 230, 256, 294, 310,  
 Fioravanti, M., XIII, 59, 183, 224, 330  
 Firpo, L., 395  
 Fitting, H., 5  
 Föllinger, S., 377  
 Formica, M., 167  
 Fortunato, E., 294  
 Fortunato, G., 294  
 Foscolo, U., 172, 173, 177  
 Friese, H., 369  
 Frisi, P., 150  
 Fumagalli Beonio-Brocchieri, M.T., 391  
 Furet, F., 143  
 Fustel de Coulanges, N.-D., 294  
 Gale, M.R., 379  
 Galgano, F., 332  
 Galli, C., 340  
 Gaudemet, J., 56  
 Gaudenzi, A., 50  
 Gauvard, C., 80  
 Gazzola Stacchini, V., 263  
 Gebardo, 124  
 George, S., 369  
 Geraci, C., 198, 212  
 Gerber, D., 327, 344, 354  
 Giacomoni, F., 111, 112  
 Gianni, F.M., 155  
 Giannini, M.S., 319, 326, 332, 346, 347,  
 348, 352  
 Giason del Maino, 90, 126  
 Giet, S., 385  
 Ginsborg, P., 293  
 Gioberti, V., 178  
 Gioia, M., 161, 162, 168, 169  
 Giordani, I., 100, 110  
 Giorgianni, M., 305, 347, 332  
 Giotto, 60, 62-64, 66, 69-72, 74  
 Giovanni Bassiano, 14, 15, 17, 26, 27,  
 30, 32  
 Giovanni d'Andrea, 60  
 Giovanni da Salisbury, 390-392  
 Giovanni Pisano, 69, 72  
 Giove, 380, 403  
 Giudiceandrea, N., 313  
 Giuliotto, D., 266  
 Gobler, J., 86  
 Gombrich, E.H., 46, 60, 78  
 Gozzi, G., 335  
 Grandi, D., 268  
 Graziano, 47  
 Grechi, A., 314  
 Greco, P., 301  
 Gregorio Magno, 45, 46  
 Griffin, J., 382  
 Griffith, J., 379  
 Grossi, P., XIV, 3, 47, 102, 107, 109,  
 129, 135, 183, 236, 237, 242, 244,  
 246, 249, 251, 256, 257, 262, 270,  
 279, 289, 290, 291, 293, 295, 300,  
 301, 310, 319, 320-324, 345, 351,  
 352, 359, 360, 361, 364, 367, 372,  
 394.  
 Guarino, G., 332  
 Gueniffey, P., 149  
 Guidetti, M., 107  
 Guido da Suzzara, 58  
 Guldentops, G., 390  
 Gureviê, A.Ja., 108, 109  
 Gurvitch, G., 309  
 Habermas, J., 142, 144, 152, 166, 337  
 Hack, G., 124  
 Halévi, R., 148  
 Hauréau, B., 388  
 Hauriou, M., 301  
 Hayek, F.A. von, 322, 325, 343, 403  
 Hedemann, J. W., 319  
 Heller, Th., 363  
 Hert, J.N., 281  
 Hirn, J., 114  
 Hobbes, Th., 191, 397-405  
 Hobsbawm, E.J., 139  
 Hotman, Fr., 56  
 Howse, R., 372  
 Hurrell, A., 371  
 Iacopo d'Arena, 34

