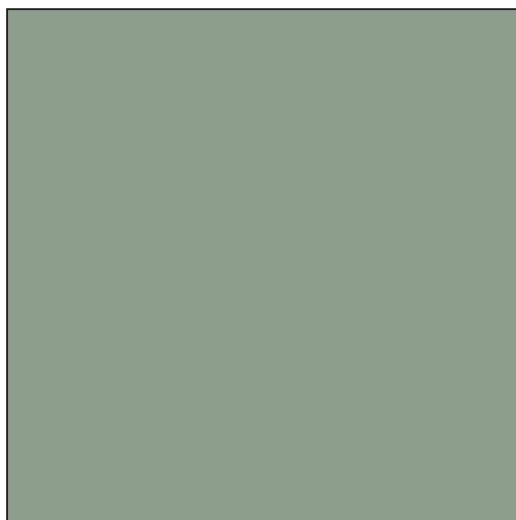


per la storia
del pensiero
giuridico
moderno

80

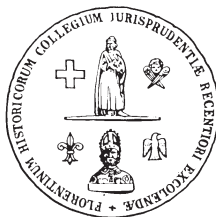


PAOLO GROSSI

NOBILTÀ
DEL DIRITTO

PROFILI DI GIURISTI

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA

fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI
diretta da BERNARDO SORDI

La sede del Centro di Studi è in FIRENZE
(50129) - piazza Indipendenza, 9

www.centropgm.unifi.it

VOLUME OTTANTESIMO

Per la storia del pensiero giuridico moderno

80

PAOLO GROSSI

NOBILTÀ DEL DIRITTO

Profili di giuristi



Milano - Giuffrè Editore

ISBN 88-14-14119-3

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2008

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

*Ricordando Giorgio Berti (1927-2007),
che alla nobiltà del diritto
apparteneva per pienezza di meriti*

PREFAZIONE

1. I contributi chiamati a comporre questo volume sono tutti saggi destinati, in varie forme, a puntualizzare il messaggio scientifico di giuristi, italiani e non, che hanno incisivamente concorso al prestigio della scienza giuridica nella costellazione culturale moderna e contemporanea, e perciò meritevoli di essere riproposti alla nostra odierna attenzione. Una autentica 'nobiltà del diritto', come è bene espresso nella intitolazione di questo libro. Uno solo sembra esulare da un siffatto quadro, ed è Ovidio Capitani, che, educato nelle Facoltà di Lettere, ha poi ricoperto per tutta la sua vita la cattedra di 'Storia medievale'; formalmente non-giurista, Capitani ha però sempre dimostrato nei suoi scritti di maneggiare egregiamente l'ideario e il vocabolario tipici dei giuristi, ritenendo la dimensione giuridica essenziale per la comprensione di una civiltà così intimamente giuridica quale fu quella medievale. La sua presenza nel volume è tutt'altro che intrusiva.

Per tutti i profili si tratta di saggi autonomi, che hanno avuto una loro visibile autonomia in Riviste o in pubblicazioni collettanee. Per tre profili — e precisamente per Giangastone Bolla, Enrico Finzi e Giorgio La Pira — si tratta invece di capitoli tratti dal mio studio "Stile fiorentino" ⁽¹⁾, e mi corre l'obbligo di dare una motivazione per un così singolare disseppellimento.

Per i primi due, la mia scelta si motiva nella convinzione che essi meritano una più ampia conoscenza al di là delle comunità dei cultori del diritto agrario e del diritto civile, soprattutto Finzi il cui messaggio scientifico è stato per molti versi antesignano rispetto a futuri sviluppi della scienza giuridica italiana.

Per La Pira la convinzione è parzialmente altra: notissimo, anche troppo noto, come esponente primario della cultura cattolica italiana

⁽¹⁾ P. GROSSI, *Stile fiorentino-Gli studi giuridici nella Firenze italiana 1859/1950*, Milano, Giuffrè, 1986.

del Novecento e come uomo politico, ha visto soffocata da questa clamorosa notorietà la sua dimensione — rilevante — di giurista, di scienziato e di didatta nel territorio del diritto. Si è, in tal modo, operata, a nostro avviso, la preclusione a una compiuta comprensione del complesso personaggio, che trova appunto nel suo essere giurista e cultore del diritto romano la propria cifra più profonda e tipizzante.

Per il lettore è necessaria, però, una ulteriore precisazione. Infatti, nel volume non è solo contenuto un ‘estratto’ riguardante La Pira dal mio libro sullo “Stile fiorentino”, ma vi si aggiunge un contributo intitolato: *‘Il Professore’ e ‘via Laura’ — Giorgio La Pira e la Facoltà giuridica fiorentina*. Si tratta di pagine assolutamente inedite, con la riproduzione di una lettera indirizzata a me dallo stesso La Pira. Erano destinate a una pubblicazione collettiva su La Pira promossa nei primi anni Ottanta dal collega Umberto Santarelli e affidata a un piccolo editore operante a Firenze, pubblicazione che per ragioni organizzative non vide mai la luce, anche se molti dei contributi previsti (fra i quali uno del mio collega fiorentino Paolo Frezza ⁽²⁾) erano già stati perfettamente definiti e consegnati al promotore. Le pagine, in una redazione dattiloscritta, sono restate (insieme con l’originale e la copia della missiva lapiriana) per tanti anni nel fondo di un cassetto. Oggi, in occasione della stampa del presente volume, ho ritenuto giovevole pubblicarle a integrazione di quanto avevo scritto su La Pira nel libro del 1986.

2. Si dà qui l’elenco dei contributi raccolti, ordinati secondo la loro consecuzione temporale; si precisano i luoghi e i tempi della originaria pubblicazione:

— *Omaggio a Edoardo Ruffini (discorrendo di una singolare esperienza di studio e di due libri singolari)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 7 (1978);

— *Giangastone Bolla e la cultura giuridica italiana del Novecento*, pubblicato per la prima volta con il titolo: *Giangastone Bolla e l’autonomia del diritto agrario* nel volume: *Stile fiorentino*, cit., pp. 216-221, indi in *Rivista di diritto agrario*, LXVI (1987);

⁽²⁾ P. FREZZA, *Giorgio La Pira romanista*, in *Scritti*, a cura di F. Amarelli ed E. Germino, Roma, Mursia, 2000.

— *Un giurista solitario: Enrico Finzi*, pubblicato nel volume: *Stile fiorentino*, cit.;

— *Il giurista Giorgio La Pira*, pubblicato nel volume: *Stile fiorentino*, cit.;

— *‘Il Professore’ e ‘via Laura’* (*Giorgio La Pira e la Facoltà giuridica fiorentina*) (inedito).

— *Storia di esperienze giuridiche e tradizione romanistica (a proposito della rinnovata e definitiva ‘Introduzione allo studio del diritto romano’ di Riccardo Orestano)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17 (1988);

— *La cultura giuridica di Giovanni Zucconi*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 18 (1989), poi anche in *Usi civici e proprietà collettive nel centenario della legge 24 giugno 1888* — Atti del Convegno in onore di Giovanni Zucconi, a cura di P. L. Falaschi, Camerino, Università degli Studi, 1991;

— *“Il coraggio della moderazione” (Specularità dell’itinerario riflessivo di Vittorio Polacco)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 18 (1989), poi anche in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Milano, Giuffrè, 1991 e in P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998;

— *Omaggio ad Angelo Falzea*, in *Rivista di diritto civile*, XXXVII (1991), poi anche in *Giornate in onore di Angelo Falzea* — Atti del Convegno del 15/16 febbraio 1991, Milano, Giuffrè, 1993;

— *Ripensare Gény*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 20 (1991), poi anche in *Rivista di diritto civile*, XXXVIII (1992) e in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit.;

— *Assolutismo giuridico e diritto privato - Lungo l’itinerario scientifico di Raymond Saleilles*, in *Rivista di diritto civile*, XXXIX (1993), poi anche in *Le ragioni del diritto - Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, Giuffrè, 1995 e in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit.;

— *Un grande giurista del nostro tempo: Franz Wieacker (1908-1994)*, in *Rivista di diritto civile*, XLI (1995);

— *L’itinerario scientifico di Enrico Bassanelli*, in *Rivista di diritto agrario*, LXXIV (1995), poi anche in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, L (1996) e in *Gli attuali confini del diritto agrario* — Atti del Convegno ‘Enrico Bassanelli’ - Firenze, 28-30

aprile 1994, a cura di E. Casadei, A. Germanò, E. Rook Basile, Milano, Giuffrè, 1996;

— *Alla ricerca di frammenti di verità (omaggio a Francisco Tomàs y Valiente)*, in B. CLAVERO, *Tomàs y Valiente - Una biografia intellettuale*, Milano, Giuffrè, 1996, poi anche in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 25 (1996);

— *Il disagio di un 'legislatore' (Filippo Vassalli e le aporie dell'assolutismo giuridico)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 26 (1997), poi anche in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit.;

— *Le aporie dell'assolutismo giuridico-Ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli*, in *Diritto privato*, III (1997), poi anche in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, Giuffrè, 1998 e in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit.;

— *Mario Nigro giurista*, in *Mario Nigro giurista* (interventi di Paolo Grossi, Sabino Cassese, Alberto Romano, Domenico Sorace in occasione della presentazione degli 'Scritti giuridici' di Mario Nigro nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma 'La Sapienza' il 5 dicembre 1996), Milano, Giuffrè, 1998;

— *Una lettura degli 'Scritti' di Paolo Frezza*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, LXVII (2001);

— *Salvatore Pugliatti giurista inquieto*, in *Rivista di diritto civile*, XLIX (2003);

— *Ricordo di Adriano Cavanna*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 32 (2003), poi anche in 'Amicitiae pignus'. *Studi in ricordo di Adriano Cavanna. Presentazione dei volumi*, Milano 27 aprile 2004, in *Jus*, LII (2005);

— *Ovidio Capitani e la dimensione giuridica*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, LXXVII (2004);

— *Gli assetti collettivi nella riflessione di Guido Cervati*, in *Archivio Scialoja-Bolla. Annali di studi sulla proprietà collettiva*, I (2005);

— *Un personaggio, una terra: gli spaziosi confini di Cesare Ruperto*, in *Arte e prudenza del giudicare. Dialogo a più voci su un recente libro di Cesare Ruperto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, s. V, LXXXII (2005);

— *Ricordo di Mario Sbriccoli*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 33/34 (2004/2005);

— *Enrico Opocher nella cultura giuridica del Novecento italiano*, in *Omaggio ad un Maestro-Ricordo di Enrico Opocher*, a cura di G. Zaccaria, Padova, Cedam, 2006;

— *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LXXXIII (2006), poi anche in *Rivista di diritto agrario*, LXXXV (2006);

— *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, LX (2006), poi anche in *Rassegna forense*, XXXIX (2006) e in *Nuove scienze per l'amministrazione - L'origine della SPISA: tra innovazione istituzionale e normalizzazione accademica*, a cura di G. Gemelli, Bologna, Bononia University Press, 2007;

— *Gino Giugni nella scienza giuridica italiana del Novecento*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, XXIX (2007);

— *Alberto Trabucchi civilista europeo*, in *Alberto Trabucchi nel centenario della nascita* — Giornata di studio sulla formazione del diritto europeo — Illasi, 29 settembre 2007 (in corso di pubblicazione);

3. I personaggi di cui si è cercato di disegnare con fedeltà i tratti distintivi sono — tutti — uomini di scienza muniti di forza speculativa e respiro culturale, tutti (a vario titolo) protagonisti della storia del pensiero giuridico moderno in Europa: storici e filosofi del diritto, cultori delle branche più disparate del diritto positivo, e anche pratici di notevole rango, tutti si sono posti i problemi più gravi del loro tempo, affrontandoli da giuristi e concorrendo efficacemente a irrobustire quella dimensione salvante della società che è il diritto.

Raccogliendo questi profili, l'autore non ha ceduto a un desiderio esibizionistico; gli ha, al contrario, sorriso la speranza di aver contribuito a smentire l'immagine del giurista dedito a intessere la sua fragile tela di ragno fatta di astruse tecniche e di artificiosi formalismi. L'autore si augura davvero che anche il comune lettore, superata la fatica di inoltrarsi nel non facile possesso del vocabolario e dell'ideario specifici dei giuristi, possa rendersi conto di essere di fronte a dei costruttori di pensiero e, in quanto tali, a degli autentici costruttori di storia; di essere di fronte a dei personaggi che hanno conquistato e meritato il titolo di nobiltà segnato con persuasione sul frontespizio del volume.

OMAGGIO A EDOARDO RUFFINI

(discorrendo di una singolare esperienza di studio
e di due libri singolari)

È recente la pubblicazione di due volumi di Edoardo Ruffini: *Il principio maggioritario - Profilo storico*, Milano, Adelphi, 1976; *La ragione dei più - Ricerche sulla storia del principio maggioritario*, Bologna, Il Mulino, 1977. Ed è con schietta soddisfazione che vediamo questi due libri sul nostro tavolo di lavoro, arricchito — grazie ad essi — di un lungamente desiderato strumento di studio. Sia, pertanto, lode agli amici che hanno convinto l'Autore a rompere il proprio appartato silenzio, a raccogliere in comodo volume saggi difficilmente reperibili, a scrivervi — a mo' d'introduzione o di postilla — qualche pagina rivelatrice.

Il libretto pubblicato da Adelphi (*Il principio maggioritario - Profilo storico*) è la ristampa del saggio di sintesi che, sul tema, Edoardo Ruffini affidò nel 1927 all'editore Bocca di Torino; il più ampio volume curato da 'Il Mulino' è invece l'utilissima raccolta di contributi specifici, che quella sintesi precedettero e di cui costituiscono la piattaforma documentaria (*Il principio maggioritario nella storia del diritto canonico*, pubblicato originariamente in *Archivio giuridico*, XCIII (1925); *Il principio maggioritario nelle elezioni di Re e Imperatori romano-germanici*, in *Atti della Regia Accademia delle Scienze di Torino*, LX (1924-25); *Conclave laico e conclave ecclesiastico*, Torino, Bocca, 1926; *Le origini del conclave papale*, in *Atti della Regia Accademia delle Scienze di Torino*, LXII (1927); *I sistemi di deliberazione collettiva nel medioevo italiano*, Torino, Bocca, 1927).

Due libri, quasi cinquecento pagine, un solo tema, un solo ambito di ricerca definito con precisione, che impegna il giovane storico torinese del diritto per quattro intensi anni, dal 1924 al 1927. È raro trovare tanta fedeltà a un oggetto di studio, tanta continuità di attenzione. Si direbbe che Ruffini ha fretta di ricomporre una

linea interpretativa, di collocare l'una dopo l'altra le tessere del suo mosaico, perché ne esca finalmente chiara e nitida una figura storica. Il tema sembra lasciare il terreno delle occasioni per saltare di piano e divenire un programma.

La testimonianza di Edoardo Ruffini è, sotto questo profilo, incomparabile, affatto solitaria nella storiografia giuridica italiana ad essa contemporanea: nulla v'è, nella sua ricerca, di quell'opportunismo accademico che provoca e condiziona la più gran parte degli itinerarii intellettuali. Rigorosamente storiografica, solidamente documentata su un forte apparato di fonti, appoggiata al dominio ammirevole di una bibliografia a larghissimo raggio, l'opera di Ruffini dissoda con sicurezza un territorio rilevante nella ricostruzione storica del diritto e appartiene senza possibilità di dubbio alla tradizione della più severa conoscenza scientifica.

Colui, però, che si accinge a valutarla non può non intuire che forse, per una corretta interpretazione, v'è una dimensione ulteriore di cui si ha necessità di tener conto: prima del dipanarsi della ricerca v'è, retrostante, una scelta etico-politica, quella del tema, grazie alla quale l'Autore sembra chiedere alla indagine storiografica un contributo chiarificatore soprattutto per la sua tormentata coscienza civile. Nel programma di Ruffini, fino a un attimo prima che la ricerca sulle fonti si snodi, la coscienza civile ha il sopravvento; e tornerà ad averlo per tutte le scelte a direzione univoca che lo storico del diritto prenderà in quegli anni, dando un significato alla ricorrenza monotona del tema, che a un affrettato osservatore potrebbe parere — ed è esattamente il contrario — una scelta di comodo, un espediente verso il risultato più facile.

Oggi che un lungo itinerario della vita dell'Autore appartiene già al nostro passato prossimo; oggi che possiamo guardare retrospettivamente questo itinerario con i fatti concreti di cui si è obbiettivamente intessuto; oggi che — insieme alle ristampe delle vecchie cose — abbiamo certe novissime postille e confessioni, la consonanza fra vita vissuta, ideali civili, ricerca scientifica ci appaiono appartenere a un solo unitario programma, reso compatto proprio dall'intimo vincolo di natura etica che lo percorre e lo fonda.

Perché, dunque, il principio maggioritario e la sua storia? Quale significato dovette assumere agli occhi del giovane indagatore? Indubbiamente, perché fino ad allora, se non sussisteva in proposito

un vero e proprio vuoto storiografico, l'attenzione degli storici del diritto si era dimostrata generalmente scarna, e quasi nulla per quanto concerneva la situazione italiana. Il bilancio registrava poche voci di qualità, da quella risalente e maestosa di Otto von Gierke, a quelle di Esmein e di Hilling sulle elezioni canoniche, a quella di Konopczynski interamente incentrata sul fenomeno della unanimità nelle assemblee polacche.

Ma tutto questo suona estrinseco e non appagante. Una dedizione così totale a un solo tema esige una sua collocazione più sicura all'interno della biografia intellettuale dell'Autore; e ha ragione Severino Caprioli, quando — nell'acuto, acre e sinuoso saggio che accompagna la ristampa de 'Il principio maggioritario' — insiste sull'inserimento del libriccino nel clima culturale e politico della Torino 1926, sul suo accostamento al libello circa i 'Diritti di libertà' che il padre, Francesco Ruffini, affidava quell'anno alla laboriosa officina di Piero Gobetti.

Quel clima e quegli anni — fertili per le vicende del più consapevole liberalismo italiano — ségnano tutti i contributi di Edoardo; tutti sono infatti interpretabili come il tentativo di superare lo sgomento per il mostro politico che già si profila nella penisola, affidando alla riposata civilissima voce d'un passato apparentemente conchiuso ma apertissimo verso il presente il compito chiaro di pronunciare un franco irrinunciabile invito alla maggior vigilanza, a un maggior affinamento della coscienza civile.

Oggi che abbiamo a nostra disposizione, da un lato, la postilla 1976 a 'Il principio maggioritario', dall'altro (e soprattutto) la introduzione a 'La ragione dei più', assurgenti per noi — l'una e l'altra — al rango d'una sorta di interpretazione autentica, le motivazioni delle scelte ruffiniane si fanno straordinariamente limpide e nette. Il problema più riposto è quello della liberazione del corpo politico da ogni valore estraneo alla sua specifica storia, la riconquista della sua 'laicità', la sua strutturazione democratica fondata su una dialettica vitale e imprescindibile di consenso e dissenso.

Non dimentichiamo che il lavoro storiografico di Edoardo Ruffini prende l'avvio con un complesso articolo sul *Defensor pacis* di Marsilio da Padova pubblicato nel 1924 (ci riferiamo a E. RUFFINI AVONDO, *Il Defensor pacis di Marsilio da Padova*, in *Rivista storica italiana*, N.S., II (1924); un articolo ingiustamente dimenticato e che

noi avremmo visto volentieri ristampato insieme agli altri saggi de 'La ragione dei più', perché a quelli intimamente legato o, per dir meglio, di quella sollecitazione e scaturigine prima.

È un avvio indicativo; è la prima tessera del mosaico, che il giovane storico del diritto ha già fin da allora nei suoi propositi; il 'programma, di cui più sopra parlavamo, è già qui potenzialmente ricompreso e, parzialmente, realizzato. Marsilio, che si scrolla faticosamente e contraddittoriamente di dosso il cumulo di molte concezioni medievali, che — anche a volerne deliberatamente evitare ogni apologia — “resta legato ad una grande battaglia per la libertà civile dello Stato, ad una strenua difesa di quel piano di civile convivenza umana ove la differenza delle fedi, i contrasti delle ideologie e delle credenze debbono cedere dinanzi alla sovranità della legge ‘umana’ ed all’uguale diritto di tutti i cittadini” (1), è, più che un oggetto d'indagine, un simbolo con cui contrassegnare la propria cittadella intellettuale.

Nel 1924, in Italia, non corre infatti soltanto il centenario della nascita del *physicus* patavino; è l'anno del successo elettorale che assicura, in un modo o in un altro, la maggioranza alla coalizione fascista; è l'anno dell'assassinio dell'onorevole Matteotti e della definitivamente acquisita visione tragica e repellente della violenza del regime in atto. Per Ruffini, la costruzione politica di Marsilio, con al centro la *universitas civium* e il suo interiore meccanismo deliberativo tante volte segnato nelle pagine del *Defensor* con la frase sibillina “*civium universitas aut eius valentior pars*”, è molto poco una brillante occasione per esercitazioni esegetiche, bensì la sollecitazione a ripensare, di fronte alla allarmante contemplazione d'una eclisse delle libertà, il problema della scansione intima d'ogni umana convivenza, l'eterna dialettica fra qualità e quantità nei collegii, l'eterna tentazione a mutare la maggioranza in unanimità fittizia, la portata storica del puro principio di maggioranza.

(1) Sono le parole con le quali Cesare Vasoli chiude la sua ricca introduzione alla traduzione italiana del *Defensor pacis*; introduzione nella quale si pone l'obbiettivo di una maggior storicizzazione del personaggio e della sua opera contro troppe e troppo gravi deformazioni interpretative accumulatesi in un passato anche recente (cfr. MARSILIO DA PADOVA, *Il Difensore della pace*, a cura di C. Vasoli, Torino, 1975², p. 78).

La domanda fondamentale, alla cui risposta Ruffini dedicherà quasi tutta la propria attività indagatrice, è già posta, nell'articolo del 1924, di fronte alla ambivalenza della espressione marsiliana: "ma che significa esattamente *valentior pars*? Maggioranza numerica o maggioranza qualitativa?" (2). I futuri saggi, che ora abbiamo a portata di mano ne 'La ragione dei più', trovano la loro origine formale in questa domanda, la loro origine sostanziale nei problemi gravi che Marsilio — invocato coscientemente a esorcizzare una realtà ripugnante — pone allo storico-giurista.

Si potrebbe credere, da quanto abbiám detto, che la molla etica muti questi saggi in libelli apologetici del principio maggioritario, che si arrivi a una razionalizzazione del principio o, peggio ancora, a una sua mitizzazione. Nulla di più arrischiato. Il motivo etico resta propulsore sotterraneo della attenzione dello studioso, ma al contatto della documentazione storica, che egli sente nella sua probità intellettuale quale limite invalicabile, immediatamente si depura.

Il principio maggioritario non lascia mai per Ruffini il terreno del relativo. A lui tutti i tentativi di assolutizzazione compiuti più o meno soddisfacentemente da questo o quello studioso sembrano meritevoli di un bonario e signorile scetticismo; mentre vengono con diligenza enumerati nel testo, viene sempre insinuato il dubbio sulla loro fragilità. Il principio maggioritario "è semplicemente una formula giuridica" (3) sulla quale "più che la ragione deve rispondere la storia" (4), come scriveva cinquanta anni fa Ruffini, o "un espediente pratico", come ripete ancor più fermamente oggi nella interessante introduzione a 'La ragione dei più' (5).

Ma se tutto è affidato alla empiria dei fatti mutevoli, se addirittura lo storico — di fronte a critiche serrate in favore di criterii rigorosamente qualitativi — ha il candore e l'umiltà di confessare: "io non saprei chi ha ragione" (6), perché indugiare tanto su questa regoletta discutibile della maggioranza? E ancora: quale 'valore' essa comunque racchiude per aver catturato la attenzione d'un indaga-

(2) RUFFINI AVONDO, *Il Defensor pacis di Marsilio da Padova*, cit., p. 138.

(3) *Il principio maggioritario-Profilo storico*, cit., p. 94.

(4) *Ibidem*, p. 104.

(5) *La ragione dei più*, cit., p. 7.

(6) *Il principio maggioritario-Profilo storico*, cit., p. 100.

tore intelligente e sensibile educato al clima dell'aperto liberalismo torinese degli anni Venti?

È Ruffini stesso che risponde in prima persona nella sua rilettura di questi anni, confermando l'eticità soggiacente al tema prescelto e al programma di studio. La postilla 1976 a 'Il principio maggioritario' ha una chiusa eloquente: "si potrebbe concludere osservando che, mentre da un punto di vista formale, il principio maggioritario ha come suo opposto il principio dell'unanimità, da un punto di vista sostanziale, e su di un piano più profondo, il principio con esso incompatibile è quello dell'autorità" (7). Come è eloquente la convinzione espressa al centro della introduzione a 'La ragione dei più': "In linea generale l'alternativa maggioritaria all'unanimità può dunque configurarsi come il superamento di un'intolleranza, come indice della raggiunta possibilità di coesistenza, in una stessa collettività, di opinioni e di interessi diversi, senza che si pervenga al conflitto, alla secessione o alla condanna" (8).

Qui si arresta la relativizzazione dello storico, qui sta il 'valore' della formola, dell'espedito: quello di istituzionalizzare il dissenso, di rendere naturale e quasi essenziale alla vita del collegio la dialettica fra *maior pars* e *minor pars*, di tutelarla. Sicché, quando la maggioranza — in certe sue manifestazioni patologiche — diventa la "prepotente maggioranza", "espressione totalitaria del popolo che si incarna nel dittatore e ne offre il sostegno e la giustificazione"; quando essa si inclina in una "auspicata soppressione delle minoranze", ed è pertanto "ancora e sempre: l'intolleranza del dissenso" (9), è il suo volto essenziale a stravolgersi e ad assumere la forma tragica e grottesca delle realtà che contraddicono la intima natura loro propria. Una simile maggioranza è soltanto la maschera ipocrita di un velato unanimismo.

Ruffini guarda in negativo al principio di maggioranza, ponendosi quasi dall'esterno, dalla parte delle minoranze; e il principio maggioritario gli appare quale garanzia fisiologica per uno spazio al più debole, al diverso. Gli appare fundamentalmente soprattutto come il superamento compiuto della intolleranza.

(7) *Il principio maggioritario-Profilo storico*, cit., p. 114.

(8) *La ragione dei più*, cit., p. 15.

(9) *La ragione dei più*, cit., p. 20.

È l'interpretazione autentica che Edoardo Ruffini ci dà dei suoi lavori, del loro sorgere e concatenarsi, a cinquanta anni suonati dalla loro pubblicazione prima; ed è quasi un contributo autobiografico, anche se sommerso, di chi vide scatenarsi sulla propria vita personale familiare professionale la tempesta d'una intolleranza ottusa; di chi la vide e di chi, in prima persona, volle pagare e pagò.

Fin qui abbiamo tentato un collocamento di questi scritti all'interno della biografia intellettuale del loro Autore e abbiamo constatato come essi ci esprimano una singolare solidarietà fra uomo e ricercatore. Ne abbiamo tentato anche una sostanziale storicizzazione offrendone una datazione non estrinseca. Cerchiamo ora, brevemente, di operare una datazione di altra indole, esaminandoli nel divenire e nel consolidarsi della storiografia giuridica di quegli anni.

Anche sotto questo profilo la loro singolarità fa spicco. Il greve positivismo che aduggia gli storici del diritto attivi nel decennio fra il Venti e il Trenta è qui liberato in una più aperta cultura letteraria e filosofica. La lezione dell'idealismo, che invano cercheremmo nelle pagine di Ermini, di De Vergottini, di Bognetti, di Marongiu — per citare soltanto i coetanei — circola nelle pagine del Nostro, che ci appare più consapevole del clima culturale che avrebbe, nel decennio successivo, dato il suo frutto più vistoso nella riflessione e nelle proposte di Francesco Calasso.

Dice Paradisi — e ha ragione — che con Calasso “la storia del diritto tentava così di identificarsi con la ‘storia nel diritto’, in un modo che, nella dottrina italiana, è forse soltanto anticipato da Francesco Ruffini nel famoso suo studio sulla *Classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo de' Fieschi e in F. C. Savigny* (1898)”⁽¹⁰⁾. Noi vorremmo estendere questo privilegio, e farne parte, a Edoardo. Su di lui certamente la significativa testimonianza del padre dovette influire non poco, ma è un fatto che, nelle sue ricerche sul principio maggioritario, i limiti dell'imperante positivismo analitico si ampliano, se addirittura non si rarefanno.

Da qui lo sguardo sicuro alla scienza del diritto come coscienza riflessa di un intero ordinamento, e, insieme, lo spazioso sguardo

⁽¹⁰⁾ B. PARADISI, *Gli studi di storia del diritto italiano dal 1896 al 1946*, ora in *Apologia della storia giuridica*, Bologna, Il Mulino, 1973, p. 169.

che, insoddisfatto di confini fatti di insensati crinali di montagne, arriva ad abbracciare — ben oltre le terre peninsulari — la civiltà giuridica medievale nella sua unitaria fornace europea, o che, al di là del pianeta medievale, si permette scorribande felici che pèntrano fino alle nostre spalle per sorreggerle o per scrollarle da un sopore inaccettabile.

Torna qui alla luce il discorso fatto più sopra sulla consonanza fra coscienza scientifica e coscienza civile; ed emerge una lettura di Croce lungamente assorbita e messa in opera. Se si pensa che Ruffini scrive le sue cose tra il 1924 e il 1927, quando a Torino dominava la scuola 'filologica' di Federico Patetta, sorprende l'ariosità letteraria della pagina, il gusto della sintesi, la scintillante cultura di chi ha voluto pascersi a dovizia oltre il consueto orticciolo storico-giuridico.

Certamente, fra i suoi coetanei, Edoardo Ruffini è il più colto degli storici del diritto italiano; dove cultura non è sinonimo di erudizione e di dottrina, ma è il segno d'una intelligenza duttile e vigile e sommamente libera, incapace di chiusure, bisognosa di fondare criticamente il proprio 'mestiere' in architetture aperte che consentano un'osservazione arricchente sul piano delle altre scienze umane.

È in questa prospettiva — ben al di là dei condizionamenti che potrebbero troppo facilmente ipotizzarsi dalla incombente ombra paterna — che si motiva appieno l'approccio culturale con il diritto canonico e la teologia morale, studiati e indagati, l'uno e l'altra, non a mo' d'ausilio come strumenti necessari al medievista e quasi imposti alla sua preparazione di studioso, ma come oggetto primario e diretto di indagine, come dimensione da connettere vitalmente a quella di storico del diritto.

C'è solo un rammarico da esprimere: che questo promettente itinerario di ricerca non abbia avuto la possibilità di svolgersi compiutamente. Una cesura innaturale tronca, con il 1933, l'attività scientifica di Ruffini; una mano violenta, mortificante, costringe all'esilio, al silenzio. Quel silenzio che è durato fino a ieri e che contribuisce a rendere la figura del Nostro, con la sua opera tutta relegata in una zona remota della nostra storia culturale e civile, di più complessa percezione.

Possiamo, a questo punto, prevedere una possibile lamentela del lettore: si è parlato in queste righe più dell'uomo — e dell'inseri-

mento dell'opera scientifica nella vita dell'uomo — che dei contenuti, dei risultati concreti dell'indagine storico-giuridica. Certo, avremmo potuto seguire, dietro la ricca analisi ruffiniana, i complessi rivoli storici dei sistemi di deliberazione collettiva, le resistenze, le sollecitazioni, le motivazioni profonde sottostanti alla tardiva emersione di un principio maggioritario come principio generalmente adottato nella vita dei collegii; avremmo potuto anche riprendere nostri consensi e dissensi sulla interpretazione ruffiniana della unanimità nell'ordinamento canonico, al di sotto della quale ci è sembrato e tuttora ci sembra di cogliere una certa incapacità a collocarsi *ex parte Ecclesiae* e, quindi, a nostro avviso, una incompiuta comprensione e storicizzazione di quella peculiare *unanimitas* ⁽¹¹⁾.

Tutto ciò appare, però, quale secondario elemento di identificazione per scritti ormai situati in una nicchia sicura della storiografia giuridica italiana e oggi soltanto ristampati così come si ristampa un prodotto culturale definitivamente acquisito; scritti che, malgrado certe troppo pessimistiche valutazioni, sono stati per cinquanta anni ben conosciuti e largamente utilizzati dagli addetti ai lavori, anche se certamente non hanno sortito, al di là di questi, il successo più ampio che meritavano presso storici, filosofi, politologi. D'altronde, lo stesso Ruffini, ristampando semplicemente i suoi lavori senza lasciarsi tentare dal rivederli alla luce delle molte cose scritte in proposito soprattutto dopo l'ultimo dopoguerra, sembra avere inteso riproporli nella loro intatta compattezza, per un significato che esorbita la stessa validità delle conclusioni storico-giuridiche ivi contenute. Un significato che potremmo chiamare di testimonianza.

Appunto come testimonianza li abbiamo qui voluti con sincero compiacimento rileggere e soppesare, non dimenticando per un solo istante il nesso tra pagina finita e scrittore. È un modo non retorico di rendere omaggio a Edoardo Ruffini partendo non dalle conclamazioni artificiose, ma dalle cose.

Chi ha scritto queste note nutre in sé ancora il disappunto di non aver potuto partecipare, a causa di una improvvisa indisposizione, il 25 aprile 1976, a Perugia, a un incontro di riflessione

⁽¹¹⁾ Consensi e dissensi espressi nel mio saggio: *Unanimitas-Alle origini del concetto di persona giuridica nel diritto canonico*, in *Annali di storia del diritto*, II (1958).

sull'opera ruffiniana, al quale era stato invitato dalla cortesia di Severino Caprioli. Era appena uscita presso Adelphi la ristampa de 'Il principio maggioritario', ed era — quello — il primo tentativo di valutazione retrospettiva dell'opera di Ruffini. In forza di una viva partecipazione morale — anche se non fisica — alla riunione perugina, ci è piaciuto oggi scrivere quello che avremmo detto a Perugia, secondo una linea interpretativa che la successiva ristampa de 'La ragione dei più' ha convalidato e reso ancor più consapevole.

Valga soltanto quale motivato omaggio a uno studioso singolarissimo; valga come modesto contributo a una maggior circolazione di due libri, che meritano l'attenzione di un vasto pubblico di lettori.

POSTILLA 2008

L'autore di queste pagine — assente da una riunione accademica perugina in onore di Edoardo Ruffini (cui si fa cenno anche nel testo, in fine) — inviò a Ruffini, che era stato il Presidente della Commissione giudicatrice del suo esame di libera docenza e del suo concorso per la cattedra universitaria, l'estratto dai 'Quaderni fiorentini', che costituiva una ideale partecipazione alle onoranze al Maestro.

Egli rispose con la lettera, il cui testo qui si trascrive per intero, lettera che ben testimonia l'inconfondibile stile del personaggio e la sua finezza e probità intellettuale.

La lettera — su carta intestata al 'Prof. Edoardo Ruffini' e datata 29 aprile 1979 da Borgofranco d'Ivrea, residenza avita della famiglia — così recitava:

Caro Grossi,

l'elogio che lei tributa ai miei vecchi scritti mi imbarazza, e l'afflato di affettuosa simpatia che lo sottende mi commuove. Tuttavia la mia riconoscenza è altrettanto viva e indiscriminata per l'uno e per l'altro, dato che l'indubitabile sincerità del secondo mi induce a credere nella sincerità del primo, e a scusarne l'eccesso. E poi... è così facile credere a ciò che ci fa piacere!

L'interpretazione, la delucidazione, meglio ancora la lievitazione che con tanto impegno ed acutezza lei ha dato ad alcuni spunti del mio pensiero mi hanno fatto provare, leggendola, la curiosa sensazione che lei non stesse parlando di me, ma di qualc'uno e di qualcosa di assai più

importanti e interessanti. E mi sono ricordato, paragonandomi a lui, di quel tale “qui faisait de la prose sans le savoir”. Quello che ho fatto nella storiografia non lo so, ma sono certo che il meglio è stato di aver trovato un bellissimo soggetto e di essermene invaghito di un amore quasi monogamico. Il merito del successo, se successo c'è stato, è più del Principio Maggioritario che di Ruffini. Un vecchio campanaro del mio paese mi spiegava un giorno che ci sono campane sorde e altre no. A differenza delle prime, le seconde basta toccarle appena con un martello anche inesperto perché diffondano in cerchi sempre più ampi risonanze limpide, prolungate e distanti. Il Principio Maggioritario è una di queste campane.

Lei ha colto molto bene la radice profonda del nostro superficiale dissenso circa l'“unanimitas”. Riconosco come una mia carenza nella comprensione della storia il non saper guardare la Chiesa se non dal di fuori, e — se mi è lecito usare una parola leggera in tanto grave argomento — non sempre con simpatia. Ma di questa e di tante altre cose sarebbe possibile, e mi sarebbe caro, discorrere soltanto a voce, se mai ci sarà dato di incontrarci, e non soltanto di sfuggita. Mia figlia abita al n. 50 di via Giusti, a due passi dal suo istituto. Ma io vengo assai di rado a Firenze. Per lo più ci incontriamo qui o all'Elba. Comunque, la prossima volta non mancherò di telefonarle.

Ancora grazie, caro Grossi, e tutta la mia affettuosa amicizia.

E. Ruffini

GIANGASTONE BOLLA E LA CULTURA GIURIDICA ITALIANA DEL NOVECENTO

Un'ultima sosta, prima del congedo ⁽¹⁾, deve essere dedicata a quegli studii di diritto agrario, che trovano nella Firenze degli anni Venti il momento germinale, il loro sviluppo, la loro definitiva consolidazione.

È un'origine non accademica. La si può con ragione qualificare togata solo se si pensa alla toga forense, giacché è nello studio professionale di uno straordinario avvocato, Giangastone Bolla, che prendono forma compiuta. Bolla ⁽²⁾ approderà infatti tardi ai gradini universitarii ed eserciterà lungamente l'avvocatura fino alle soglie della vecchiezza: se si eccettua la parentesi, situata quasi all'inizio del secolo, di un breve insegnamento di legislazione forestale presso il Regio Istituto Superiore Forestale di Vallombrosa ⁽³⁾, il suo primo incarico ufficiale risale al 1926 nel Regio Istituto Superiore Agrario e Forestale di Firenze appena costituito. Soltanto nel 1933 può salire, nello stesso Istituto Superiore, la cattedra di 'Principii di diritto agrario e legislazione rurale'.

⁽¹⁾ Per capire questo attacco del saggio, che può — alla prima — apparire ben strano, si deve ripetere qui quanto abbiamo affermato nella prefazione (pag. VIII), e cioè che le presenti pagine su Giangastone Bolla sono estratte dal volume *Stile fiorentino-Gli studii giuridici nella Firenze italiana 1859/1950*, cit., e ne costituiscono la parte finale.

⁽²⁾ Su Giangastone Bolla (1882-1971) basti rinviare a quanto ne ha ampiamente scritto E. ROMAGNOLI, *Giangastone Bolla, la sua opera, la sua Rivista*, in *Rivista di diritto agrario*, LI (1972).

⁽³⁾ Il suo fascicolo personale presso l'Archivio dell'Università di Firenze reca notizie di un incarico dal 1 agosto 1910 al 30 novembre 1912. Traccia più corposa di questo insegnamento è invece negli scritti di Bolla, ove è dato reperire due paginette intitolate: *Principi di diritto e legislazione forestale italiana-Schema del corso tenuto all'Istituto Superiore Forestale di Vallombrosa nell'anno accademico 1910/11* (corso ciclostilato), ora in G.G. BOLLA, *Scritti di diritto agrario*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 1.

È nel chiuso del suo studio legale, in mezzo alla sua attività di consulente bancario per l'organizzazione di un efficace servizio di credito agrario, è nella familiarità con Luigi Luzzatti, il grande mentore nella sua vita (4), che egli comincia ad avvertire il disagio per l'indistinzione civilistica, dove le esigenze particolari di particolari settori della vita economica non trovano adeguata corrispondenza.

Il 'diritto agrario', prima ancora di essere l'oggetto di una conquista scientifica e d'una battaglia accademica, è il frutto del ripensamento d'un pratico di gran rango alla luce dell'esperienza quotidiana. Come per i ripensamenti di Calamandrei e di Finzi (5), anche questa riflessione trova la sua occasione propizia nella officina fiorentina dei primi venti anni del secolo; come per quelli, anch'essa consegue la prima ospitalità tra le stanze d'uno studio professionale fiorentino, ma è più scardinata da movimenti culturali e da vincoli universitari, nasce dal basso come affioramento di domande precise della vita economica. Si aggiunga un altro dato: nel solco di una tradizione, che sappiamo antica e autorevole, trova un ambiente congeniale nella vecchia Accademia dei Georgofili, che sarà sempre vicina a Bolla nella realizzazione delle sue molteplici iniziative (6).

Il merito di Bolla fu di avere occhi e orecchi attenti, di capire che la grande architettura della codificazione civile, modellata su un individuo astratto ben rinserrato nella cintura dei suoi diritti soggettivi ma pensato avulso dai condizionamenti strutturali, doveva

(4) Per le sue pionieristiche intuizioni in tema di cooperazione e di credito, che Bolla raccolse e consolidò nel campo della organizzazione economico-giuridica dell'agricoltura.

(5) Nel libro "Stile fiorentino", in pagine precedenti, si era accennato a uno studio professionale, quello del processualista Carlo Lessona, quale laboratorio nel quale avevano cominciato il loro colloquio scientifico due futuri protagonisti della Facoltà giuridica fiorentina e degli studi giuridici in Firenze, il processualista e costituzionalista Piero Calamandrei e il civilista Enrico Finzi.

(6) Anche di questa Accademia si era parlato nel libro "Stile fiorentino" in pagine precedenti, per sottolineare un carattere specifico della città di Firenze, città non universitaria — almeno fino al 1924 —, ma città dove si vive una intensa dimensione culturale all'interno di parecchie Accademie. Tra queste, la Accademia dei Georgofili, fondata nel 1753, Accademia "economico-agraria" con prevalenti interessi economici e agronomici, dove si dava da sempre ospitalità a proprietari terrieri e a consulenti tecnici e dove la dimensione pratica della agricoltura la faceva da padrona.

essere verificata alla luce delle mille esigenze di un mondo in trasformazione; che, d'altronde, il Codice di commercio non era tale da soddisfare le domande d'una realtà agraria connotata da dati strutturali tipici (coltivazione e produzione agraria) e da innumerevoli motivazioni tecniche altrettanto tipiche.

Il carattere del Codice Civile del 1865, dove i soggetti avevano un tratto statutario nella loro inqualificazione economica, personaggi generici dalla attività perfettamente fungibile, era il segno d'una civiltà giuridica di stampo 'fisiocratico' (7), che doveva cedere il passo a una maggior commistione fra Stato, diritto, economia, a un maggiore inquinamento delle omnivalenti costruzioni civilistiche da parte delle diverse e specifiche situazioni fattuali. L'unitarietà del diritto civile, unitario perché disegnato su modelli disincarnati, e pertanto necessariamente unitarii, doveva frantumarsi in base alle differenti attività di individui in carne ed ossa, e soprattutto alle differenti strutturazioni del reale; e doveva vanificarsi la distinzione ulpiana fra diritto privato e pubblico incapace d'essere il supremo principio ordinatore del moderno 'diritto sociale' (8).