- Infantino, L., 343  
 Innocenzo III, 55  
 Innocenzo VIII, 73  
 Ippolito, 304, 384, 327, 329, 331,  
 Irti, N., 266, 304  
 Isaia, 60  
 Isidoro di Siviglia, 388  
 Jacini, S., 294  
 Jacob, R., 43, 44, 77, 80, 83  
 Jacobello da Fiore, 77  
 Jacopo della Quercia, 77  
 Jacques de Révigny, 28, 29, 31  
 Janitsch, J., 43  
 Jannarelli, A., 304, 306, 314  
 Jaume, L., 167  
 Jellinek, G., 184, 185, 187, 189-193,  
 196, 199, 204, 206, 209  
 Kant, I., 141  
 Kantorowicz, E.H., 47, 50, 56, 58, 60,  
 64, 65, 67, 69  
 Kantorowicz, H., 57, 70, 71  
 Kelsen, H., 198-207, 212-215, 296  
 Kern, F., 322  
 Kerner, M., 391  
 Keynes, J.M., 325  
 Kirshner, J., 116  
 Kissel, O.R., 44, 60, 70, 77, 93  
 Kletzer, Ch., 368  
 Kloft, H., 391  
 Kögl, J., 100  
 Kullmann, W., 377  
 La Salvia, S., 176  
 La Spina, A., 337  
 Lamoine, G., 92  
 Lancetti, V., 164  
 Landau, P., 86  
 Landi, S., 152  
 Langbein, J.H., 85  
 Larocque, M., 61  
 Le Trosne, G.-F., 143  
 Lener, S., 270  
 Leone X, 94  
 Leopardi, G., 176  
 Lepsius, O., 342  
 Lévi-Strauss, Cl., 360  
 Lévy, R., 71  
 Lévy-Bruhl, L., 294, 295, 310  
 Libonati, B., 350  
 Licurgo, 378  
 Lill, R., 176  
 Lindsay, W.M., 388  
 Locher, J., 43  
 Lojacono, L., 225  
 Longo, A., 143  
 Lorenzetti, A., 60, 62, 64-69, 74, 87  
 Luca della Robbia, 77  
 Luca, Evangelista, 80  
 Lucas, C., 148  
 Luciani, M., 331  
 Luigi XIV, 94  
 Luna Serrano, A., 305  
 Mably, G. Bonnot de, 405  
 Machiavelli, N., 75  
 Macrobio, 392  
 Madruzzo, C., 117, 133  
 Madruzzo, L., 114, 115, 117, 130  
 Maeterlinck, M., 406, 407  
 Maggiore, G., 248, 249  
 Magri, T., 403  
 Mahlmann, M., 368  
 Majone, G., 337, 369  
 Mâle, E., 61  
 Malesherbes, Ch.-G. de Lamoignon de,  
 146  
 Mandeville, B., 402, 403  
 Manfredini, M., 378  
 Mangoni, L., 264  
 Mannoni, S., XIII, 148  
 Mannori, L., XIII, 122, 338  
 Marco, evangelista, 80  
 Marcocchi, M., 264  
 Marescalchi, F., 174  
 Marini, G., 283  
 Maritain, J., 360  
 Maroi, F., 296, 297  
 Marongiu, A., 115, 125  
 Marshall, P.K., 48  
 Martino, 18  
 Martino di Bartolommeo, 73  
 Massimiliano I di Asburgo, 81

- Massimiliano II, 114  
 Mattei, U., 366  
 Matteucci, N., 405  
 Matthews Grieco, S.F., 87  
 Maupeou, R. de, 146  
 Mauri, P., 156  
 Mayer, O., 204-208  
 Mazzacane, A., 121  
 Mazzini, G., 175  
 McAuslan, I., 379, 382  
 Medina, I., 268  
 Melis, G., 346  
 Melzi, F., 169, 171-174  
 Mengoni, L., 4  
 Meriggi, M., 140  
 Messineo, A., 270  
 Messineo, F., 4  
 Miccù, R., 344  
 Michele, arcangelo, 61, 70, 72, 73  
 Miele, G., 319  
 Milani, F., 297  
 Minard, Ph., 362  
 Minda, G., 322  
 Minerbi, M., 164  
 Minnucci, G., 55  
 Mino da Fiesole, 77  
 Mises, L. von, 343  
 Moeller, E. von, 87  
 Mohr, J.C.B., 86  
 Molho, A., 122  
 Monnet, J., 333, 354  
 Montagnana, R., 326  
 Montesquieu, Ch.-L. de Secondat de,  
 147  
 Monti Bragadin, S., 322, 343  
 Morandi, C., 156  
 More, Th., 395  
 Morgan, L., 379  
 Morini, L., 389  
 Mortati, C., 184, 215-217  
 Mossa, L., 226-230, 232-234, 236, 237,  
 239-251, 254-256, 258, 348  
 Nania, R., 329  
 Natolini, G.B., 116  
 Natta, M.A., 126  
 Necker, J., 145  
 Nequirito, M., 112  
 Nervi, P., 109, 135  
 Nevizzano, G., 126  
 Niccolò da Bologna, 59  
 Nicoletti, G., 172  
 Nicolini, F., 170  
 Nicolini, U., 119  
 Nocilla, D., 189  
 Nozick, R., 366  
 Numa, 94  
 Omero, 95  
 Opocher, E., 291, 309  
 Orcagna, *Vedi* Andrea di Cione  
 Origene, 384  
 Orlando Cascio, S., 295  
 Orlando, V.E., 184-189, 192-194, 196,  
 274, 275, 279, 280, 282  
 Ornaghi, L., 223, 224, 326  
 Ottaviano, V., 332  
 Ottone III, 53  
 Ozouf, M., 143, 144  
 Pacchi, A., 397  
 Pace, A., 331, 332, 339  
 Padoa Schioppa, T., 329, 340  
 Pagallo, U., 291  
 Panizza, G., 156  
 Panofsky, E., 50, 80, 87  
 Panuccio, V., 297  
 Panunzio, S., 255  
 Paolieri, F., 266  
 Paolo di Castro, 120, 121, 126  
 Papini, G., 266  
 Paradisi, B., 48  
 Parisio, P.P., 126  
 Pascal, B., 88, 89  
 Pepe, G., 265  
 Perelman, Ch., 90, 91, 95  
 Peres, Sh., 359  
 Perugino, *Vedi* Vannucci, P.  
 Petroni, A.M., 322, 343  
 Petta, P., 198  
 Piacentino, 4, 9-11, 14, 21  
 Piccirilli, L., 378  
 Piccolomini, E.S., 84