A un diritto civile coniato per un soggetto/modello Bolla cominciò a contrapporre, nel suo disegno, un diritto agrario plasmato sull'empirìa delle cose; a una costruzione basata sul soggetto e scritta per lui proponeva di sostituire un osservatorio invertito, che partisse invece dalla cosa, dalla sua *utilitas* oggettiva; e sempre più insistentemente parlava della *res frugifera*, cioè della cosa inserita in un meccanismo vitale di produzione, momento dinamico di tutta la problematica agraristica.

Ma la *res frugifera* non è la cosa oggetto passivo anonimo e inqualificato, mera ombra dei poteri del soggetto sovrano. È, al contrario, una realtà condizionante, che reca in sé regole autonome primordiali ordinate alla sua *utilitas*, cioè all'essenza economica della

(7) Una simile qualificazione, un po' sommaria ma efficace, è spesso usata da Bolla per contrassegnare l'età del liberalismo economico (cfr., *exempli causa*, *Il problema giuridico della terra*, ora in *Scritti di diritto agrario*, cit., p. 682).

(8) Il pensiero bolliano attinge già la sua maturità nell'ampia monografia *Del sistema ipotecario in rapporto del credito fondiario per l'agricoltura*, pubblicata a Firenze nel 1921 (védila ora in *Scritti di diritto agrario*, cit., p. 21 ss.). Il riferimento al 'diritto agrario' come realtà riottosa a essere ricompresa nella distinzione ulpiana è a p. 25.

cosa stessa. Il soggetto poteva — forse, doveva — esserle sacrificato ⁽⁹⁾.

Lo *ius proprium* — come si esprimeva Bolla —, che si andava delineando, era tuttavia da sorprendere più tra le pieghe non scritte della codificazione che nel suo sistema positivo, da costruire — come insieme di istituti concreti — al di là della stessa codificazione civilistica. In attesa di una legge organica per l'agricoltura — che è la grande istanza di tutto il discorso di Bolla dagli inizi fino alla morte — il diritto agrario non poteva affermare se stesso se non assumendo una dimensione per buona parte extra-legislativa. Era il prodotto della 'natura delle cose' ⁽¹⁰⁾, dettato dal sottofondo tecnico, con una matrice eminentemente consuetudinaria.

Se v'è un discorso monotonamente ripetuto, è quello che fa perno sulla funzione autonomamente creatrice della consuetudine, sulla necessità di raccogliere un *corpus* di usi agricoli, sull'esigenza primaria di studiare, analizzare, sistemare il linguaggio multiforme e puntuale che ne emergeva ⁽¹¹⁾. Era per Bolla l'arma principale della sua battaglia contro le invadenze civilistiche; e il suo diritto agrario ne usciva fortemente autonomizzato.

Ma parlar di realtà consuetudinaria significava cogliere nella storicità il valore essenziale di quella realtà normativa. Centrare il discorso teorico sulla consuetudine, se, per un verso, portava al risultato di una adesione singolare ai particolarismi tecnico-strutturali, per l'altro, conduceva all'elaborazione di un ordinamento giuridico plasticissimo che correva nel tempo senza innaturali cesure, coscienza riflessa di una storia che viveva se stessa nell'arricchimento continuo dell'esperienza.

⁽⁹⁾ È il pensiero che domina le due esposizioni programmatiche di Bolla: *L'ordinamento giuridico dell'agricoltura e le sue nuove esigenze sistematiche* (1933) e *Il 'fondo' nei suoi aspetti giuridici* (1935), ora in *Scritti di diritto agrario*, cit., rispettivamente a p. 221 e a p. 281.

⁽¹⁰⁾ Si veda l'espresso richiamo alla 'natura delle cose' nel saggio *Il 'fondo' nei suoi aspetti giuridici*, cit., p. 307.

⁽¹¹⁾ Fin dal 1924 Bolla lancia l'idea de *La raccolta nazionale delle consuetudini agrarie* (è il titolo di un suo intervento, ora in *Scritti di diritto agrario*, cit., p. 195 ss.), redigendo e diffondendo un questionario, progettando e organizzando archivi provinciali di raccolta dell'enorme materiale.

Il passato non appariva come l'inutile bagaglio di curiosità e di erudizione che proponeva il diritto civile codificato; il passato si mescolava al presente nella continuità del divenire consuetudinario, con una non rinunciabile funzione interpretativa.

Lo "Archivio 'Vittorio Scialoja' per le consuetudini giuridiche agrarie e le tradizioni popolari italiane", che per merito di Bolla appare nel 1934, fu, al di là delle dichiarazioni programmatiche, la testimonianza concreta del tentativo di costruzione extra-statale del diritto agrario: un diritto fondiario-consuetudinario, che trovava la sua proiezione ineliminabile nel fondo, perché nel fondo, nella non-equivocità delle cose, era scritta la sua regola costituzionale rappresentata dalla consuetudine; perché nel fondo tutto si leggeva in termini di continuità, e passato e presente si legavano nel nesso vitale della consuetudine; un passato che si faceva presente senza rinnegarsi.

Alla anti-storicità del diritto civile codificato Bolla opponeva la storicità del diritto agrario, come al monismo legislativo opponeva una visione pluralistica delle fonti imperniata sulla consuetudine, radicata con il tramite della consuetudine non soltanto nell'economia ma soprattutto nel costume ⁽¹²⁾.

A questo nodo di intuizioni si accompagnava via via un crescendo di iniziative, che fanno di Firenze la culla autentica degli studi gius-agraristici. Ripercorriamone le tappe più salienti: nel 1922 la fondazione della 'Rivista di diritto agrario'; nel 1934 la promozione dello 'Archivio Vittorio Scialoja'; nel '35 l'organizzazione del Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario, cui seguono nel '37 il secondo, nel '52 il terzo. Dal suo angolo appartato della Facoltà fiorentina di scienze agrarie, nella quale resterà sempre incardinato senza mai passare alla Facoltà giuridica, Bolla, grazie alle sue indubbie qualità organizzative, chiama a raccolta e riesce ad avere intorno a sé, nei suoi fogli e nei suoi congressi, i giuristi più colti e più preparati. E un lavoro enorme e spesso pregevole si va accumulando ⁽¹³⁾.

⁽¹²⁾ Nel decennio di vita dell'*Archivio* (l'ultimo numero risale al 1942) non sono infatti soltanto dei giuristi che vengono chiamati da Bolla a collaborare, ma altresì sociologi, storici, etnologi, folcloristi.

⁽¹³⁾ La collaborazione scientifica alla 'Rivista di diritto agrario' fu spesso di qualità

Pur tra polemiche, pur tra indifferenze, pur tra irrisioni, un progetto prendeva consistenza. Chi guarda oggi con distacco a questo intreccio di attività organizzative e di presenza scientifica potrebbe divertirsi ad enumerare le ingenuità culturali e i fraintendimenti sparsi, le approssimazioni e, se vogliamo, le disinvolture tecnico-giuridiche di cui sono gremiti gli scritti di Bolla. Ma sarebbe una elusione, una fuga dalla responsabilità di valutare il progetto nella sua interezza e il grande problema che vi sottostava.

Quel problema è una emersione storica, non un artificio. Il sapere intuitivo di Bolla, fatto di sensibilità e di lungimiranza, aveva mille claudicanze 'grammaticali', ma era riuscito a cogliere nel segno. Lo storico deve convenire che l'evolversi del pensiero giuridico riposa assai più su queste intuizioni forti e grezze che non sui ricami dei puristi. Altrimenti, è proprio il senso del divenire che rischia di sfuggirgli ⁽¹⁴⁾

egregia; basta pensare ai nomi di Brugi, di Filippo Vassalli, di Vittorio Scialoja, di Vivante, di Arcangeli, di Bonfante, di Calisse, di Carnelutti, di Ferrara, di Leicht, di Pugliatti, di Alfredo Rocco, di Solmi, di Zanobini, e via dicendo. Nel Primo Congresso Nazionale furono relatori, fra gli altri, Ascarelli, Enrico Finzi, Bassanelli, Ferrara, mentre fra gli autori di comunicazioni spiccano Calamandrei, Cesarini Sforza, Cicu, Leicht, Panunzio, Pugliatti, Santoro Passarelli; nel Terzo Congresso Nazionale, alla prolusione di Carnelutti seguono Relazioni di Mortati, di Pugliatti, di Andrioli, di Nicolò. Il successo di questo émpito organizzativo si colse, poi, nel 1952, nella raccolta di scritti: *Il trentennio della Rivista di diritto agrario*, un successo che si affermava per la qualità scientifica dei contributi (è da ricordarne uno, magistrale, di Capograssi), oltre che per la considerevole quantità.

⁽¹⁴⁾ Per una varia valutazione dell'opera di Bolla si mettano a confronto: M. GIORGIANNI, *Il diritto agrario tra il passato e l'avvenire*, in *Rivista di diritto agrario*, XLIII (1964); ROMAGNOLI, *Giangastone Bolla, la sua opera, la sua Rivista*, cit.; P. GROSSI, *Il momento storico-giuridico nella elaborazione dottrinale dell'autonomia del diritto agrario*, in *Rivista di diritto agrario*, LI (1972); N. IRTI, *Le due scuole del diritto agrario*, *ibidem*, LIV (1975).

UN GIURISTA SOLITARIO: ENRICO FINZI

1. Enrico Finzi nella cultura fiorentina del primo Novecento. — 2. Enrico Finzi: il carattere 'definitorio' della scienza giuridica. — 3. Anno 1915: "Il possesso dei diritti"; — 4. Anno 1920: "Studi sulle nullità del negozio giuridico". — 5. Anni 1923 e 1935: la proprietà nella "officina delle cose".

1. Enrico Finzi è, fra i giuristi fiorentini ⁽¹⁾ del primo Novecento, il più sensibile alle esigenze di rinnovamento culturale, anche epistemologico, perché il più inserito nel clima fervido della cultura fiorentina di quell'inizio di secolo ⁽²⁾.

(1) Egli nasce a Mantova nel 1884, ma si trasferisce in riva d'Arno subito dopo la laurea bolognese conseguita sotto la guida di Giacomo Venezian, un civilista innovatore da cui il giovane Finzi trasse spunti e stimoli e di cui nella maturità tradusse e sviluppò parecchie forti intuizioni. A Firenze la sua naturale signorilità, la sua estrema raffinatezza intellettuale trovano un clima assolutamente congeniale, e qui cercherà di respirare a pieni polmoni ed assimilare l'aria d'una città che vive, ai primi del secolo, anni di grande vitalità culturale. Ne è conquistato, ne è segnato con un tratto profondo, ne diventa — prima ancora che sul piano anagrafico — spiritualmente un cittadino, ci vivrà sempre intensamente, vi assumerà cariche pubbliche, vi si spengerà assai vecchio nel 1973. Sin dal primo momento della rinascita della Facoltà giuridica, nel 1924, egli è chiamato a insegnarvi per incarico le 'Istituzioni di diritto privato'; vi approderà, invece, tardi come professore ordinario, col 1 dicembre 1946, dopo una lunga permanenza presso l'Istituto di scienze sociali 'Cesare Alfieri' e l'Istituto di studii commerciali (poi Facoltà di Economia e Commercio); ne sarà Preside dal 1947 al 1956. Finzi, presenza costante nel foro fiorentino, ricoprirà per anni anche la carica di Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati.

(2) A parte quello che si dirà fra breve sui suoi rapporti con Calderoni e Vailati, ebbe egli familiarità con Enrico Corradini, con Prezzolini, con Ojetti, con Salvemini (alcune tracce in G. PREZZOLINI, *Diario 1900-1941*, Milano, Rusconi, 1978, p. 347 e in G. SALVEMINI, *Carteggio 1914-1920*, Bari, Laterza, 1984, p. 395, dove il curatore Enzo Tagliacozzo identifica erroneamente il Finzi di cui parla Salvemini con Aldo Finzi, seguace di D'Annunzio e poi deputato fascista.

Più tardi, durante il ventennio, è da ricordare la costante presenza di Finzi nel salotto filosofico di Ludovico Limentani e il suo tentativo di creare presso il caffè Doney un appuntamento culturale e artistico (una traccia saporosa è stata segnata da uno dei partecipi

Chi ha conosciuto, come noi lo abbiamo conosciuto, il Finzi degli anni della vecchiaia, il grande avvocato, il didatta sempre ammantato nella sua rigorosa precisione tecnica, il formidabile ragionatore nei dibattiti del ‘seminario forense’, chi si arresta a questa immagine non può che ritenere stonata e falsante, o smaccatamente apologetica, una simile affermazione; ma sbaglierebbe.

Finzi è un personaggio ancora tutto da studiare e, a nostro avviso, un personaggio frainteso e minimizzato, come è stato sempre frainteso il messaggio di quel libro così ‘inutile’ e ‘scandaloso’, così

di quel salotto, il glottologo Giacomo Devoto, nel penetrante articolo commemorativo scritto in un giornale quotidiano fiorentino: G. DEVOTO, *Ricordo di uno scomparso — Enrico Finzi*, in *La Nazione*, 9 gennaio 1973). Ludovico Limentani (1884-1940), professore di ‘Filosofia morale’ alla Facoltà di Lettere, vecchio allievo di Roberto Ardigò, aveva frequentazione costante con i giuristi grazie alla sua amicizia con un altro allievo di Ardigò, Alessandro Levi, in quegli anni professore di ‘Filosofia del diritto’ a Catania e a Parma, ma residente a Firenze e legato da vincoli di profonda amicizia con i giuristi fiorentini, primi fra tutti Piero Calamandrei ed Enrico Finzi. Su Limentani cfr. quanto ne scrisse, quasi alla macchia, nel primo anniversario della morte, E. GARIN, *Ludovico Limentani (1884-1940)*, Firenze, 1941. All’intenso rapporto di amicizia che legò Finzi, Levi e Limentani accennò lo stesso Enrico Finzi nelle sue *Parole commemorative pronunciate dal Preside della Facoltà di Giurisprudenza il 16 febbraio 1954*, ora premesse ad A. LEVI, *Scritti minori di filosofia del diritto*, I, Padova, Cedam, 1957.

Sempre durante il ventennio fascista, non può essere omesso il ricordo di un’altra circostanza, che riguarda il Nostro: nel febbraio del 1923 Finzi — insieme al giurista Calamandrei, al filosofo Limentani, al filologo Pasquali, allo storico Salvemini, all’economista Serpieri — è tra i promotori della fondazione a Firenze di un ‘Circolo di cultura’, diventandone membro del Comitato direttivo e operando in esso attivamente. Vi si parlò anche del progetto d’una Università del futuro, e riconoscono il proprio debito verso queste libere discussioni autenticamente interdisciplinari Giorgio Pasquali e Piero Calamandrei, che scrivono in questo torno di tempo un libretto solido e asciutto che avrà buona fortuna nei tempi lunghi perché riletto a grande distanza e spesso rivisitato, anche se sarà sfortunatissimo lì per lì a causa dell’entrata in vigore della riforma Gentile oltre che per la scarsa diffusione che gli dette l’editore Campitelli di Foligno (ne accennerà più tardi G. PASQUALI, *Università e scuola-Problemi universitari*, ora in *Scritti sull’Università e sulla scuola*, Firenze, Sansoni, 1978, p. 300). È interessante riportare un passo del libro del ’23, che concerne espressamente Finzi: “hanno giovato a chiarire molti pensieri nella nostra mente le discussioni che sull’argomento del presente libro si tennero nel passato inverno [la prefazione è datata: 20 gennaio 1923] qui in Firenze in un circolo privato di studi politici, del quale erano parte precipua due uomini competentissimi e passionatissimi di tali problemi, Gaetano Salvemini ed Enrico Finzi” (G. PASQUALI-P. CALAMANDREI, *L’Università di domani*, Foligno, Campitelli, 1923, prefazione, p. XIII).

sconvolgente agli occhi di un giurista benpensante degli anni Quindici, e pertanto così poco letto e così difficile a leggersi, che è “Il possesso dei diritti”.

Nella sua prima edizione — Roma, Athenaeum, 1915 — reca una dedica né innocua né generica. Non una dedica alla madre, alla moglie, al proprio Maestro, facilmente prevedibile perché motivabile nella nobiltà di sentimenti schiettissimi, bensì “alla memoria di Mario Calderoni”, una dedica che malissimo ha fatto l'editore dell'unica tarda ristampa ad omettere sciattamente come se si trattasse di un inutile orpello ⁽³⁾.

È, invece, una dedica che ci aiuta a storicizzare meglio il volume e a interpretare adeguatamente la figura del giureconsulto mantovano. Dedicato a Calderoni, il volume è costellato nelle prime pagine di continui riferimenti ad opere di Vailati e Calderoni, opere filosofiche, opere di critica gnoseologica, di logica formale. Né si tratta di piume di pavone buttate ad arte su un tessuto inadatto, quasi dei corpi culturalmente estranei e quindi non ricevuti. È, invece, in quelle citazioni la fondazione epistemica di tutto il disegno del libro, che vuol essere, grazie alla immissione nel chiuso della interpretazione giuridica di nuove acquisizioni filosofiche, un messaggio liberatorio per quella interpretazione.

Non a tutti sarà noto, al di fuori degli addetti ai lavori, che Giovanni Vailati e Mario Calderoni furono tra gli indiscussi protagonisti della cultura fiorentina del primo decennio. Vailati, matematico per educazione, è dal 1904 professore all'Istituto tecnico Galilei ed è, sia pure in posizione dialettica con le stravaganze filosofiche di Papini e Prezzolini, fra gli ispiratori del ‘Leonardo’, cui collabora fittamente ⁽⁴⁾; Calderoni, giurista per educazione ⁽⁵⁾, opera a Firenze

⁽³⁾ Mi riferisco alla ristampa, fatta nel 1968 presso l'editore Giuffrè di Milano, all'interno della ‘collana’ della Fondazione Piero Calamandrei (vol. 14).

⁽⁴⁾ Giovanni Vailati (Crema 1863 – Roma 1909) inizia la collaborazione al ‘Leonardo’ col giugno 1904. Chi ne voglia sapere qualcosa di più può scorrere con profitto quanto si sta definendo da parte della storiografia filosofica nell'ambito di una recentissima riscoperta del personaggio, oggi assai più caratterizzato grazie alla pubblicazione di buona parte dell'epistolario. Cfr. L. BINANTI, *Giovanni Vailati, filosofia e scienza*, L'Aquila, Japadre, 1979; V. MILANESI, *Un intellettuale non ‘organico’. Vailati e la filosofia della prassi*, Padova, Liviana, 1979; M. DAL PRA, *Studi sul pragmatismo italiano*, Napoli, Bibliopolis, 1984. Meritano, comunque, di essere ugualmente letti il saggio di E.

e collabora con entusiasmo al 'Leonardo' e al 'Regno' corradiniano (6).

La loro lezione, inserita e inseribile nella coine pragmatista, è una reazione alle metafisicherie di certo esasperato positivismo, nel tentativo di instaurare un sapere positivo mediante l'analisi tecnica ed anti-retorica del pensiero e soprattutto del linguaggio, un'opera di pulizia intellettuale protesa a togliere di mezzo i problemi inesistenti e gli equivoci più grossolani, chiarificando al massimo i significati dei termini impiegati nella ricerca senza creare strutture schematiche troppo rigide. Un tentativo, insomma, di ricondurre i principii della conoscenza in un alveo di rigorosa correttezza metodica. In Calderoni soprattutto, fin dalla sua tesi di laurea, era dichiarato l'intento di applicare questa logica rigorosa anche ai problemi del diritto e della morale (7).

Filosofi sfortunati nei tempi medii perché ben presto sepolti dagli entusiasmi idealistici ed attualistici, Calderoni e Vailati tennero banco nella Firenze vivissima di quegli anni — la Firenze, appunto, dei rilevanti esperimenti redazionali del 'Leonardo', del 'Regno', della prima 'Voce' —.

E a quel banco non mancarono di sedersi i giuristi. Senza dubbio Enrico Finzi, che tentò la traduzione di impostazioni vailatiane nell'opera costruttiva dello scienziato del diritto. "Il possesso dei diritti", questo frutto proibito della riflessione giuridica nove-

GARIN, G. *Vailati nella cultura italiana del suo tempo* (a. 1963), ora in *Intellettuali italiani del XX. Secolo*, Roma, Editori Riuniti, 1974, assai utile per l'analisi storico-culturale, e quello complessivo di A. SANTUCCI, *Il pragmatismo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1963, soprattutto i capp. IV e V.

(5) Mario Calderoni (Ferrara 1879-Imola 1914) fa studii giuridici e si laurea in Giurisprudenza all'Università di Pisa, discutendo una tesi su "I postulati della scienza positiva ed il diritto penale" pubblicata a Firenze nel 1901. Su di lui una messa a punto è oggi offerta dai saggi raccolti nel numero unico della *Rivista critica di storia della filosofia*, XXXIV (1979) pubblicato in occasione del centenario della nascita.

(6) Fin dal primo anno di vita della Rivista collabora a 'Il Regno'. Sempre dal 1904 data la sua collaborazione al 'Leonardo', dove, sul numero ottobre/dicembre 1905, pubblica il saggio su "La filosofia e il diritto" (su questa collaborazione cfr. A. BOBBIO, *Le Riviste fiorentine del principio del secolo (1903-1916)*, Firenze, Sansoni, 1936, p. 37 ss.).

(7) P. BOZZI, *Il pragmatismo italiano: Mario Calderoni*, in *Rivista critica di storia della filosofia*, XII (1957), p. 306.

centesca, questo miracolo irripetibile e irripetuto d'una sorta di 'scienza nova', nella sua appartatezza di impianto, è lì a dimostrarcelo (8).

2. Nel libretto sulla storia degli studii giuridici nella Firenze italiana (9), da cui sono state estratte e ricomposte qui ad unità le pagine riguardanti Enrico Finzi, io, dopo aver sottolineato che mi ero in precedenza diffuso sugli esperimenti didattici di molti dei professori delle Facoltà fiorentine nei primi anni di vita dopo la ricostituzione nel 1924, aggiungevo però che non avevo potuto fare neppure un riferimento a Finzi, un personaggio che insegna già al 'Cesare Alfieri' quando nasce la Facoltà giuridica e che è presenza costante nell'Ateneo fino alla vigenza delle leggi razziali.

Il motivo sta nell'occhio finito, ohimè quanto finito!, dello storico che èvoa e, quando va bene, risuscita i morti soltanto in grazia dei segni che hanno lasciato in eredità. Da questo patrimonio di segni Finzi è, infatti, completamente assente. Non v'è traccia, per quanto oggi ne sappiamo, di corsi di lezioni affidati alle stampe o anche alla semplice policopiatura studentesca, non un minimo di documentazione sui contenuti e sullo svolgimento dei suoi corsi al di là dei troppo scarni riferimenti dei registri accademici.

Taluno potrebbe invocare la proverbiale indolenza di Finzi, che vediamo sottolineata anche nel recente profilo che ne ha steso un suo collega di Facoltà (10), ma sarebbe semplicistico. Per chi, come il compilatore di queste pagine, fu suo allievo, partecipa delle sue conversazioni, lettore di tutta la sua produzione, la spiegazione non

(8) Sull'ossatura e sul contenuto, cfr. più avanti. Sia lecito qui segnare che, anche nel secondo impegnativo saggio di Finzi (*Studi sulle nullità del negozio giuridico — I — L'art. 1311 del Codice civile*, Bologna, Zanichelli, 1920), continuano i riferimenti agli impianti speculativi di Calderoni e Vailati, che dimostrano la loro funzione di motivi ispiratori ordinanti per l'opera giuridica del giurista mantovano.

(9) *Stile fiorentino - Gli studii giuridici nella Firenze italiana 1859/1950*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 168.

(10) Ci riferiamo alla presentazione, per verità un po' elusiva, di Salvatore Romano per la ristampa curata dalla Fondazione Piero Calamandrei, nel 1968, de "Il possesso dei diritti", dove si accenna a Finzi "così indolente quando si tratta di usare la penna" (rist., cit., p. X).

può che essere un'altra, un'altra che vale a comprendere la estrema ritrosia che l'uomo ha sempre avuto a fissare per iscritto le proprie idee — si trattasse di lezioni o di riflessioni scientifiche —, tanto che l'opera di Finzi, se si eccettua la mole considerevole del volume su “Il possesso dei diritti”, si riduce, nell'arco di sessanta anni, solamente a qualche stringatissimo saggio, scritto nel modo più stringato possibile.

Se ci è consentito un ricordo personale, la sua lezione istituzionale (è significativo che egli abbia sempre voluto insegnare una disciplina di base del primo anno), oltre che pregevole ed efficace per l'eleganza del dettato e la armonia espositiva che denunciavano il fine uomo di cultura e l'avvocato esperto, era un esempio impeccabile di discorso ordinante. Tutto vi era rigorosamente definito senza inutili e fuorvianti sbavature; l'oggetto nella sua essenzialità era colpito con precisione, e l'allievo se ne impossessava con la stessa lucidità con cui il maestro lo porgeva.

Gli è che per Finzi il sapere giuridico (nella sua duplice dimensione di insegnamento e di ricerca) ha carattere soprattutto definitorio, e, in quanto tale, è tormentoso ed arduo fissarlo sulla pagina bianca; il modello elevato cui l'autore si ispira, anche se non lo condanna certamente all'impotenza, rende difficile la sua consolidazione. Finzi lo sa, ed è la prima vittima di questo piano rarefatto su cui si pone. Lascerà ai posteri un materiale estremamente decantato, quantitativamente esiguo, ma di tale qualità intellettuale da rendere la sua presenza scientifica nella Firenze tra le due guerre particolarmente significativa.

L'ambizione fondamentale di Finzi è definire; il che — sia ben chiaro — non vuol dire ricercare formulette entro cui costringere il proprio itinerario scientifico di per sé insofferente a costrizioni (attività che l'antica sapienza additava come pericolosa per ogni giurista e che sarebbe stata indegna della libertà creativa del Nostro); vuol indicare, invece, una volontà che è tesa a cogliere frontalmente l'essenza dell'oggetto nei suoi confini naturali e che sa benissimo di poterla conseguire soltanto evitando equivoci e luoghi comuni, autodisciplinandosi con un rigoroso approccio metodico.

Il problema assillante per Finzi è epistemologico. Egli ha bisogno di parlar di metodo, di fissare alcuni canoni metodici affidabili, ha bisogno del dialogo con alcuni maestri speculativi che sappiano

salvare il giurista dalla absurdità di costruire dei castelli di sabbia. In pochi testi di riflessione giuridica, i riferimenti a grandi pagine filosofiche, ad Aristotele, a Stuart Mill, a Croce, o — perché no? — ai suoi fraterni amici Vailati, Calderoni e Limentani, non sono forzature od ostentazioni, ma il lettore li sente intimamente connaturati con la ricerca in atto. Il giurista Finzi sa di dover maneggiare degli arnesi tecnici, di non poter fare a meno delle classificazioni e nomenclature di cui è gremita la tradizione bimillenaria della *scientia iuris*, ma, lungi dall'adequarsi come a un comodo e provato schema interpretativo della realtà, in un atteggiamento pervaso di intenso criticismo, ne prende le distanze, ne diffida, ne coglie l'arbitrarietà.

E qui l'insegnamento pragmatista ha inciso a fondo: la familiarità con Mario Calderoni, l'assorbimento dei più elementari canoni metodologici pragmatistici segnano durevolmente l'opera del civilista fiorentino e la condizionano. Non si capisce nulla di Finzi, se non si presuppone questo dato di enorme valore interpretativo per la sua personalità e per la sua opera. L'approccio a un 'istituto' giuridico non è né semplice né immediato, e il terreno non è piano come sembrerebbe a uno sprovveduto: o si libera questo terreno dall'ingombro di certi vizii grossolani, o lo sforzo è inutile. Peggio ancora: è dannoso.

Tutta l'esigenza di rinnovamento gnoseologico tipico della rivisitazione vailatiana del pragmatismo è viva in Finzi, che non manca di riferirsi con schiettezza alle sue fonti speculative. Il discorso è condito di cautele sul piano logico e linguistico: così il breve esordio sulle 'teorie degli istituti giuridici' ⁽¹¹⁾, così il ricco volume del 1915, cui il giovane avvocato fiorentino affida il suo compiuto messaggio e le sue speranze accademiche.

Apriamo le prime pagine di questo scostante e difficile a leggersi 'Possesso dei diritti': nulla di scolastico, nulla di elementare, anzi piuttosto un filo ricostruttivo di cui avverti l'originalità e l'acutezza estreme, ma in cui non si fa nessuna concessione al lettore chiamato a impegnarsi totalmente insieme all'autore in una sorta di ricerca della verità. Pagine di metodologia, che non costituiscono una

⁽¹¹⁾ È il breve saggio su *Le teorie degli istituti giuridici*, che Finzi pubblica in anteprima sulla fiorentina *Rivista critica di scienze sociali*, I (1914), ma che formerà sostanzialmente la 'Introduzione' a "Il possesso dei diritti".

premessa di lustro leggibile senza profitto e trascurabile senza danno, una escrescenza pletorica rispetto alla sostanza del libro, ma pagine che sono già al centro di esso, ne giustificano gli itinerari e ne svelano i segreti, perché dominate da una esigenza (permettetemi di ripetere ancora una volta: pragmatistica) di pulizia intellettuale come è rarissimo trovare. E per pulizia intendiamo il mettere tutto in chiaro, il non evitare gli ostacoli in modo furbastro, ma elencarli con scrupolo puntiglioso, definire fino in fondo la grammatica del discorso giuridico e le valenze del linguaggio.

Tutto questo è già “Il possesso dei diritti”, cioè la ricerca finziana della verità sul tema spinoso del possesso; è certamente un discorso sul metodo ma scritto per un libro che è tutto, dal principio alla fine, esso stesso un metodo di discorso, e perciò un *unicum* nella storia della letteratura giuridica italiana del Novecento.

Già è singolare, e rimarchevole, e commendevole, l’atteggiamento critico per l’strumentario tecnico, la coscienza della “arbitrarietà” della tecnica ⁽¹²⁾: singolare, rimarchevole e commendevole, perché è vigilanza culturale non consueta in un giurista, il quale si compiace volentieri degli alambicchi del suo secolare laboratorio alchimistico.

Finzi non intende fare a meno di questo ricco laboratorio, né tanto meno distruggerlo in uno sterile zelo iconoclastico: “il vero progresso non viene dall’attività critica demolitrice, bensì dall’attività critica correttrice, non viene dall’asseverare errata una costruzione, arbitraria una formula, ma dall’indagine paziente, analitica, sicura, del *coefficiente d’errore* che è in essa, dall’indicare il metodo per correggere le deficienze che derivano dall’arbitrio necessario, dal porre con certezza i limiti entro i quali il dato tecnico è utile e proficuo” ⁽¹³⁾; infatti, “ogni scienza ha bisogno del suo tecnicismo, di un suo dizionario convenzionale” ⁽¹⁴⁾.

La cautela elementare del ricercatore, se non vuole incorrere nei luoghi comuni, è la provvida consapevolezza della provvisorietà dei

⁽¹²⁾ *Le teorie degli istituti giuridici*, cit., p. 99; *Il possesso dei diritti*, cit., p. 48 (questa citazione e le prossime sono tutte fatte per comodità del lettore sulla ristampa del 1968).

⁽¹³⁾ *Il possesso dei diritti*, cit., pp. 48/49.

⁽¹⁴⁾ *Ibidem*, p. 49.

suoi strumenti; ciascuno dei quali non è mai un punto di arrivo, bensì un punto di partenza pieno di labilità ma pur sempre un punto fermo da superare e perfezionare ⁽¹⁵⁾. Il ricercatore non deve mai “far opera di sovvertitore ma di ordinatore” ⁽¹⁶⁾.

Ordinamento logico del discorso, che presuppone di poter contare su strumenti linguistici adeguati, e spesso così non è: da un lato, “la povertà del linguaggio” ⁽¹⁷⁾, dall’altro, la sua perenne “anfibologia” ⁽¹⁸⁾ inducono in equivoci gravissimi ⁽¹⁹⁾; spesso è un parlar tra sordi e a vuoto ⁽²⁰⁾. Anche per ovviare a questo vizio profondo che tende a inficiare la ricerca e a togliergli scientificità, il primo atteggiamento veramente scientifico è la coscienza del pericolo, “tenerlo costantemente presente, e cercare fin dall’inizio di fissare il proprio vocabolario” ⁽²¹⁾.

Chi ha riletto in questi anni i testi di Calderoni e Vailati e ha seguito il gran discorrere che gli storici della filosofia han fatto dei due mentori di Finzi nella tardiva fortuna loro occorsa recentemente, non esiterà a riconoscere, trapiantati e applicati in un’inda-

⁽¹⁵⁾ “Occorre... per contribuire allo sviluppo della nostra scienza, utilizzare per quanto è possibile tutto il prodotto delle tradizioni secolari, giovarci di questo *humus* che, sia pure a traverso i luoghi comuni, si è venuto formando nella coscienza giuridica, non creare parole nuove, non assumere atteggiamenti radicalmente nuovi. Chi vuole realmente portare il suo contributo al progresso del diritto, a mio avviso deve, piuttosto che sovvertire le basi tradizionali, assumerle come punto di partenza, considerarle come una preziosa meta raggiunta, oltre la quale bensì altra nuova e più perfetta invita alla lotta, ma senza il cui raggiungimento questa nuova e più degna non sarebbe stata neppure intravista. Le dottrine nuove non possono essere che innesti sulle vecchie dottrine, i nuovi concetti sviluppo dei vecchi” (*ibidem*, pp. 50/51).

⁽¹⁶⁾ *Ibidem*, p. 52.

⁽¹⁷⁾ *Le teorie degli istituti giuridici*, cit., p. 104; *Il possesso dei diritti*, cit., p. 19.

⁽¹⁸⁾ *Il possesso dei diritti*, cit., pp. 20 e 22.

⁽¹⁹⁾ “I predicati sono contraddittori, ma non sono predicati dello stesso soggetto. La parola è una, ma la cosa che essa designa non è sempre una. E lo stesso predicato è errato od esatto a seconda del significato che si vuol attribuire al soggetto. Non si agita insomma, almeno in gran parte, una questione di cose, di idee, di fatti, ma solo una questione di parole. Quando si sia ben fissato prima — convenzionalmente ed arbitrariamente — il valore di queste, la questione viene a scomparire” (*ibidem*, p. 32).

⁽²⁰⁾ “Occorre un paziente lavoro di critica, un’indagine metodica della portata dei risultamenti raggiunti, una conoscenza precisa di quanto è verità dimostrata, di quanto invece è solo gioco di vane parole” (*ibidem*, cit., p. 51).

⁽²¹⁾ *Ibidem*, p. 20.

gine giuridica, i canoni elementari della loro operazione di liberazione gnoseologica.

“Il possesso dei diritti” è un prodotto della officina pragmatica. L’opera sistematrice in tema di possesso condurrà “a qualche profittevole conclusione” (22) solo se si avrà chiara “quella confusione terminologica che deriva dal designare con la stessa espressione l’istituto, la fattispecie, e gli effetti giuridici” (23), nonché la molteplicità di istituti ricompresi confusamente sotto la stessa etichetta (24).

Guai a quello studioso che pretendesse di inoltrarsi in un territorio così infido senza un adeguato esame di coscienza; gli si impone infatti “un doppio compito preliminare. Primo: quello di fissare per quanto sia possibile, la terminologia; secondo, indicare con giusti criteri e delimitare entro rigidi confini gli istituti giuridici che si vogliono considerare ed il dato che si vuole accertare e descrivere” (25).

Abbiamo volutamente abbondato in riferimenti a testi diretti di Finzi per sottolineare l’ansia definitoria del suo sapere. Cómputo del giurista è ordinare, porre confini sicuri, espungere dati estranei, dissolvere gli equivoci e i luoghi comuni, togliere la nebbia del vago e dell’ambiguo in un discorso che, o è un corretto approccio verso la realtà per tradurla veridicamente nell’alfabeto di segni proprii al giurista, o è altrimenti una inutile profluvie di parole, o — peggio ancora — una mistificazione. E questa non è una premessa allo studio su basi rinnovate del possesso; è il breviario per ogni indagine giuridica, tant’è vero che lo ritroviamo intatto quando Finzi ci parla di nullità (26), delle linee di un nuovo diritto commerciale (27), del

(22) *Ibidem*, p. 35.

(23) *Ibidem*, p. 47.

(24) *Ibidem*, p. 35.

(25) *Ibidem*, p. 48.

(26) “Io ho avuto altra volta l’opportunità di rilevare come a questa imprecisione di linguaggio corrisponda di necessità, quasi sempre, una confusione di concetti: inavvertitamente si trascorre d’uno in altro soggetto, e si crede di ragionare dove soltanto, invece, si fanno giochi di parole”; “certo si è che il vizio fondamentale delle correnti teorie delle nullità può vedersi nel non avere avuto sufficiente conoscenza di questa anfibologia e di queste confusioni concettuali” (*Studi sulle nullità del negozio giuridico*, cit., pp. 54 e 55).

nuovo assetto della proprietà⁽²⁸⁾, ossia in tutti i temi che costellano l'arco della sua vita scientifica, della sua ricerca della verità.

Ora, questa "ricerca della verità"⁽²⁹⁾ non è una strada né facile né perversa, perché è dominata da quanto ci è così connaturato da sembrarci ovvio, perché i nostri approcci logici sono viziati da dei vuoti, da quelle "proposizioni, che sotto la parvenza di dir molto non dicono niente"⁽³⁰⁾, come ripete Finzi sulla scorta dei suoi fidatissimi consiglieri Vailati e Calderoni. Una simile ricerca sarà ardua proprio perché dovrà togliersi dai sentieri consueti troppo ingombrati e fuorvianti, e ripercorrerne di nuovi.

"Il possesso dei diritti" non è un nuovo modo di trattare del possesso, ma l'indicazione al giurista di una nuova strada con cui accostarsi al fenomeno giuridico, giacché l'unica vera cautela efficace, che faccia cadere dagli occhi schermi inveterati e percepire nitidamente gli oggetti, sta soltanto nel porsi in un diverso osservatorio, nel guardar le cose con un diverso angolo d'osservazione.

Questo spiega perché il messaggio di Finzi sia sempre stato un messaggio appartato, contro-corrente. Non per mania di originalità, ma per radicate convinzioni metodologiche. E qui sta il segreto del personaggio; e qui sta la perfetta unitarietà del messaggio, come

(27) *Le disposizioni preliminari del Codice di commercio nel progetto della Commissione reale*, in *Rivista del diritto commerciale*, XXVI (1928), P. I, p. 398 ("il terzo articolo si propone anzi tutto un problema terminologico e, coerentemente, sistematico. La diversità di concetti impone la differenziazione dei termini"); *Sulla riforma legislativa delle società commerciali*, in *Sudi in onore di Alfredo Ascoli*, Messina, Principato, 1931, p. 430 ("questo riesame impone anzi tutto al legislatore di fissare per sé e per tutti, con precisione tecnica, il proprio metodo... bisogna mettere ordine..."); *Verso un nuovo diritto del commercio*, in *Annali del R. Istituto Superiore di Scienze Economiche e Commerciali di Firenze*, aa. 1932/33, Firenze, 1933, p. 16 (dell'estratto).

(28) Soprattutto nella Relazione su *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, in *Atti del Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario Italiano*, Firenze, tip. M. Ricci, 1935, passim.

(29) L'espressione è di Finzi ("io ho condotto l'indagine con un unico fine: la ricerca della verità"), che chiude con essa il libro in maniera ingenua e disarmante, che potremmo anche tacciare per presuntuosa, se non avessimo chiaro lo sforzo metodologico che gli sta dietro e che percorre tutto il volume (*Il possesso dei diritti*, cit., p. 409).

(30) *Il possesso dei diritti*, cit., pp. 316/17, dove cita il saggio famoso di G. VAILATI e M. CALDERONI, *Il pragmatismo e i vari modi di non dir niente*, in *Rivista di psicologia applicata*, 1909.

dimostreremo tra breve; ovviamente, sta qui il suo rilevante significato dottrinale nel panorama della scienza giuridica del Novecento anche se, nelle sue sostanziose anticipazioni, è destinato ad essere colto unicamente nei tempi lunghi.

3. E prendiamo finalmente in mano il suo *opus magnum*, in cui è contenuto già *tutto* (sottolineiamo: tutto) il futuro itinerario di ricerca, che vi è potenzialmente *tutto* ricompreso, segnalandoci una rara linea di coerenza interiore destinata a non perdersi e nemmeno attenuarsi col trascorrere del tempo.

Chi non l'ha letto con la debita attenzione, ne ha soltanto sfogliato le pagine, ne ha contemplato le folte citazioni pandettistiche, lo può ritenere — fuorviato anche dal titolo, che è equivoco — una rivisitazione moderna della *quasi possessio iuris* del diritto romano e comune, un lavoro insomma *dogmatisch*, o tutt'al più *dogmengeschichtlich*, ma sarebbe conclusione avventatissima. Questo libro è, invece, come tutte le ricerche di Finzi, l'opera più antiformalista che si possa immaginare. E qui il Nostro dimostra di avere ben appreso negli studi bolognesi la lezione alta e altamente provocatoria di Giacomo Venezian, un civilista teso a innovare a fondo in un diritto civile italiano mummificato, da un lato, nel sepolcro dell'esegesi, dall'altro, nel sepolcro non meno immobilizzante della tradizione romanistica.

Non è un lavoro, come si direbbe, di istituto, e non riguarda se non in minima parte il possesso nella sua accezione tradizionale di *possessio rei* e di *possessio iuris*; è, piuttosto, come sopra si diceva, l'indicazione di un nuovo osservatorio fecondissimo da cui guardare l'intera realtà giuridica o una buona fetta di essa: esaminare gli istituti quasi contro-luce, partendo dalla loro ombra sulle cose più che dalle linee della loro normale figura, cui ci siamo tanto avvezzi nella nostra plagiata coscienza da averne in noi una specie di inconsapevoli riflessi condizionati; esaminarli, come Finzi indicherà nel '35 a proposito della proprietà, “di sotto in su”⁽³¹⁾.

Spieghiamoci meglio: esaminare l'ordinamento giuridico non come se fosse una collezione museale di statue, belle ma morte, più

(31) Nella sopracitata Relazione su *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*.

adatte a popolare un manuale scolastico che un'esperienza viva, tutte uguali, perfettamente corrispondenti a certi modelli prefabbricati; al contrario, esaminarlo nella sua dimensione di compenetrazione arruffata ma viva coi fatti, dimensione semi-sommersa, che ha tuttavia il pregio di essere quasi sempre quella effettiva o tendente all'effettività.