- Pietro Leopoldo I, 149  
 Pietro Lombardo, 120  
 Pilati, C.A., 110  
 Pilato, 88  
 Pinochet, A., 359  
 Pinturicchio, *Vedi* Bernardino di Bette  
 Platelle, H., 390  
 Platone, 395  
 Pleister, W., 44, 70  
 Plinio Secondo, 380-382, 390  
 Plutarco, 378, 391  
 Polacco, V., 229  
 Polara, G., 27, 34, 35  
 Pollaiuolo, *Vedi* Benci, A.  
 Pollini, N., 390  
 Posner, R., 322  
 Postic, M., 406  
 Praz, M., 60  
 Prodi, P., 85, 88  
 Prometeo, 365  
 Proudhon, P.-J., 295, 298, 307-309  
 Pugliatti, S., 295  
 Quadrio Curzio, A., 326-329  
 Quaglioni, D., 109  
 Rabano Mauro, 388  
 Rabin, R.L., 342  
 Raffaello Sanzio, 77  
 Ralph Niger, 57, 71  
 Ranza, G.A., 164  
 Rawls, J., 366  
 Reale, M., 397  
 Remigio de' Girolami, 393  
 Remus, G., 86  
 Rescigno, P., 262, 266, 270  
 Riall, L., 139, 140  
 Ridola, P., 329  
 Rigoni, M.A., 176  
 Ripa, C., 60, 78, 90, 91  
 Ripert, G., 301, 347  
 Ristori, G., 155  
 Robert, Ch.N., 44, 61, 63, 76, 77, 84, 88, 90, 93  
 Robert, Ph., 71  
 Rocco, A., 224, 351  
 Rodotà, S., 222, 323, 332, 359  
 Romagnoli, E., 300  
 Romagnoli, S., 151  
 Romagnoli, U., 280  
 Romagnosi, G., 165, 166, 176, 294  
 Romano, C.P., 371  
 Romano, S., 194-196, 206, 210, 241, 247, 257, 301  
 Ronfani, P., 363  
 Rosanvallon, P., 143, 166, 175, 348  
 Rosenberg, H.G., 113  
 Rossi Doria, A., 293  
 Rossi, G., XIII, 110, 112, 125, 135  
 Rossi, G. (1887-1975), 265  
 Rousseau, J.-J., 191, 192, 368, 406  
 Rucellai, G., 395  
 Ruini, C., 126  
 Rupp, M., 43  
 Sabbatucci, G., 140  
 Sacco, R., 4  
 Saitta, A., 161  
 Salomone, 73, 88  
 Santalucia, B., 71  
 Santarosa, S.A., 176  
 Santoro-Passarelli, F., 265  
 Sarti, R., 175  
 Sartori-Montecroce, T.von, 99, 111  
 Satta, S., 263  
 Saturno, 380  
 Sauerländer, W., 49  
 Savatier, R., 301, 347  
 Savigny, F.C. von, 187, 322  
 Savonarola, G., 83  
 Sbriccoli, M., XIII, 58, 59, 71, 76, 85  
 Schaffstein, F., 86  
 Scharpf, F.W., 369  
 Schiavone, A., 231  
 Schiera, P., 122  
 Schild, W., 44, 53, 60, 63, 70, 73, 77  
 Schmidt, G., 86  
 Schmidt-Aßmann, E., 337  
 Schmitt, C., 206-211, 213-215  
 Schmitt, J.-C., 47, 50, 52, 94  
 Schmitter, Ph.C., 369  
 Schmutge, L., 57