Qual è il campo prescelto per l'analisi? Ecco: "il matrimonio del già coniugato, celebrato regolarmente, la nomina di un incapace ad un pubblico ufficio, il diploma concesso a chi non ne ha diritto, la forma per la costituzione di una società per azioni perfettamente osservata pur essendone sostanzialmente nullo l'atto costitutivo, la proclamazione a deputato del non-eletto, la votazione regolarmente avvenuta ma a cui prese parte un deputato la cui nomina sarà revocata, ecc. ecc." (32).

Il campo è, cioè, come indica l'elencazione sommaria ma eloquente, tutta quella vasta gamma di rapporti che non possono dirsi rapporti giuridici perfetti per il mancare di alcuni presupposti che l'ordinamento prevede necessari alla loro costituzione, ma nei quali, per il verificarsi degli elementi formali, "è avvenuta di fatto l'investitura in un diritto a favore di tal persona cui quel diritto giuridicamente non spetterebbe" (33). Rapporti di fatto soltanto nel senso del loro raffronto a un modello di rapporto perfetto e assolutamente tipico, che un formalismo miope potrebbe condannare nella fossa delle invalidità, ma che invece l'ordinamento, per le istanze sociali da

(32) *Il possesso dei diritti*, cit., p. 266.

(33) *Ibidem*. Dovrebbe però esser letto tutto il capitolo IV della seconda parte per aver chiaro lo svolgimento del pensiero dell'autore sollecitato ad andar oltre dalle pregevoli ma imperfette costruzioni di Krückmann e di Naendrup, e soprattutto di Brini, veri buoni punti fermi di partenza sol che si abbia pragmaticamente coscienza del coefficiente d'errore in essi contenute. Pagine particolarmente chiarificatrici del pensiero di Finzi sono le pp. 241/246, 258, 285/286. Il romanista Giuseppe Brini (1856-1941), dal 1889 professore di 'Pandette' nella Facoltà giuridica bolognese, fu un tipico rappresentante del pandettismo di fine Ottocento. Senza cedere alle tentazioni del montante interpolazionismo, si dedicò invece a disegnare costruzioni logiche di indole metastorica, veri e propri contributi a una dommatica pura. In questa veste, nella quale il romanista, il civilista e il teorico generale venivano a fondersi, offrì non pochi strumenti concettuali alla futura riflessione civilistica.

cui è mosso, *recupera* ⁽³⁴⁾ alla dimensione della giuridicità ad un più basso livello possessorio, facendone tanti possessi di diritti costruiti sulla analogia economico-sociale col rapporto perfetto ⁽³⁵⁾.

Enuncerà Finzi: “io affermo come possibile accanto a ciascun rapporto giuridico un altro rapporto giuridico il quale ha per fatto giuridico l’investitura in quel rapporto e per contenuto la mera possibilità legale di esercitarne il contenuto” ⁽³⁶⁾. Cioè una figura universale: il possesso dei diritti, la dimensione possessoria, quasi come uno strato del giuridico non del tutto sotterraneo e non tutto palese, ma certamente efficace nelle vicende della società, che si giustappone al sistema formale dei rapporti tipici come l’ombra all’oggetto soprastante. Una dimensione di effettività — anche se non sempre materiale, almeno potenziale — si viene ad aggiungere a quella della mera validità.

Il singolare è che questo messaggio sia stato lanciato nel 1915. Allora il civilista aveva appena deposto il monocolo esegetico ed aveva inforcato il più robusto occhiale sistematico, ma il suo orizzonte era sempre quello delle realtà tipiche con una recezione positiva ma anche condizionante del dommatismo pandettistico. La voce di Finzi era estranea al clima generale, fu solitaria e, allora, non fu raccolta. La stessa sorte era toccata al suo maestro bolognese, Giacomo Venezian, di cui si era elogiato la trattazione sistematica in tema di usufrutto, ma di cui si erano accuratamente rimosse le intuizioni dalla forte carica innovativa in tema di responsabilità civile, apparenza giuridica, causa negoziale.

Gli scarsi recensori si limitarono ad ammirare la cultura e l’intelligenza dell’autore, constatando quanto il lavoro di scavo prescindesse dal testo normativo italiano e dalla sua esegesi, ma restarono sconcertati per la assoluta novità dell’approccio e dell’impianto ⁽³⁷⁾; approccio e impianto che ebbero la mala sorte, o di

⁽³⁴⁾ È terminologia cara a Finzi, che la userà ripetutamente negli *Studi sulle nullità del negozio giuridico*. Si veda più avanti.

⁽³⁵⁾ *Il possesso dei diritti*, cit., p. 258.

⁽³⁶⁾ *Il possesso dei diritti*, cit., p. 286.

⁽³⁷⁾ Questa ci sembra essere, ad esempio, la posizione del commercialista Mario Ghiron, che recensisce il volume sulla *Rivista di diritto civile*, 1916, I, pp. 285/92 (la constatazione che siamo ben lungi da un’opera esegetica è a p. 292).

essere completamente elusi, o di costituire un fallace punto di riferimento perché completamente fraintesi.

E come poteva essere ricevuta la voce di un giurista che, in mezzo al formalismo imperante, insisteva sulla investitura di fatto di un diritto, compiacendosi di sostare ai confini estremi dell'ordinamento dove il fatto e il diritto si mescolavano scandalosamente, guardarne gli strati riposti gremiti di irregolarità ed atipicità, contemplarne serenamente quei recuperi sociali che costituivano una incoerenza rispetto alle geometrie rigorose delle forme giuridiche tipiche? Finzi non solo non condannava quei recuperi, ma si rifiutava perfino di contrapporre situazioni di diritto e situazioni di mero fatto puntualizzando di accettare la qualificazione 'rapporto di fatto' unicamente per contrassegnare la diversità di un rapporto analogo ad altro più perfetto, di un rapporto più manchevole rispetto al modello assoluto, ma non per questo meno giuridico ⁽³⁸⁾.

Una cosa Finzi condannava, ed era l'assolutezza nei giudizi dei giuristi, il muovere sempre da modelli assolutizzanti, il non capire che la realtà viva del diritto è il regno del relativo e che il problema della validità di uno schema non è mai astratto (cioè relativo ad un modello teorico), bensì a un certo assetto organizzativo empirico. La dimensione che interessa Finzi, più che quella spesso nominale e rinsecchita della validità — che significa sempre, in qualche misura, corrispondenza a valori —, è quella ricca e concreta e particolaristica della effettività: in essa nascono i possessi dei diritti nel senso finziano della nozione, in essa il diritto appare (anche se non sempre) come esercizio effettivo, come "forza in potenza", cioè come tendenza ad attuarsi, a diventare storia ⁽³⁹⁾.

Storia di oggi, certo. La storia che si incarna nel nostro vivere quotidiano, ma che può essere svelata solo se integrata con quella storia di ieri che alla incompiutezza dell'oggi fornisce i dati di una esperienza interamente vissuta e conclusa. Al livello, in cui intende muoversi il Nostro, quello dell'effettivo, l'analisi storica rappresenta una verifica insostituibile. E "Il possesso dei diritti" è infatti un libro

⁽³⁸⁾ *Il possesso dei diritti*, cit., p. 258.

⁽³⁹⁾ *Il possesso dei diritti*, cit., p. 282. Si veda inoltre alle pp. 278/81 il chiarimento sulla possibile non-coincidenza delle nozioni di possesso dei diritti e di esercizio/godimento di diritti.

immerso nella dimensione storica: chiede ai maestri pandettisti il polmone dogmatico, forse convenzionale, forse artificioso, ma prezioso punto di partenza e di riferimento teorico per avviare un discorso veramente ordinante; chiede ai germanisti di disseppellirgli dall'urna di una civiltà possessoria come il medioevo quell'istituto — e, più che istituto, figura generale — della *Gewere*, che è il segreto dell'ordinamento alto-medievale ⁽⁴⁰⁾.

Orbene, se la nozione di investitura — essa stessa quanto carica di storia! ⁽⁴¹⁾ — è operativa al centro del libro di Finzi come una cerniera tra fatto e diritto, la antica *Gewere* è l'unico assetto sperimentale che spieghi l'investitura, che dia all'autore la possibilità di capirne il meccanismo: perché la *Gewere* era stata l'assetto concreto di una civiltà costruita sul 'possesso dei diritti'.

L'istituto *hochdeutsch*, *hochmittelalterlich*, veniva sottratto dal grembo di una remota vita primitiva per dare un contenuto a quei mille rapporti imperfetti, di cui la civiltà moderna appariva straordinariamente folta. Un istituto del vecchio diritto vivente per aiutare a capire istituti tanto distaccati nel tempo, ma tanto uniti dall'unico problema di vita giuridica che eran chiamati a risolvere.

Piero Calamandrei, amico e futuro collega a Firenze di Finzi, nel suo antiformalismo, aveva dato un tale rilievo all'analisi storica da rivestire lui stesso, cultore di un diritto positivo, i panni dello storico ⁽⁴²⁾. Finzi, nella sua consapevolezza storicistica, si limita a intridere di storia il proprio discorso, a fondarlo in essa, convinto della elementarissima verità che la storia significa posizione e soluzione di problemi effettivi. È il metodo de "Il possesso dei diritti";

⁽⁴⁰⁾ Tutto il volume è impiantato su una utilizzazione costante della nozione di *Gewere*, con riferimenti continui alla grande germanistica dell'Ottocento (ad Eichhorn, ad Albrecht, a Heusler, a Gerber, a Gierke, per non citare che i maggiori). In particolare, vedi pp. 141 ss., 208 ss., 215 ss., 249 ss..

⁽⁴¹⁾ Nei suoi precedenti canonici e feudali (e lo stesso Finzi non si sottrae al gusto di citare la formula del concordato di Worms, pp. 268/9). Al Nostro è soprattutto porta dal Brini, che parla di "investimento di un diritto" nel suo saggio "Possesso di cose e possesso dei diritti" (1888), a cui nel volume finziano si attinge copiosamente. Per l'esame della dottrina di Brini, cfr. *Il possesso dei diritti*, cit., p. 224 ss..

⁽⁴²⁾ Il riferimento è soprattutto al saggio su 'La teoria dell'*error in iudicando* nel diritto italiano intermedio' (1914) e all'imponente primo volume de 'La Cassazione Civile' (1920) dedicato a 'Storia e legislazioni'.

ed è il metodo che il giureconsulto mantovano non smentirà mai nelle tappe future della propria ricerca.

Si deve ripetere ancora una volta — perché è un dato interpretativo essenziale — che Finzi è personaggio unitario, coerentissimo, compatto. Si potrebbe con tranquillità affermare che egli abbia disegnato per grossi capi, nella indagine del 1915 singolarmente espressiva delle sue forze e singolarmente matura, le linee del suo futuro itinerario.

Èccone le prove. Il discorso del 1920 in tema di nullità è già prefigurato in una pagina del '15, dove si insiste sulla 'relatività' del concetto di negozio giuridico: "Tutta la teoria del negozio giuridico e delle sue nullità, ad esempio, troverebbe facilmente una base più solida, ove si tenesse presente che il concetto di negozio giuridico è essenzialmente relativo, dovendosi l'espressione integrare con la indicazione del rapporto che costituisce l'intento del dichiarante. Un negozio giuridico in sé, astratto, non si concepisce: esso importa sempre l'allusione implicita ad un dato rapporto giuridico che ne deriva; esiste soltanto il negozio giuridico di un dato rapporto. Così solo si spiega come una fattispecie possa insieme essere e non essere negozio giuridico: essa non è come negozio di un dato rapporto; esiste invece come negozio di un altro. E tutti i concetti corrispettivi di nullità assoluta o inesistenza, e rispettivamente di validità ed efficacia, sono da considerarsi non già come assoluti, ma sempre e solo come relativi all'intento dichiarato, all'effetto cui si mira. Ciò che si dice giustamente *inesistente*, in quanto manca dei requisiti per l'esistenza come fatto giuridico di un dato rapporto, può esser non solo esistente ma perfettamente valido come fatto o negozio di un differente rapporto. Si ricordino infatti i casi di conversione del negozio giuridico" (43).

E le analisi acutissime sul diritto di proprietà, che appariranno nel '23 e nel '35, sono nelle loro conclusioni intuite da quest'altra pagina, sempre del '15 e così significativa: "Io credo non sia troppo lontano il tempo in cui, rientrando completamente nel contenuto del diritto la sua tendenza a uno scopo, il perdurare della stessa proprietà sarà condizionato alla concreta utilizzazione della cosa garan-

(43) *Il possesso dei diritti*, cit., p. 248.

tita al proprietario, ed accanto al diritto di possedere sarà posto il dovere di coltivare. Già in questo senso è tutta una grande corrente: che altro significa l'obbligo dell'attuazione dei brevetti industriali sotto pena di decadenza? E in fondo, sia pure con sanzione indiretta, l'imposta sulle aree fabbricabili? Non sono forse il segno che quella "morale del possesso produttivo" predicata dal Corradini e dal nazionalismo in Italia sta maturando e convertendosi in un corrispondente diritto?" (44).

Ma non basta. I temi lucidamente presentiti in quegli anni giovanili saranno sempre dipoi affrontati all'insegna dello stesso angolo di osservazione: guardando più all'ombra dei rapporti sulle cose che alle loro forme astratte, guardando agli istituti "di sotto in su" o di traverso per sorprenderli, al di là dei lineamenti artefatti e scolastici, nella vita effettiva del diritto.

Il nostro giurista rimarrà sempre l'allievo convinto dei pragmatici italiani (e, sul piano tecnico-giuridico, di Giacomo Venezian). Egli si riterrà sempre in dovere di evitare vie, luoghi, angolature troppo comuni e abusati, probabili fonti di distorsioni conoscitive.

4. Gli "Studi sulle nullità del negozio giuridico" risalenti al 1920 recano un sotto-titolo che potrebbe suonare smentita della nostra interpretazione: "L'art. 1311 del Codice Civile". Sarebbe quasi una risposta alle accuse di Ghiron soddisfacendo dopo alcuni anni il recensore proprio sul piano che era assente ne "Il possesso dei diritti", e cioè quello esegetico (45).

Può darsi che Finzi in cuor suo abbia inteso quel sotto-titolo proprio per salvarsi il fianco — lui ancora libero docente — dalle critiche di cattedratici illustri e miopi, e corrispondere di più all'immagine normale di un professore di diritto positivo, ma certamente il libriccino pubblicato da Zanichelli è tutto fuorché un testo

(44) *Il possesso dei diritti*, cit., p. 283. Si deve ancora una volta sottolineare, dopo accenni già fatti, l'influenza che su Finzi ha avuto il messaggio di Enrico Corradini e del nazionalismo italiano (vengono qui citati gli 'Atti del III° Congresso della Associazione nazionalista', con riferimento preciso alla Relazione di politica agraria di Guido Alessandretti, dove, riprendendo una formula corradiniana, si parla de "la morale del possesso produttivo").

(45) Abbiamo fatto cenno alla recensione di Mario Ghiron più sopra, a p. 32.

di esegesi, e, onestamente, nella avvertenza preliminare sotto il titolo della prima parte, l'autore ha cura di auto-interpretare il proprio lavoro come contributo a "una sistematica teoria generale delle nullità".

L'art. 1311 del Codice civile del 1865, nella sua apparente incoerenza formale, nel suo aspetto di "indovinello misterioso" ⁽⁴⁶⁾, è niente più che una occasione, il pretesto per un discorso più alto. Si vuole analizzare la nullità degli atti senza assolutizzazioni formalistiche, e cioè senza aver sempre e soltanto dinnanzi un'immagine di atti giuridici nella loro perfetta rispondenza alla previsione del legislatore ⁽⁴⁷⁾; e, guardando a questi atti imperfetti, si sposta opportunamente l'occhiale dal profilo della nullità — intensità massima della sanzione, che li condanna alla totale espunzione — a quello della efficacia — che, prescindendo da schematizzazioni astratte imperniate tutte sulla validità intrinseca degli atti, misura lo stesso atto nella sua dimensione esterna, nel suo vivere continuo nella storicità dell'ordinamento —, e si cerca di avvalorare il risultato, che è da un punto di vista sociale il più apprezzabile, e cioè il recupero dell'atto alla giuridicità ⁽⁴⁸⁾.

Il profilo dell'efficacia, che è un orizzonte "assai più esteso che

⁽⁴⁶⁾ *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, cit., p. 1.

⁽⁴⁷⁾ Finzi insiste sul costo e sul rischio di questo formalismo schematizzante, che condanna l'interprete alla sterilità: "Il diritto oggettivo vuol essere la norma fondamentale che regola — atteniamoci al nostro punto — i rapporti patrimoniali dei cittadini. È pertanto nella sua tendenza che tutti i rapporti patrimoniali rientrano sotto la sua tutela. Quando, per ragioni varie, ma che si riannodano sostanzialmente in gran parte al formalismo, vengono a costituirsi rapporti giuridici *di fatto*, cioè rapporti che il diritto oggettivo ricusa di considerare ma che i privati onesti osservano come giuridici, allora il diritto oggettivo sostanzialmente fallisce al suo scopo, perché in luogo di semplificare i rapporti patrimoniali e di coordinarli in una suprema armonia ove si contemperino gli interessi della società e dei singoli, viene invece ad intricarli o a contraddirli, ponendo una antitesi fra ciò che è e ciò che dovrebbe essere, dal perdurare della quale non deriva che danno sociale" (*Studi sulle nullità del negozio giuridico*, cit., p. 26).

⁽⁴⁸⁾ "È essenziale pertanto ad ogni ordinamento giuridico un sistema di recupero, direi quasi (con parola che rende plasticamente l'idea) di *repêchage* dei rapporti che esso è costretto ad escludere in un primo momento dal suo seno: un modo, diretto od indiretto, per ricondurre sotto il suo controllo, la sua tutela, la sua sanzione, i vincoli sociali di contenuto patrimoniale, che, non perfetti legalmente, hanno però una esistenza di fatto" (*Studi sulle nullità del negozio giuridico*, cit., p. 27).

non lo consenta la posizione tradizionale del problema delle nullità” (49), permette di misurare l’atto nel divenire della vita, nella cui complessità può essere recuperato: può darsi che ciò che oggi è improduttivo divenga produttivo domani; può darsi che ciò che è improduttivo per gli aspetti connessi alla regolarità dell’atto, lo sia per altri aspetti esorbitanti il modello generale: “abbandonato il regime della concentrazione dell’atto, ammessa la sua formazione progressiva, condannato di regola il formalismo, liberata la volontà da ogni veste non necessaria e attribuitale direttamente la virtù creatrice dei rapporti giuridici, fatto della dichiarazione di volontà auspice la recente teoria del negozio una unità elementare dell’ordinamento giuridico, un nuovo ‘corpo semplice’ nel giuoco della sua alchimia, è chiaro che, per ciò solo che la volontà stessa si è rivelata *inutile* in un dato momento, non vi è ragione per considerarla perpetuamente tale: se essa continua a vivere, nulla esclude che possa raggiungere più tardi, modificandosi o le esigenze della legge o le condizioni di fatto, lo scopo cui prima ha fallito” (50).

E ancora: “di qui la scoperta di tutto un brulicare di vita nel campo dei ‘nati morti’: quanto sotto l’aspetto della nullità dei rapporti giuridici ci sfugge, appare invece in piena luce considerato dal nuovo punto di vista dell’inefficacia degli atti giuridici; quella volontà, che non è degna di considerazione alcuna ove si abbia di mira il rapporto che essa non produce, e viene come travolta e coperta dalla inesistenza di esso, posta nel nuovo quadro, diventa oggetto interessantissimo di uno studio fecondo” (51).

Sorregge questa indagine di Finzi l’idea di un primato della vita sulle forme (52), che è come dire primato della effettività sulla validità; e ritorna il motivo — così monotonamente ripetuto nel volume giovanile — dei due ordinamenti concorrenti (53), quello

(49) *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, cit., p. 67.

(50) *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, cit., p. 68.

(51) *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, cit., p. 69.

(52) Dice Finzi a proposito delle disposizioni testamentarie imperfette nel tempo successivo alla morte del testatore: “inesistente è il rapporto cui esse miravano, ma esistente è invece l’energia creatrice della dichiarazione di volontà che esse contengono” (*Studi sulle nullità del negozio giuridico*, cit., p. 71).

(53) *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, cit., p. 27, dove la comparazione storica conforta e avvalorava le scelte del giurista (“a soddisfare questo bisogno è servito

delle creature perfette e quello delle imperfette, l'uno e l'altro diversamente ma ugualmente intrisi di giuridicità. E, in alto, quasi a cavalcioni su un ideale muretto che funge da spartiacque, il giurista, soddisfatto d'una posizione che è sì scomoda ma che gli consente di appagare molte delle sue curiosità intellettuali.

5. Le posizioni scomode si addicono a Finzi. Osservatore penetrante della realtà, ansioso di definirla nelle sue linee autentiche, egli ci assomiglia a quei fotografi di rango che colgono il loro oggetto dai lati più singolari e nelle posizioni più inusitate per sorprenderne l'espressione schietta che l'immagine consueta ha stemperato. È quanto arride a Finzi quando a più riprese si decide a trattare il tema maggiormente abusato per un civilista, la proprietà, su cui si era esercitata da duecento anni la retorica impura di una falange unanime di giuristi.

E come, studiando il possesso dei diritti e le nullità del negozio, il nostro autore aveva ritenuto bene di gettare lo sguardo in un panorama più ampio, anche laddove un 'sensato' formalismo consigliava di non guardare, così egli sembra ora quasi distendersi 'insensatamente' per terra ed esaminare il problema del rapporto uomo/cose "sotto il profilo delle cose" (54). È il modo spicciativo per scrollarsi di dosso due secoli di apologetiche e riacquistare una assoluta purezza di sguardo.

Già nel volume del' 15 — lo abbiamo detto —, aveva proposto per semplice accenno un'idea della proprietà nella quale il momento sociale ed economico sempre più presente veniva ad inserire nel tessuto potestativo massicce venature di dovere, immergendo il proprietario in un bagno tutto concreto fatto di godimento effettivo, di esercizio, di produzione. Era la tenue premessa della più forte ripresa del discorso, che avviene nella prolusione per l'anno accademico 1922/23 all'Istituto 'Cesare Alfieri' di Firenze.

consuetamente nella storia una specie di sdoppiamento del diritto oggettivo: accanto e sotto ad un ordinamento giuridico perfetto, formalistico, solenne, saldo e certo, fu collocato un diverso ordinamento giuridico improntato all'equità, alla materialità, all'empirismo: snello, flessibile, mutevole").

(54) *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, cit., *passim*.

Qui l'analisi di Finzi, attentamente protesa — com'è suo costume — alla “osservazione del mondo in cui viviamo” (55), è decisamente storicistica: sollecitata dalla labilità del momento in rapida e profonda mutazione, con alle spalle una legislazione eccezionale occasionata dalla guerra che aveva inciso non poco nel salotto buono del diritto privato di marca ottocentesca, percepisce con sicurezza una proprietà in trasformazione, e con altrettanta sicurezza si delincono gli esiti di essa.

Quello che a Finzi, già nel '23, appare come definitivamente appartenuto al passato è il diritto astratto di conio ottocentesco, “espressione del più puro individualismo” (56), che viene sempre più relegato in soffitta via via che si accentua “una tendenza a trasportare lo scopo sociale della proprietà nel contenuto del diritto stesso” (57), talché “la proprietà è oggi, forse più che un diritto, un centro onde si irraggiano infiniti doveri” (58).

Scritta in un momento di tumultuoso transito, la prolusione si limita a definire un orientamento, un senso, con impietosa lucidità e, insieme, con tutte le incertezze che non potevano non affiorare in un giurista di stampo liberale (59). Essa coglie *hic et nunc* la temperie di una corrente, che è in continuo divenire, senza volerla arrestare in una ‘definizione’. Qui la sola consapevolezza è della fluidità del materiale in corsa, e l'ansia definitoria del giurista si limita a disegnare una linea in fuga, nella coscienza di non poter fare di più.

La definizione può avvenire nel 1935 in un clima più riposato. La sporadica, eccezionale legislazione di guerra è diventata ormai un sistema di legislazione speciale, le vecchie istanze corradiniane e quelle ancor vaghe e contraddittorie del primo fascismo di cui si fa cenno nella prolusione (60) sono diventate in Italia l'ordinamento corporativo con alla base una norma organica, solida e robustamente pensata, la ‘Carta del lavoro’. All'interno della stessa coiné civilistica hanno preso forma correnti di pensiero e di azione come quella

(55) *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, in *Archivio giuridico*, LXXXIX (1923), p. 55.

(56) *Ibidem*.

(57) *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, cit., p. 59.

(58) *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, cit., p. 58.

(59) *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, cit., p. 60 ss..

(60) *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, cit., pp. 58, 60, 63.

‘agrарistica’ di Giangastone Bolla ⁽⁶¹⁾. Circostanze tutte che consentono al giurista di approfittare della grossa occasione di un ospitale Convegno di diritto agrario (guarda caso, il primo) per chiudere il discorso che aveva avuto nel '15 e nel '23 due momenti provvisorii.

L'adesione all'ordinamento corporativo è convinta, totale, ma — si badi — non è né opportunistica né sentimentale. A fronte della incondizionata, plateale e viscerale adesione al fascismo del suo collega Giovanni Brunetti ⁽⁶²⁾ Finzi oppone un movimento di simpatia intellettuale per un ordine nel quale egli si riconosce volentieri come giurista, cogliendone il carattere di lettura della struttura socio-politica e delle sue potenziali conflittualità squisitamente risolta in termini di diritto; e vi si riconosce anche perché le sue vecchie idee di ascendenza nazionalista vi trovano a loro volta ampio riconoscimento.

Soprattutto convince Finzi quella assunzione della cosa come realtà produttiva al centro del sistema dei rapporti uomo/beni, quel rispetto della cosa nei suoi oggettivi meccanismi economici. Ed ecco il giurista, come immaginosamente abbiamo detto più sopra, distendersi per terra e guardare al diritto di proprietà cambiando completamente osservatorio.

Finzi, nel quadro della Relazione, lo ripete fino alla noia: intende analizzare dal basso la proprietà, “sotto il profilo delle cose”. Non è né una bizzarria né una innocua variazione sul tema. È una cautela metodica, da leggersi e interpretarsi come uno di quegli atti di vigilanza pragmatistica che possono salvare da equivoci e luoghi comuni. È la cautela che consente a Finzi di attingere pienamente

⁽⁶¹⁾ Che aveva fondato nel 1922 la ‘Rivista di diritto agrario’, uno specifico foglio di azione intellettuale per rivendicare l'autonomia dal generico diritto civile di quella realtà economico-giuridica contrassegnata come ‘diritto agrario’; che aveva organizzato la stessa assisa congressuale nella quale Finzi è relatore. Su Giangastone Bolla si veda il profilo, che è contenuto in questo volume.

⁽⁶²⁾ Si veda, per esempio, di Brunetti soprattutto il saggio *Diritto, pace e fascismo*, ora in *Archivio giuridico*, CII (1929), ma Relazione tenuta a Firenze, nel settembre del 1929, alla XVIII^a riunione della ‘Società per il progresso delle scienze’. Giovanni Brunetti (1867-1935), romanista e civilista di qualche rispetto, è il primo Preside della rinata Facoltà giuridica fiorentina dal 1924 al 1930. Di lui non sono dimenticabili alcune ricerche di teoria generale in tema di ‘delitto civile’ (1906) e di ‘norme e regole finali nel diritto’ (1913), quest'ultima oggetto di folte e vivaci discussioni.

quel livello che a lui, giurista concreto, è più caro: quello dell'effettività.

Il capovolgimento dell'angolo di osservazione non gli dà — semplicemente invertita — la stessa immagine che si sarebbe avuta nei procedimenti consueti di analisi, giacché non si è trattato soltanto di spostarsi restando al di sopra della cosa, ma di spostarsi per poter prestare attenzione alle regole in quella contenute, per rendersi conto di tanti meccanismi che lo sguardo dall'alto della testa del soggetto proprietario non consentiva di cogliere e di percepire. Il capovolgimento, in questi termini, non è formale ma sostanziale.

Un primo vistoso risultato è il riconoscimento del carattere pubblicistico di quello che un tempo si chiamava diritto privato patrimoniale. Il bene, come struttura fenomenica ed economica, è una realtà ontologicamente insofferente ad essere costretta nell'angustia di un processo di individualizzazione da parte di un soggetto singolo, ma reclama la sua centralità nella organizzazione socio-economica generale e, poiché “non vi sono beni indifferenti allo Stato” (63), si può arrivare ad affermare “quasi una *demanialità indiretta*, un concorso attivo dell'interesse pubblico con quello privato nel godimento delle cose” (64). Nella società, insomma, “sono i beni che si mettono in primo piano” (65), che “si pongono logicamente come un prius rispetto al cittadino, cui spettano” (66), “non più i beni in funzione del soggetto: ma questo in funzione di quelli” (67).

Con conseguenze rilevanti a livello di teorizzazione dei poteri: relegato senza un rimpianto lo *ius abutendi* di umanistica memoria fra le anticaglie inservibili, il potere del proprietario appare sempre più un potere “discrezionale”, “cioè, insieme, *libero e vincolato*” (68), con la consequenzialissima possibilità di applicargli le figure familiari al diritto pubblico dell'eccesso e dello sviamento di potere, con

(63) *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, cit., p. 161.

(64) *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, cit., p. 163.

(65) *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, cit., p. 160.

(66) *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, cit., p. 160.

(67) *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, cit., p. 160.

(68) *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, cit., p. 176.

la parallela ammissibilità anche entro i confini del cosiddetto diritto privato della tutela degli interessi legittimi.

Sono, queste, conclusioni che si commentano da sole. Ci limitiamo unicamente a osservare che, con queste sue pagine, Finzi, sul piano della costruzione giuridica, rompeva le muraglie — fino ad allora senza incrinature — di quella rigida dicotomia diritto privato/diritto pubblico che era stata costituzionale allo Stato di diritto, e favoriva disinvoltamente la osmosi fra le due dimensioni e fra gli strumentarii tecnici a ciascuna di esse riservati. Sul piano storico, sopravanzava la stessa diagnosi contemporanea di Pugliatti sulla proprietà ⁽⁶⁹⁾ e anticipava di parecchio una svolta nella analisi dei diritti reali che sarebbe stata compiuta soltanto molti anni dopo dalla civilistica post-bellica ⁽⁷⁰⁾.

In questa visione socialmente acuita dei beni e dei diritti sopra di essi consegue un secondo parimente vistoso risultato: la proprietà e il proprietario, cui l'ordinamento fornirà d'ora in avanti la propria tutela qualificata, non saranno le figure che la vecchia tradizione classica — rimosso lo scomodo magistero medievale — aveva consegnato pressoché intatte alla coscienza moderna e che l'individualismo sette/ottocentesco aveva fatto proprie. Non sarà certamente la proprietà pura, situazione astratta da ogni connessione con la realtà ma connessa soltanto al soggetto della cui libertà costituisce l'espressione più efficace, non sarà questa proprietà costruita sul soggetto e per lui, economicamente indifferente, a fungere da pernio della nuova complessa vita sociale del secolo ventesimo.

⁽⁶⁹⁾ Ci riferiamo alla Relazione di Salvatore Pugliatti, tenuta nell'ambito dello stesso Convegno agraristico in cui parla Finzi, intitolata "Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà".

⁽⁷⁰⁾ Nel 1935 l'analisi coraggiosa e anticipatrice di Finzi provocò, proprio per il suo deciso coraggio e per il suo carattere anticipatorio, nonché per il vistoso risultato anti-soggettivistico, le ferme reazioni di chi, come Fulvio Maroi, pur essendo ben inserito nella ideologia fascista e corporativista, ne rappresentava l'anima liberal-proprietaria che aveva pur contribuito quindici anni prima al successo della ideologia per il favore determinante dei potentati economici. Istruttiva la lettura, nell'ambito degli stessi 'Atti' congressuali, dell'intervento di Maroi rimproverante a Finzi di essere giunto a conclusioni che inevitabilmente portavano "all'attenuazione della proprietà privata, che è un aspetto della personalità umana, come fu detto dal Duce" (cfr. *Atti del I° Congresso Nazionale di Diritto Agrario*, cit., p. 260).

Ciò che questa società rispetta e protegge è soprattutto la produzione, la cosa in atto, l'azienda come complesso di elementi patrimoniali tecnicamente e giuridicamente unificati dal materiale coordinamento e dallo scopo comune. Ciò che essa auspica è la coincidenza fra appartenenza del bene e gestione della produzione, ciò che esige è la generalizzazione della figura del proprietario/produttore, che non potrà non essere il protagonista della futura vita economica e che Finzi propone al Congresso "come oggetto di studio interessante ed urgente" (71).

Un tentativo, dunque, di definizione della nuova proprietà sulla scorta di una attenzione tutta nuova, senza condizionamenti soggettivistici, per i meccanismi oggettivi del reale. Un tentativo anche di sbarazzarsi di ipoteche culturali, che rendono spesso inerte il pigro e misoneista discorso dei giuristi, per corrispondere ai segni dei tempi. Cade infatti l'ipoteca romanistica troppo imperniata sulla dicotomia *ius publicum/ius privatum*, troppo orientata in senso individualistico nella sua interpretazione dei diritti reali, mentre dai sotterranei della storia riemergono strumenti plastici come la *Gewere* e il dominio utile, su cui una tradizione individualistica nutrita di archetipi romanisti aveva tanto acremente irriso (72).

La cultura di Finzi si misura ormai soltanto in quella che, con frase fortunata, egli chiama felicemente la "officina delle cose", giacché "è solo nella officina delle cose che si preparano i nuovi progressi del diritto patrimoniale" (73).

Sarebbe interessante seguire più oltre il giureconsulto mantovano nella sua analisi scompositiva e ricompositiva della riscoperta dimensione oggettiva della proprietà per trarne una nozione veramente 'moderna', e sarebbe parimente interessante seguirlo nei suoi saggi definitorii di un nuovo diritto commerciale, dove egli ripercorre lo stesso itinerario liberatorio da pesanti archetipi romanistici in nome delle esigenze obbiettive dei fatti economici (74). L'indole

(71) *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, cit., p. 171.

(72) *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, cit., p. 167.

(73) *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, cit., p. 180.

(74) Intorno agli anni Trenta Finzi, che è allora insegnante nell'ambito dell'Istituto Superiore di Scienze Economiche e Commerciali di Firenze, si occupa a più riprese di un possibile volto del nuovo diritto commerciale, allora in profonda discussione in vista

del presente saggio non ci consente di andare al di là di questi accenni, bastevoli peraltro a segnalare una fra le riflessioni di scienza giuridica più fresche ed aguzze del nostro secolo, singolarissima anche per la compattezza della sua coerenza (75).

di una prossima sistemazione legislativa. È evidente nel Nostro la coscienza della viva storicità del diritto commerciale, nato non sullo scrittoio dei sapienti ma nella prassi delle piazze mercantili medievali con una tipicità essenziale: “l’uso come fonte, il console come giudice, la libertà delle forme, la supremazia della volontà creatrice” (*Verso un nuovo diritto commerciale*, cit., p. 9 dell’estratto).

Tipicità tradita, quando nella civiltà giuridica moderna, lo si è voluto pensare e ridurre nel letto di Procuste del diritto romano, cui fu sostanzialmente estraneo creare un diritto autonomo dei commerci: “i giuristi, invece, in luogo di costruire originalmente il diritto nuovo degli scambi, non hanno saputo fare di meglio che comporlo ordinatamente nel sistema del diritto civile; quasi una tomba. *Personae, res, actiones*: come insegnò Gaio e come Napoleone risigillò, annullando così, con l’omogeneità del dogma, l’originalità nativa; soffocando la spinta vitale della sorgente perenne del diritto, che si forma da sé *rebus ipsis dictantibus et necessitate exigente*; e riconducendo, dopo secoli di fecondo sviluppo, la grande fiumana del diritto speciale del commercio al tronco del diritto comune, dal quale non senza enormi vantaggi per la civiltà si era staccata” (*ibidem*, p. 11),

Da qui la proposta — che anticipa tecnicamente quanto Finzi dirà due anni dopo al Congresso Nazionale di Diritto Agrario — di costruire il nuovo diritto commerciale sbarazzandosi di ipoteche romanistiche, di condizionamenti soggettivi, su “una base essenziale *oggettiva*” essendo “non più i beni in funzione del soggetto, ma questo in funzione di quelli” (*ibidem*, p. 15).

(75) Una prova di questa coerenza compattissima ci è offerta dal programma che Finzi propone agli studenti fiorentini della Facoltà di Giurisprudenza per il suo primo ‘corso’ di ‘Istituzioni di diritto privato’ (vedilo in *Annuario della R. Università di Firenze*, a.a. 1924/25, p. 241). È un programma di gran respiro, che vuol contribuire alla formazione di un giurista, non di un tecnico da strapazzo. Ben al centro di esso, entro la ‘parte generale’, una sezione dedicata a ‘I possessi’, che non ha nulla a che vedere con ‘il possesso e le azioni possessorie’ (trattati successivamente in modo autonomo) e che si scandisce eloquentemente così: “Analisi del fatto giuridico e del rapporto giuridico; Investiture e possessi di diritto; L’apparenza nel diritto”.

Anche se Finzi non lo avesse sottoscritto, nessuno avrebbe osato togliergli la paternità di un simile programma. I temi e i problemi della ricerca scientifica del 1915 intridono di sé, a distanza di dieci anni, anche il magistero. E l’unità e la coerenza del personaggio si esaltano ai nostri occhi.

IL GIURISTA GIORGIO LA PIRA

1. La Pira: un personaggio unitario per un progetto unitario. — 2. ‘Principi’! — 3. Il vincolo indissolubile tra riflessione scientifica e lezione: la ‘prolusione’ fiorentina del 1934. — 4. Il diritto romano di Giorgio La Pira.

1. Giorgio La Pira emerge a Firenze da un profondissimo sud ⁽¹⁾ al seguito di un Maestro sollecitante come Emilio Betti ⁽²⁾.

⁽¹⁾ La Pira nasce a Pozzallo, nell’angolo più meridionale della Sicilia, nel 1904. Questa sua radice così intensamente mediterranea, che si unirà armonicamente al respiro fiorentino con cui vorrà presto — e per sempre — integrare la propria personalità, non sarà mai smentita, e non era neppure smentibile. Gli anni messinesi di La Pira costituiscono, fin dai tempi in cui frequenta l’Istituto tecnico-commerciale A. M. Jaci, una esperienza privilegiata per il giovane uomo di cultura in formazione: basti pensare che in quelle aule maturò l’evento provvidenziale della convivenza e del sodalizio con Salvatore Quasimodo e con Salvatore Pugliatti, un sodalizio spirituale e culturale che fu per il Nostro non soltanto un indubbio efficace arricchimento, ma, anche nei più tardi anni fiorentini, un aggancio con il sud come dimensione spirituale e culturale. Oggi, in questa direzione interpretativa, sono uno strumento prezioso, fra le molte riesumazioni epistolari di questi anni, i carteggi pubblicati con i familiari, con Pugliatti e con Quasimodo (si vedano G. LA PIRA, *Lettere a casa (1926-1977)*, a cura di D. Pieraccioni, Milano, Vita e Pensiero, 1981; S. QUASIMODO-G. LA PIRA, *Carteggio*, a cura di A. Quasimodo, Milano, All’insegna del pesce d’oro, 1980; G. LA PIRA, *Lettere a Salvatore Pugliatti (1920-1939)*, a cura di F. Mercadante, Roma, Studium, 1980.

⁽²⁾ Con l’anno accademico 1925/26 Emilio Betti è chiamato alla cattedra di ‘Storia del diritto romano’. Resterà a Firenze soltanto per due anni, ma questa fugace presenza non è dimenticabile per tre buoni motivi: una prolusione di altissimo rango (è la prolusione su “La creazione del diritto nella *iurisdictio* del pretore romano” tenuta il 18 gennaio 1926, pubblicata poi negli *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento*, Padova, Cedam, 1927); l’applicazione del metodo casistico nella didattica dei corsi romanistici, che Betti ripeterà e svilupperà nelle sue sedi future, ma che nasce nel clima eletto e raffinato della scuola fiorentina per un ristretto gruppo di studenti (vi fa cenno lo stesso Betti nelle sue interessanti e singolari *Notazioni autobiografiche*, Padova, Cedam, 1953, p. 25); il trapianto del suo giovane allievo messinese.

Sin dall'inizio trova incondizionati apprezzamenti nella Facoltà di approdo ⁽³⁾; vi si inserisce alla perfezione; in essa e nella città trova il terreno congeniale cui providenzialmente si sente da sempre vocato ⁽⁴⁾; nella comunità dei giuristi fiorentini avverte di essere cittadino con cittadinanza piena, e la sua ricerca scientifica si arricchisce nel dialogo continuo, armonicissimo, con i colleghi che gli lavorano accanto ⁽⁵⁾.

⁽³⁾ Che volle stampata nella propria 'collana' di pubblicazioni la dissertazione di laurea. Chi si accorse soprattutto dell'ingegno vivo e precoce del giovane siciliano fu Federico Cammeo, un personaggio dallo sguardo particolarmente aguzzo, docente di Diritto amministrativo. Interessante la missiva di La Pira del 1° luglio 1926 a Salvatore Pugliatti (cfr. LA PIRA, *Lettere a Salvatore Pugliatti*, cit., p. 69) e quella — dello stesso luglio ma di giorno imprecisato — ai familiari (LA PIRA, *Lettere a casa*, cit., p. 39 ss.), nelle quali rende conto del suo esame di laurea. Sull'entusiasmo di Cammeo per La Pira cfr. anche G. MILIGI, *Gli anni messinesi di Giorgio La Pira*, Milano, All'insegna del pesce d'oro, 1980, p. 80. La Facoltà fu particolarmente materna con il bravo allievo di Betti. Trasferitosi questi a Milano, a una sua lettera di rimpianto cordiale, il Consiglio dà, nel verbale della seduta del 14 ottobre 1927, la seguente risposta: "Il Preside, mentre ricambia a nome della Facoltà i sentimenti di affetto e di stima espressi dal prof. Betti, si augura che l'opera del valoroso scienziato possa esser degnamente continuata nella nostra Facoltà dal suo allievo dottor La Pira, i cui lavori lasciano già presagire un luminoso avvenire scientifico nel campo degli studi romanistici". Tre giorni dopo, il 17 ottobre, il Consiglio conferiva a La Pira il primo incarico di insegnamento, quello degli 'Elementi di storia del diritto romano'. Dieci anni dopo, al momento di esprimere il debito giudizio in vista della promozione a ordinario, la Facoltà, rompendo i confini delle formule stereotipate (così usuali in casi del genere) cede all'èmpito del ricordo più affettuoso. Si legge nel verbale del Consiglio del 7 gennaio 1937: "fu un caro allievo della Facoltà giuridica fiorentina, che poté apprezzare le doti eccezionali del La Pira fin da quando egli era studente". Tutto questo è, del resto, confermato dai continui riconoscimenti che si trovano nei carteggi di La Pira con i familiari, con Pugliatti, con Quasimodo.