- Schröder, J., 276  
 Schroeder, F.Ch., 86  
 Schuman, R., 354  
 Schwarzenberg, J. Freiherr von, 81  
 Seneca, 383  
 Sereno di Marsiglia, 46  
 Serrano Gonzalez, A., 268  
 Shapiro, M., 342  
 Sharon, A., 359  
 Sieyès, J.-E., 142, 148  
 Signorelli, L., 73  
 Simone da Cascina, 51  
 Sinatti d'Amico F., 101  
 Sinisi, L., 90  
 Sismondi, J.C.L., 164, 165  
 Sisto IV, 73  
 Sofia, F., 164  
 Sordi, B., XIII, 332, 338  
 Sottile Tomaselli, S., 407  
 Sozzini, M. (il giovane), 126  
 Spadoni, D., 174  
 Spagnesi, E., 115  
 Spirito, U., 226  
 Stabile, S., 363  
 Stahl, P.H., 107  
 Starace, F., 50  
 Steel, C., 390  
 Stella, A., 123  
 Stolzi, I., XIII  
 Strange, S., 362  
 Sturzo, L., 265  
 Swammerdam, J., 378  
 Tacchi, F., 268  
 Taddeo di Bartolo, 77  
 Taiani, R., 110  
 Talleyrand, Ch.-M., 173  
 Tamburrini, R., 393  
 Tarello, G., 261, 266  
 Tartagni, A., 126  
 Tenenti, A., 61, 77  
 Tesauero, G., 339  
 Teubner, G., 365  
 Thaler, M., 368  
 Themelly, P., 169  
 Thomas de Cantimpré, 390  
 Thun, P.V., 110  
 Timsit, G., 364  
 Tocci, G., 107  
 Tocqueville, A. de, 405, 408  
 Tolomeo da Lucca, 393  
 Tommaso d'Aquino, 392, 393, 395  
 Toraldo di Francia, M., 225, 233  
 Torchia, L., 328  
 Tortarolo, E., 145  
 Tozzi, F., 266  
 Traglia, A., 379  
 Traiano, 88  
 Treves, G., 319  
 Trifone, R., 310  
 Troisi Spagnoli, G., 148  
 Turi, G., 264  
 Ugo da S. Vittore, 388, 389  
 Ungari, P., 224  
 Valeriano, P., 60  
 Vannucci, P., detto il Perugino, 77, 78  
 Vanoni, E., 333  
 Vanzetta, N., 99, 113-115, 123  
 Varanini, G.M., 112  
 Vardaro, G., 232  
 Vareschi, S., 115  
 Varrone, 379-381  
 Vasari, G., 74, 94  
 Vassalli, F., 319  
 Venturi, F., 143, 152  
 Verri, P., 150, 151, 154, 156, 159  
 Viazzo, P.P., 108  
 Vidotto, V., 140  
 Vincent de Beauvais, 390  
 Violante, C., 101  
 Virgilio, 63, 295, 311, 378-380, 382, 384, 388, 391, 394  
 Vivante, C., 296, 300, 353  
 Volante, R., XIII  
 Volpe, G., 183  
 Volpicelli, A., 226  
 Wagner, P., 369  
 Walcot, P., 379, 382  
 Weiler, J.H.H., 372  
 Weisbach, W., 43  
 Wickham, Ch., 55, 56

Wielants, Ph., 92  
Wilkinson, L.P., 379  
Willis, I., 392  
Yates, F.A., 74  
Zaccaria, G., 292  
Zaghi, C., 171  
Zagrebelsky, G., 330

Zaluska, Y., 52  
Zanetti, G., 48  
Zanichelli, D., 169, 179  
Zanobini, G., 293  
Zanotto, A., 113  
Zdekauer, L., 74, 78  
Zolo, D., 344



€ 35,00 I.V.A. inclusa  
L. 67.769

---

3632-21

ISBN 88-14-09944-8



9 788814 099441

€ 35,00 I.V.A. inclusa  
L. 67.769

3632-21

ISBN 88-14-09944-8



9 788814 099441

SAGGI  
ITINERARI  
per la storia del  
ARCHIVIO APERTO



*ArchiviO*  
**APERTO**  
*saggi-itinerari*

*Rhiannon Naddaf des.*