⁽⁴⁾ Si veda la importante lettera a Salvatore Pugliatti del 6 dicembre 1931 (LA PIRA, *Lettere a Salvatore Pugliatti*, cit, p. 123). A Pugliatti, che insiste per un suo rientro a Messina, La Pira fissa con profetica lucidità le ragioni, non legate ad affetti umani ma tutte di indole culturale e metafisica, che non gli consentono alcuna indulgenza per la voce pur tanto cara dell'amico e degli amici siciliani. Il legame perenne di La Pira con la città toscana è già da allora indiscutibilmente identificato. Siamo soltanto al 1931, ma in quella lettera, che viene dal profondo dell'animo, sono potenzialmente compresi e intuitsi il lungo futuro magistero, le battaglie religiose civili politiche, la guida del Municipio, l'organizzazione dei Convegni per la pace e la civiltà cristiana, le lotte per la difesa del lavoro, eventi tutti che trovano in Firenze la nicchia congeniale e disponibile.

⁽⁵⁾ Basta scorrere le lettere a Pugliatti, dove il discorso cade spesso sui colleghi di cattedra e sul comune lavoro. Rapporti fortissimi e costanti — e un impegno continuo

Per l'interpretazione di La Pira un dato, che è stato generalmente sottovalutato ma che deve essere, al contrario, segnato con la più netta evidenza, è che la sua presenza nella Facoltà di Giurisprudenza, il suo esser giurista non si esauriscono in una semplice, quasi esteriore connotazione professionale, nel suo mestiere quotidiano. Per La Pira l'esser giurista è un abito intrinseco, se ci è consentito di usare questa non scorretta terminologia della teologia scolastica, è una radicazione caratteriale che permette al soggetto una lettura tutta puntuale e tutta peculiare del mondo.

Le 'Istituzioni' di Gaio, che dobbiamo sempre vedergli idealmente sotto braccio anche quando sarà — assai più tardi — deputato alla Costituente e Sindaco di Firenze e pellegrino sui cammini della pace mondiale, non son per lui un libriccino innocuo, un arnese di lavoro come il martello per il fabbro o la pialla per il falegname, ma piuttosto un cifrario rigoroso e omnivalente, un breviario metodico, un metodo, con cui ridurre la complessità dei fatti a linee e a figure geometricamente precise ⁽⁶⁾.

— La Pira tenne con la più agguerrita cultura fiorentina. Significativa la partecipazione a quel cenacolo libero e coraggioso che fu durante il fascismo la 'Biblioteca filosofica' e la familiarità con due personaggi discreti e pensosi, Piero Marrucchi e Arrigo Levasti, fatto su cui ha giustamente insistito in certe sue pagine fini e suggestive Eugenio GARIN, *Testimonianza*, in *La Pira oggi — Atti del I° Convegno di studi sul messaggio di Giorgio La Pira nella presente epoca storica — Firenze, 4/5/6/7 novembre 1981*, Firenze, Cultura editrice, 1983, pp. 273-275. Pure significativi il legame non episodico con i fertili ambienti letterarii della Firenze *ante bellum* e la collaborazione alla Rivista fiorentina 'Il Frontespizio', un foglio che aveva inciso a fondo sulla cultura fiorentina e italiana di quegli anni. E sul 'Frontespizio' egli pubblica due saggi corposi, quasi una anticipazione del vicino messaggio dei 'Principi': nel 1937 "Natura dell'uomo e ordine giuridico", nel 1938 "Architettura del corpo sociale" (su questo complesso nodo di rapporti cfr. l'informato e assai utile saggio di S. NISTRI, *La Pira, Papini e il 'Frontespizio'*, in *La Pira oggi*, cit., soprattutto p. 258 ss.).

(6) Torneremo più avanti su queste geometrie del diritto romano nella visione di La Pira. Ma, al di là dei suoi interessi professionali che sono romanistici, è il discorso tecnico dei giuristi, il loro cifrario, che lo interessa, che ha fatto suo e di cui ha ormai magistrale padronanza. Ne sono rimarchevole esempio le lettere a Pugliatti, da dove emerge un continuo, fiducioso invio di manoscritti in lettura da Messina a Firenze; e da parte di La Pira corrisponde un giudizio competente, agguerrito. Rilevantissime due missive: quella del 5 ottobre 1927 e quella del 3 dicembre 1928, dove La Pira, esprimendo precise valutazioni su saggi pugliattiani, dimostra la sua dimestichezza — appresa alla scuola bettiana — con l'armamentario tecnico delle dottrine generali del

Certamente, La Pira è personalità complessa e a parecchie dimensioni, ma al fondo, alla scaturigine prima, è giurista. Dagli studi giuridici esce irrimediabilmente segnato per sempre, lo sa, se ne compiace, e sempre identificherà nel sapere giuridico l'occhiale che gli permette una messa a fuoco incredibilmente nitida del mondo sociale e culturale. Vogliamo, insomma, sottolineare un legame né episodico né occasionale fra la costituzione intima dell'uomo La Pira e il suo essere professore di diritto romano; vogliamo puntualizzare che l'abito professionale, il produrre e l'insegnare scienza giuridica, non poteva che travasarsi nella vita del cittadino La Pira, essere orientato a una insopprimibile (e dal protagonista mai soppressa o almeno contenuta) tensione a straripare, con un reciproco gioco di influenze fra ricerca pura, insegnamento ed esperienza civile, che fa degli anni fiorentini di La Pira fra il Trenta e il Quaranta un laboratorio veramente irripetibile.

Si aggiunga un ulteriore elemento interpretativo. Limitandoci a prendere atto che egli studia e insegna una disciplina storico-giuridica, lo si dovrebbe qualificare come uno storico del diritto, ma sarebbe per La Pira una qualificazione formalistica. Il suo diritto romano, anzi — per dir meglio — il suo diritto romano classico ché a quello solo va il suo sguardo ammirato e innamorato, non è un prodotto storico (7). È piuttosto una carica vitale proiettata al di là dei singoli tempi storicamente definiti, nella loro concatenazione e consecuzione, in una storia galoppante verso il futuro perché non storia di accadimenti bruti ma storia di salvezza, orientata in ogni sua piega al *telos* della salvezza.

diritto civile e del processo civile (cfr. *Lettere a Salvatore Pugliatti*, cit., alle date soprastegnate). Da quanto scrive La Pira si può con sicurezza dedurre che si tratta di valutazioni sui seguenti lavori giovanili di Pugliatti: *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in *Annali dell'Istituto di scienze giuridiche economiche politiche e sociali della R. Università di Messina*, I (1927); *Il negozio di gestione sottostante alla rappresentanza*, ibidem, II (1928).

(7) Vi torneremo più avanti. Basti, per ora, rinviare il lettore alla eloquente impostazione metodologica della prolusione fiorentina, una delle pagine più tipiche del Nostro (cfr. G. LA PIRA, *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana*, in *Studi in onore di Filippo Virgili*, Roma, Foro Italiano, 1935, soprattutto il § II).

Il passato di La Pira è pietra angolare della città futura, è quel passato che gli “a révéle la construction de l’avenir” (8) e pertanto più appartenente alla metastoria che alla cronaca. La Pira è storico nella misura in cui potrebbe esserlo un teologo della storia, ma la dimensione sua vera resta una, e una sola: quella metafisica, che è intrinsecamente, per propria indole, come or ora si diceva, metastorica.

Questo giurista convinto di avere nell’istrumentario giuridico la cifra di lettura del mondo esterno, questo romanista convinto di avere nel diritto romano classico un patrimonio inesauribile di mezzi per l’educazione delle intelligenze e per la costruzione della civiltà di oggi e di domani, non può contentarsi di cercare interpolazioni nel chiuso del suo gabinetto di studio o di disegnare con chiarezza dalla cattedra le linee della *mancipatio* e della *in iure cessio*, ma deve ordire un discorso che, disponibile al respiro della società civile, tende a proiettarsi in essa e ad impressionarla.

2. Parleremo oltre dell’impegno scientifico di La Pira nel ricostruire le architetture sistematiche dei classici, un impegno che caratterizza l’intero decennio pre-bellico e che vedrà armonicamente e felicemente risolto il compito scientifico in quello didattico e viceversa; ora ci interessa guardar da vicino un’opera tutta di La Pira, arcinota, tanto nota da essere oggetto troppo spesso di sguardi superficiali.

Intendiamo riferirci a quella Rivistina ‘Principi’, che uscirà a Firenze in dieci fascicoli, per i tipi di una libreria editrice locale, dal gennaio 1939 al gennaio/febbraio 1940 (9). È una Rivistina pensata, promossa, si direbbe con qualche esagerazione interamente scritta da

(8) Frase ricorrente sulla bocca di La Pira, al pari dell’altra di analogo contenuto: “il futuro ha un volto antico”, come è attestabile da chi ha avuto quotidiana familiarità con lui, per esempio da chi scrive queste righe (ma si veda anche F. MAZZEI, *La Pira-Cose viste e ascoltate*, Firenze, L. E. F., 1981, p. 25). Non è senza significato che la frase riportata nel testo appartenga, con qualche minima variazione formale, alla penna di Teilhard de Chardin, il pensatore che disegna da antropologo l’itinerario di ricongiungimento dell’uomo con Dio:

(9) La stessa casa editrice, la L.E.F., ne ha curato recentemente, nel 1974, una ristampa fotostatica, raccogliendo assai opportunamente in un unico volume tutti i fascicoli pubblicati nel 1939-40.

La Pira; è una creatura a lui particolarmente speculare. E che cos'è nella sostanza? La risposta è perfino ovvia: un foglio di denuncia e di protesta, un programma politico e, prima ancora, ideologico contro il regime sempre più ingombrante e aberrante, contro la follia della guerra ormai scoppiata come un incendio, nel tentativo di riscoprire e tracciare il volto di una auspicabile società del futuro.

Se così è, non è un fuor d'opera parlarne qui? Non appartiene a un La Pira operante fuori dell'Università e fuori del suo laboratorio di scienziato e di professore? Anche formalmente essa si presenta avulsa da esso: nella necessaria mimesi ⁽¹⁰⁾ del primo fascicolo appare infatti quale supplemento a 'Vita cristiana', foglio di buona agiografia dei Padri Domenicani del convento fiorentino di San Marco dove La Pira vive.

Non saremo noi a smentire tutto questo: parliamo ancor oggi dei 'Principi' per l'atto di coraggio che costituirono, per essere stati denuncia e programma, per avere assunto il ruolo di vessillo innalzato sotto cui iniziare a combattere la battaglia. Senza dubbio 'Principi' fu un messaggio politico, un atto generoso di passione civile. Ma a quale livello? Ponendo in essere quali strumenti? Prefigurandosi quali fini? Non sembri ridicola a taluno la nostra netta conclusione: 'Principi' è, da un punto di vista rigorosamente epistemologico, opera scientifica; tale è, tale vuol essere. Il suo livello è quello della riflessione scientifica, scientifici gli strumenti, scientifici il programma e il fine.

Aggiungiamo: 'Principi' è una Rivista di scienza giuridica nella misura in cui un programma viene varato e condotto con la metodologia del giurista, con gli strumenti di analisi del giurista, con una prevalenza di apporti di giuristi professionali. Vogliam cioè dire: 'Principi' è da inserire nel tavolo di lavoro del La Pira giurista e romanista, nella consapevolezza che quel tavolo è stato sempre e sempre sarà unitario.

Troppo spesso, nella interpretazione del futuro deputato e sindaco, questo viene dimenticato soprattutto dai non-giuristi, ma ciò significa soltanto precludersi un prezioso canale interpretativo dell'intero personaggio. I principii invocati financo nel titolo sono

⁽¹⁰⁾ Necessaria mimesi, perché soltanto con questa mascheratura poteva, almeno all'inizio, passare inosservata dalla censura.

principii di indole squisitamente scientifica, cioè conoscitiva, gli unici in grado di svelare “le linee architettoniche naturali della società” (11), che sono oggettive come quelle geometriche d’una costruzione.

Quando, nella ‘premessa al primo fascioletto si insiste con una ripetitività deliberata sul fatto che “l’universo intiero”, cioè la realtà cosmica e storico-sociale, “è retto da leggi naturali” (12); quando si tiene a sottolineare che “la struttura giuridica e politica della società non pende né dall’arbitrio del legislatore né dall’arbitrio del politico” ma “ha una causa esemplare superiore che deriva, pel tramite della legge naturale, dalla legge eterna di Dio” (13), non si possono non trarre alcune conclusioni elementari sui punti che appaiono fondamentali: la volontà del redattore di contrapporre agli arbitrii particolari e particolaristici dei detentori del potere l’esistenza di un ordine naturale universale; la certezza che quest’ordine è retto da principii obbiettivi che debbono formare oggetto di scienza perché soltanto la scienza è in grado, come approssimazione alla verità, di individuarli e di enuclearli; la convinzione che questi principii, nell’orditura sociale, non hanno alcuna vaghezza e fumosità ma sono principii giuridici connessi a ‘leggi’ generali, come giuridica è la struttura connaturata alla società.

Non abbiamo fatto il conto, ma ci sia consentito di puntualizzare che è singolare e straordinario lo scialo di questo inusitato e impopolare aggettivo ‘giuridico’ nella premessa a un foglio di protesta politica, uno scialo che può suonare stonato o almeno non appropriato in chi vuol collocare la Rivista unicamente in un paesaggio di lotta politica e di affermazioni ideologiche. Ma in La Pira l’importante era proprio la filtrazione e la conseguente decantazione del concitato messaggio politico nella rete ordinante della riflessione scientifica. Ciò era congeniale alla essenziale professionalità del redattore, ciò serviva a rendere indiscutibili i principii additati, non invenzioni fantasiose ma verità da leggere nella natura delle cose e dichiarare.

(11) Cfr. *Principi*, n. 1 — gennaio 1939 — *Premessa*, p. 1. Il termine e la nozione di ‘architettura’ sono cari sia al La Pira scienziato, sia al politico.

(12) *Ibidem*, p. 3.

(13) Loc. ult. cit..

La ‘premessa’, senza grossi approfondimenti speculativi, si confermava nel solco tradizionale del giusnaturalismo cattolico; se v’era tipicità nel suo messaggio, questa consisteva nella rivisitazione marcatamente giuridica, nella contrapposizione ad essa sottesa fra il non-diritto del tiranno (quand’anche si fosse concretato in leggi ⁽¹⁴⁾) e il futuro diritto da costruire, nel tentativo di contribuire innanzi tutto al disegno di una architettura giuridica.

Malattia professionale? Sarebbe un’ipotesi riduttiva, perché in questa premessa nulla è inconsapevole od occasionale, tutto è invece pensato e progettato. La Pira legge il mondo con i suoi occhiali: il fascismo, il nazismo, gli emergenti totalitarismi non rappresentano solo un ordine morale, ma un ordine giuridico violato, e non si può non insistere sul diritto, giacché il giurista è convinto che la dimensione giuridica non è mai pura forma ma è strettamente connessa alle radici d’una comunità; il diritto è il volto certo della comunità colto nelle sue stabilità. E La Pira non èsita a conclamare le sue fonti: sicuramente il maestoso patrimonio del pensiero filosofico e teologico greco/patristico/scolastico da Platone ad Aristotele ad Agostino e Tommaso, ma anche il meno popolare e accessibile pensiero “sociale e giuridico”, quelle “più sane correnti giusnaturalistiche che, esse pure derivate dalla meditazione dei greci e dei romani, sono giunte purificate e perfezionate dal pensiero dei Padri e dei Dottori, sino alle soglie del nostro tempo” ⁽¹⁵⁾.

Il tessuto connettivo della Rivista non smentisce la premessa ma la realizza. Tema onnipresente e dominante è la guerra, il tormentoso problema della guerra giusta ⁽¹⁶⁾, ma affrontato senza genericismi moralistici da una angolatura che è puntualmente quella del diritto internazionale alla luce dei grandi classici del pensiero giuri-

(14) Polemico è il riferimento all’arbitrio del legislatore, che una vieta tradizione illuministico/liberale continuava a dipingere come l’interprete oggettivo delle esigenze comunitarie, le quali potevano così trovare grazie a lui armonica corrispondenza in regole generali ed astratte. Quanto fosse risibile questa favoletta lo dimostrano le allora recentissime e scottanti leggi per la difesa della razza, che pesano sullo spirito dei ‘Principi’

(15) *Principi*, n. 1 — gennaio 1939 — *Premessa*, p. 2.

(16) *Principi*, n. 4 — aprile 1939 (p. 94); n. 5 — maggio 1939 (pp. 115 e 116); n. 8/9 — agosto/settembre 1939 (pp. 160 e 180); n. 10 — ottobre 1939 (p. 189 e p. 206); n. 11/12 — novembre/dicembre 1939 (p. 213).

dico come Vitoria, Suarez, Grozio, Vattel, o della più accreditata dottrina internazionalistica (primi fra tutti Verdross e Kelsen) (17). E quando si analizza l'organismo sociale nella articolazione e nella gerarchia dei suoi valori, la guida preziosa e sicura per capire le regole intime dell'organismo è costituita dai giuristi della scuola istituzionalistica, da Hauriou e da Renard, o, più a ritroso, dalla maestosa ricostruzione storico-giuridica di Otto von Gierke (18).

I 'Principi' fanno insomma parte della riflessione e produzione del La Pira scienziato, sono un sasso lanciato ben oltre le mura dell'Università, destinato a operare e circolare soprattutto fuori di quelle mura, ma fra quelle mura pensato e progettato. Lo segnala il programma risolto nella compostezza di un progetto scientifico, lo segnala il discorso impostato e portato innanzi, che non lascia che raramente la sicurezza dell'analisi giuridica.

È l'immagine di un La Pira ben affacciato a una grande finestra sul mondo, ma con i piedi ancora ben saldamente piantati nel suo laboratorio di giurista. Un modo di rispondere e corrispondere alle non eludibili sollecitazioni della società civile senza sdoppiamenti, senza lacerazioni, con una ferma coerenza alla propria vocazione di scienziato.

La scienza è qui ancora la mediatrice necessaria con il mondo.

(17) Fra i vari apporti citati nella nota precedente si vedano soprattutto i contributi di chiarificazione teoretica operati da La Pira nei tre saggi: *Principi sopra la guerra* (ivi, p. 160); *Natura della guerra giusta* (ivi, p. 189); *Liceità della guerra giusta* (ivi, p. 213). È qui che vengono abbondantemente citati e utilizzati il 'de iure belli' del domenicano Francisco de Vitoria, il 'de iure belli ac pacis' di Ugo Grozio, le opere di Suarez e il 'droit des gens' di Vattel; come il *Völkerrecht* del grande internazionalista viennese Alfred Verdross (che La Pira usa nell'edizione berlinese del 1937), e di Hans Kelsen *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (Tübingen, 1920) e la *Reine Rechtslehre* consultata nell'edizione lipsiense del '34.

(18) Cfr. il saggio *Gerarchia dei valori sociali*, in *Principi*, n. 6/7 — giugno/luglio 1939, p. 126 ss., costruito sul concetto di istituzione sulla scorta dei saggi ben noti di Maurice Hauriou (*La théorie de l'institution et de la fondation*, 1925) e di Georges Renard (*La théorie de l'institution*, 1930). Il testo di Gierke cui si fa riferimento — vale la pena di puntualizzarlo soltanto per l'eventuale lettore non/giurista — è la poderosa ricostruzione storica *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, che La Pira cita nella parziale traduzione francese di De Pange (*Les théories politiques du Moyen Age*; una ricostruzione, quella di Gierke, dominata dalla nozione di 'organismo sociale'.

3. Alla fine del 1933 Giorgio La Pira, che già opera sul posto, è chiamato a ricoprire la cattedra di ‘Diritto romano’ (19)

La Pira ha fretta di procludere; non passano due mesi dalla chiamata che il 2 febbraio del ’34 avviene la festosa liturgia accademica. Non lo spinge il gusto della cerimonia solenne, o il desiderio di possesso della cattedra; è piuttosto una volontà di dire, di gridare sui tetti, una esigenza imperiosa di comunicazione.

Al contrario di tutte le prolusioni accademiche — che sono monologhi esibizionistici e, quando va bene, esposizione di risultati scientifici — la prolusione lapiriana del ’34 ha degli interlocutori non fittizii negli studenti, cui egli esplicitamente e lungamente si rivolge. V’è di più: quando parla poco dopo ai colleghi, li investe soltanto degli “indirizzi costruttivi che caratterizzano gli insegnamenti di questa Facoltà”, cioè quella fiorentina, parla loro unicamente di educazione degli spiriti (20).

La prolusione dedicata a “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana” è infatti sorretta da un preciso assillo educativo e in esso si motiva: “se non riusciamo ad altro che a dare alle menti che siamo chiamati ad educare il gusto dell’unità e del sistema, avremmo già compiuto un’opera conforme a quegli indirizzi costruttivi che caratterizzano gli insegnamenti di questa Facoltà” (21).

(19) Si veda quanto lo stesso La Pira scrive all’amico Salvatore Pugliatti subito dopo la chiamata della Facoltà (cfr. LA PIRA, *Lettere a Salvatore Pugliatti*, cit., p. 145).

(20) A questa sua prolusione La Pira annesse sempre una grossa importanza e sempre la ascrisse fra i grossi eventi della sua vita. Nella copia del Digesto nella edizione Mommsen/Krüger, che egli teneva sul suo tavolino da lavoro e che è ora conservata nella camera rimasta intatta dal giorno della morte, sono segnate con la sua grafia, nella prima pagina bianca dopo la legatura, non molte date, le date essenziali; fra queste, appunto la data della prolusione, con questa precisazione tutta lapiriana: “2 febbraio 1934 Prolusione; festa della Purificazione di Maria, 1° venerdì del mese”.

La prolusione lapiriana fu pubblicata, come abbiám già detto, quale saggio autonomo negli ‘Studi in onore di Filippo Virgili’. Assai opportunamente l’Istituto di diritto romano della Facoltà giuridica fiorentina, ribadendo il valore intrinsecamente pedagogico di quella, l’ha ristampata ad uso degli studenti insieme ad altri scritti metodologici di La Pira. V.G. LA PIRA, *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana* — Dispense ad uso degli studenti, Firenze, 1972 (da questa pubblicazione saranno fatte le citazioni). L’indirizzo ai colleghi e agli studenti, con cui si chiuse la prolusione, è a p. 26 e a p. 27.

(21) LA PIRA, *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana*, cit., p. 26.

Riflessione scientifica e messaggio didattico si fondono nella unità dello scienziato/docente, e la lezione diviene semplicemente uno dei lati esterni della ricerca, forse il più rilevante; è la ricerca solitaria che si fa rapporto, si socializza al massimo.

Sia consentito di guardare con una sosta attenta a questo anno accademico 1933-34, il primo anno da cattedratico, un anno di grazia per La Pira, in cui è potenzialmente presente il futuro itinerario del romanista e del professore di diritto romano (22).

L'11 dicembre 1933, felice della avvenuta chiamata, scrive all'amico civilista Salvatore Pugliatti una lettera che è il sigillo d'un programma: "Provo tanta gioia nel mio insegnamento; gli studenti mi seguono; ad essi io mi sforzo di mostrare le *bellezze geometriche* del diritto romano. Credilo, c'è tanta luce in questo panorama di istituti che offrono allo sguardo *linee architettoniche così belle!* Il Diritto romano va insegnato così: mostrando queste prospettive ricche di *simmetria*; solo così il nostro insegnamento ha una funzione educativa di grande importanza. Come sarebbe bello se potessimo dare agli studi giuridici questo *afflato di bellezza* che solleva dalla tecnica pura alla visione di un *panorama unitario*" (23).

'Bellezze geometriche', 'linee architettoniche così belle', 'simmetria', 'afflato di bellezza', 'panorama unitario': i corsivi sono nostri e vogliono sottolineare la libertà e insieme la fermezza del discorso lapiriano, che parte dal diritto, è intimamente giuridico, ma si scrolla di dosso le tecniche per cogliere, al di là del giuridico, una sempre più intensa approssimazione dalle verità particolari alla verità che è unità e bellezza. Non c'è alcuna insofferenza per il diritto; c'è anzi un profondo rispetto per questo prezioso strumento dell'umana convivenza. Solo che il diritto di La Pira, anche il suo prediletto diritto romano, è il segmento di un lungo itinerario metafisico, è gradino d'un preciso *itinerarium mentis ad Deum*.

(22) La Pira è il primo a esserne consapevole. Chiudendo la parte preliminare della prolusione e domandandosi le ragioni della scelta d'un simile tema, egli precisa: "ne avevo pensati vari altri: ma finalmente questo mi sembrò il più adatto a tracciare a me stesso le linee orientatrici delle mie future indagini" (LA PIRA, *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana*, cit., p. 7). Nodo di consonanze misteriose fra presente e futuro, fra dimensione spirituale e intellettuale.

(23) LA PIRA, *Lettere a Salvatore Pugliatti*, cit., p. 145.

Per questo vanno superati tutti i meschini particolarismi ⁽²⁴⁾, l'ammasso delle scorie storiche, l'intrico avviluppante delle minime tecniche giuridiche ⁽²⁵⁾, anche una pesante erudizione storicistica (filologica, archeologica) ⁽²⁶⁾, che, se sopravvalutata a un rango più che strumentale, diventa soltanto fardello e fardello oneroso. Il romanista deve essere ricostruttore di unità, di simmetrie, di architetture; ciò che i singoli punti di una linea non sono in grado di rivelare, può invece rivelarlo la figura nella sua unitaria e armonica complessità.

Nasce da questa convinzione fermissima, quasi una dignità nella coscienza scientifica, la attenzione di La Pira verso la costruzione romana di un sistema. Un sistema concepito e interpretato come la testimonianza dell'umana intelligenza, che sa ridurre a unità le membra sparse. Dirà La Pira al termine della sua prolusione ai colleghi fiorentini, che immaginiamo stupefatti ad ascoltarlo nell'Aula Magna universitaria; dirà La Pira con quel suo frasario intessuto di nudità disarmanti (ma sono le nudità pudibonde dei fanciulli): "dare il gusto dell'unità significa educare gli spiriti non solo a quell'unità specifica cui essi particolarmente orientano la loro ricerca, ma altresì elevarli a quella visione unitaria della vita che ha in Dio il suo centro supremo" ⁽²⁷⁾.

Cammino dello scienziato e della scienza dalle unità alla Unità; un superarsi e un innalzarsi di unità concentriche, che doveva essere familiarissimo al lettore dei grandi Scolastici medievali, primo fra tutti San Tommaso.

Non è, infatti, un caso che, nello stesso torno di tempo in cui lavora alla stesura della prolusione, il romanista siciliano studiò a fondo l'Aquinate e la sua concezione del diritto naturale ⁽²⁸⁾. Chi

⁽²⁴⁾ "Lo studio del particolare ha fatto oscurare la bellezza armoniosa del tutto" (LA PIRA, *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana*, cit., p. 8).

⁽²⁵⁾ "la ricerca papirologica ed interpolazionistica, anziché tendere al suo scopo — quello di porre in luce sempre maggiore le linee grandiose dell'edificio sistematico della giurisprudenza romana — è diventata fine a se stessa (*ibidem*, p. 8).

⁽²⁶⁾ Si veda la critica a Wenger contenuta nella prolusione (*ibidem*, p. 11) e che è esattamente di questa indole.

⁽²⁷⁾ *Ibidem*, p. 27.

⁽²⁸⁾ G. LA PIRA, *Il diritto naturale nella concezione di S. Tommaso d'Aquino*, nel supplemento speciale a *Rivista di filosofia neo-scolastica*, XXVI (1934).

apra lo scarno saggio pubblicato nel 1934 sulla Rivista del padre Gemelli e pensi di ritrovarvi la solita solfa degli scrittori cattolici sui rapporti fra diritto naturale e positivo resta invece sconcertato. Il problema che vi si dibatte — e da cui è combattuto l'indagatore — è, se vogliamo, squisitamente epistemologico; verte sulle radici dell'intelligenza, sulle fonti prime del sapere, sul concetto di scienza, di metodo scientifico, di metodo educativo.

Alle singole conoscenze si presuppone una obbiettiva realtà ontologica, delle *rationes seminales*, “alcuni principî fondamentali e universali relativi a ogni scienza”. Fine dello scienziato è il loro attingimento, fine dell'educazione è porre il discepolo nella condizione di attingerli ⁽²⁹⁾. Le scienze né debbono né possono mai prescindere da questo patrimonio interiore di verità, che, proiettato sui singoli oggetti, li esalta e li conquista.

Concluderà La Pira: “Ecco la necessità di tornare alle sorgenti prime della norma: prima che questa norma entri, per così dire, nel mondo giuridico, essa ha già vissuto una vita ricca di sviluppi e di interessi: è tutto un mondo interiore dell'uomo che questa norma ha attraversato: è partita dalle radici più lontane della vita e si è via via sviluppata diretta, nello sviluppo, da una orientazione profonda che l'ha spinta verso le finalità ultime dell'uomo. Non si deve più ignorare questa segreta ricchezza delle prime origini dell'operare. Entrando in questo mirabile laboratorio dell'anima per cogliere alla sorgente i primi impulsi dell'azione, ci si rende consapevoli di una cosa: che il tecnicismo giuridico, come quello scientifico in generale, non è fine a se stesso e non si esaurisce in gusti di logica e di estetica;

⁽²⁹⁾ La Pira cita espressamente S. Tommaso anche su questo punto squisitamente pedagogico: “sopra l'esistenza di questi germi intellettuali è fondata tutta la dottrina ‘de magistro’ esposta da S. Tommaso nella *Summa* (I.117.1). Al problema — come il maestro causa la scienza nel discepolo — S. Tommaso risponde con Aristotele: “docens causat scientiam in addiscente reducendo ipsum de potentia in actum” (I.117.1), cioè eccitando, movendo per mezzo di strumenti estrinseci, il meccanismo interiore del discente” (LA PIRA, *Il diritto naturale nella concezione di S. Tommaso*, cit., p. 5 (dell'estratto). Per una utile documentazione sulle fondazioni tomiste delle riflessioni lapiriane — fondazioni, se non esclusive, certamente portanti per la sua riflessione fino agli anni Cinquanta — cfr. ora V. POSSENTI, *Giorgio La Pira e il pensiero di San Tommaso*, Milano, Massimo, 1983 (*Studia Universitatis S. Thomae in Urbe*, 20), nonché V. POSSENTI, *La Pira e San Tommaso*, in *La Pira oggi*, cit.

ma è cooperazione riflessa ed amorosa a quel grande sforzo di finalità che muove tutto l'essere dell'uomo" ⁽³⁰⁾.

È un invito al ricercatore a guardare dentro di sé, a compiere una severa introspezione prima di percorrere con lo sguardo il mondo esterno, è un invito al maestro a educare alla introspezione come preludio di ogni attività scientifica. Scienza e magistero come educazione alla scienza, unificati in questa parossistica scoperta di fondazioni essenziali, tensione metafisica all'Essere, alla sua unità, alla sua bellezza.

La scelta della speculazione sistematrice della giurisprudenza quale tema della lezione solenne si ricollega a queste affinanti riflessioni epistemologiche, è ad esse una pacata risposta operativa: rifiuto dello smarrimento nei particolari, percezione del tutto nella sua bellezza e solidità. Il sistema giuridico è, così, immagine non spregevole, pur nella sua intensa umanità, di un qualcosa che sta oltre, che è al di là, più in là dei confini modesti del diritto e delle costruzioni umane. Un itinerario conoscitivo, che è il cammino metafisico alla percezione dell'Essere. E qui scienza e didattica non hanno confini: il teleologismo assorbente li spazza via unificando ricercatore e professore, atto di ricerca e atto di magistero.

Per questo la prolusione è lezione, non un artificio di lezione ma il discorso di un professore vivo a studenti in carne ed ossa, interlocutori muniti di orecchi recettivi; ed è atto di scienza nella più pura delle sue espressioni.

Anno di grazia questo 1934, di composizione piena per il cristiano, lo scienziato, il docente. La tastiera sembra varia e diversificata, ma il filo conduttore è unitario, e lega indissolubilmente la lettera a Pugliatti, l'approfondimento epistemologico sui testi tomi-sti, la prolusione sul sistema. Unità di tempo (la sincronia, nel giro di alcuni mesi, è illuminante), ma unità di tensione intellettuale, che fa del magistero fiorentino di La Pira una realtà difficilmente ripetibile.

Gli anni immediatamente successivi saranno ancora dedicati a scavare sulla singolare 'recherche de la vérité' dei giuristi classici, e ne scaturirà subito il saggio su 'L'arte sistematrice', poi quello su 'Il

⁽³⁰⁾ LA PIRA, *Il diritto naturale nella concezione di S. Tommaso d'Aquino*, cit., p. 15 (dell'estratto).

metodo'. È un furore epistemico, che non lascerà più il romanista fiorentino e che — prima del suo totale catturamento da parte degli impegni civili; ma sarà anche questo un catturamento verso grandi architetture, verso linee armoniche e unitarie — gli impedirà di ridiscendere nell'angustia delle ricerche particolari, lo condannerà *per absurdum*, nel suo volo alto, troppo alto in un clima rarefatto, a una sorta di impotenza scientifica.

I corsi di lezioni — mai affidati alla stampa, sempre mantenuti nella provvisorietà delle pagine litografate o policopiate quasi per sottolinearne la effettiva destinazione — saranno ormai la sua palestra preferita e realizzeranno appieno le sue premesse metodiche; e saranno infatti corsi personalissimi firmati da lui, prima che nella sottoscrizione sul frontespizio, nella struttura fortemente caratterizzata.

Apriamo il primo, che ci è capitato di reperire relativo all'anno accademico 1939/40, e guardiamo l'esordio: "Introduzione. I. Scopo del corso; II. Concetto di scienza; III. Il sistema".

Le riflessioni, le certezze accumulate negli anni precedenti sembrano qui assommarsi, e continua a premere l'assillo epistemologico di sempre: il metodo, la scienza, il sistema. E continua a esser viva tutta l'intelaiatura tomista, che fa spicco e che suona singolare in chi è abituato alla onesta piattezza degli usuali manuali istituzionali di diritto romano. Ma, soprattutto, perenne e vivissima, la coscienza che insegnare è anch'esso fare scienza, anche se farlo dialogicamente con la massima disponibilità per gli interlocutori.

4. Sul terreno del diritto romano, troppo spesso umiliato in quegli anni nella bassa corte della esegesi più minuta e di una esasperata ricerca interpolazionistica, dalle aule di via Laura, sede a Firenze della Facoltà di Giurisprudenza, viene una ventata d'aria fresca con la rapida ma intensa stagione romanistica di Giorgio La Pira.

Dopo solidissime esercitazioni sulla struttura degli istituti, che danno una piattaforma sicura alla sua ansia conoscitiva e gli garantiscono l'approfondimento più affinato d'una tecnica e d'un mestiere ⁽³¹⁾, il giovane studioso siciliano avverte l'angustia soffocante

⁽³¹⁾ Il riferimento è, innanzi tutto, alla grossa monografia su *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, Vallecchi, 1930, che costituisce l'ampliamento e il rifacimento della sua tesi di laurea (sulla lunga, faticosa e

del particolare, dominato da un duplice *furor* metafisico ed epistemologico che si congiungono e si sorreggono vicendevolmente, si dedica con passione mediterranea alle architetture portanti dell'universo giuridico, rifiutando quello smarrimento nei particolari che non è soltanto metodologicamente scorretto ma che è tradimento della vocazione verso il Divino. Già ne abbiamo parlato più sopra, ma dobbiamo spiegarci meglio, anche a costo di ripeterci, per il lettore digiuno di un minimo di dimestichezza con l'opera di La Pira.

Dopo i molti saggi e volumi su sparsi e vari argomenti cui si è or ora accennato, ecco apparire nel giro breve di due anni, dal '34 al '35, tre succose meditazioni sui temi fondamentali, quasi una illuminazione repentina, quasi un attingimento nel cielo alto delle verità supreme. Poi, il silenzio dello scienziato, un silenzio quasi assoluto, come se quegli scritti — l'abbiam rilevato più sopra — avessero bruciato le risorse dello scrittore e le avessero definitivamente sigillate nell'urna del suo passato. Resterà il professore di diritto romano, innamorato del suo colloquio con gli studenti, l'autore diligente e convinto di dispense che già conosciamo, ma lo scienziato puntigliosamente tacerà ⁽³²⁾.

appassionata gestazione del libro sono oggi illuminanti molte delle sue *Lettere a casa*, cit., in data luglio 1926, 15 luglio 1926, 16 luglio 1926, 19 luglio 1926, 22 luglio 1926, 24 marzo 1927, 21 maggio 1927, 30 maggio 1927, 6 giugno 1927, 22 giugno 1927, 23 giugno 1927, 11 luglio 1927, 14 luglio 1927, 23 luglio 1927, 4 agosto 1927, 14 agosto 1927, 4 ottobre 1927, 6 ottobre 1927, 8 ottobre 1927, 20 ottobre 1927, 7 novembre 1927, 7 dicembre 1927, nonché, tra le *Lettere a Salvatore Pugliatti*, cit., quelle in data 31 marzo 1927 e 29 novembre 1929); in secondo luogo, ai vari studi in tema di successione *mortis causa* e di pegno (cfr. *La sostituzione pupillare*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, III, Milano, Treves, 1930; *La struttura classica del pignus*, in *Studi in onore di Federico Cammeo*, II, Padova, Cedam, 1933; *La struttura classica della conventio pignoris*, in *Studi in memoria di Umberto Ratti*, Milano, Giuffrè, 1934); o alle ricerche sul *compromissum*, che si compiono nello stesso tempo di quelle sul sistema (cfr. '*Compromissum*' e '*litis contestatio*' *formulare*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, II, Palermo, Castiglia, 1936.

⁽³²⁾ Come romanista, l'unico saggio successivo fondato su ricerche originali verte su *La personalità scientifica di Sesto Pedio*, ed è pubblicato in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, XLV (1938). Altrimenti, ripeterà stancamente temi e prospettive già consolidati senza aggiungervi alcunché, com'è per il quarto saggio metodologico aggiunto nel 1937 e intitolato: *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana-Il concetto*

Le tre meditazioni sono la prolusione a noi ben nota su “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana-Problemi generali” e la sua naturale prosecuzione nei saggi su “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana - L’arte sistematrice” e “La genesi del sistema nella giurisprudenza romana - Il metodo” (33).

Il tema è uno solo: il sistema, l’invenzione ed erezione del sistema da parte dei giureconsulti classici, la *reductio ad unitatem* delle mille regole ordinarie degli assetti d’interessi più disparati e, conseguentemente, l’innalzamento della *iurisprudencia* da mera tecnica a scienza. Una scienza non è infatti mai un ammasso caotico di dati, bensì il loro ordinamento in base a principii nomenclatori ed unificatori, il suo transito da realtà confusa e indefinita a sistema (34).

Ma il sistema non è un artificio, appartiene all’ontologia delle grandi creazioni dello spirito e deve possedere — per esser tale — delle fondazioni culturali sicure. Il tema di La Pira è la ricerca di esse, il loro rinvenimento nell’impossessarsi da parte di un ceto consapevole di giuristi — primo, Servio Sulpicio — dei grandi strumenti dialettici e nell’operarne il travaso come operazione ortopedica del quotidiano giuridico (35).

di scienza e gli strumenti della costruzione scientifica, o il contributo su *Problemi di sistematica e problemi di giustizia nella giurisprudenza romana*, che è negli *Atti del V° Congresso di studi romani*, V, Roma, 1946.

Il sintomo dello spengersi d’una rapida stagione creativa è sottolineato da una pubblicazione promessa e sempre mancata: quella dei *Problemi di metodologia laboniana* annunciati per gli *Studi in memoria di Contardo Ferrini* (Pavia, 1942) e rimasti invece al livello di semplici appunti (sui quali cfr. F. FABBRINI, *L’influenza del diritto romano sulla spiritualità di Giorgio La Pira*, in *La Pira oggi*, cit., p. 89).

(33) La prima fu, come sappiamo, pubblicata negli ‘Studi Virgili’, nel 1935; il secondo saggio nel *Bullettino dell’Istituto di diritto romano*, XLII (1934); il terzo in *Studia et documenta historiae et iuris*, I (1935). Come abbiamo più sopra precisato, le citazioni dei tre lavori lapiriani saranno fatte sulla pubblicazione complessiva ricordata alla nota 20. Il quarto saggio, citato alla nota precedente e che è una stanca prosecuzione della entusiastica problematica del 1934/35, è pubblicato in *Bullettino dell’Istituto di diritto romano*, XLIV (1936/37).

(34) La Pira insiste a usura su questi due concetti basilari: funzione unitiva del sistema; conseguente garanzia di scientificità che esso offre agli oggetti in tal modo ordinati (cfr. *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana-Problemi generali*, cit., p. 16 ss.; *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana - L’arte sistematrice*, cit., p. 31 ss..

(35) “è, dunque, Servio che per la prima volta ha elevato la giurisprudenza a vera scienza... e questo egli ha potuto fare applicando alla giurisprudenza l’arte del sistemare,

Se la dialettica è “l’arte che insegna a dividere e a definire, riducendo così ad unità ciò che altrimenti resta confuso e dissipato” (36); se, in questo suo aspetto essenziale, “è vera scienza della costruzione scientifica” (37), il momento scientifico del diritto ha un inizio certo; ed è il momento in cui la realtà senza volto e senza confini del quotidiano giuridico è stata arginata e articolata, cioè compresa (*comprehensa*), grazie, agli strumenti dialettici del *dividere* e del *definire* (38), di un ordinare cioè che è il risultato di due operazioni autonome: separare ciò che è distinto per natura sua intrinseca e che sarebbe indebito mescolare; unificare, con precisa coscienza della complessità dei contenuti, di ciò che è effettivamente comune e di ciò che non lo è.

I giuristi romani sono veduti in una loro dimensione squisitamente culturale che ne aumenta lo spessore, nel loro colloquio fitto e fruttuoso con alcune ben identificate fonti greche di cui abbondantemente si nutrono: la logica di Aristotele (39), la geometria di Euclide (40), la grammatica di Dionisio Trace (41). Si noti: i tre mentori sono individuati in un loico, un matematico e un grammatico, come a dire che il diritto è sottratto alle miserie del sociale ed è colto in alcune grandi linee categoriali che non soffrono spazio e tempo, linee pensate come degli universali, quasi un’architettura razionale meramente conoscitiva, che si misura soltanto con le

quest’arte che insegna a dividere ed a definire, riducendo così ad unità ciò che altrimenti resta confuso e dissipato... la sistemazione dello *ius civile* è una conseguenza della applicazione della dialettica al diritto” (*La genesi del sistema nella giurisprudenza romana - L’arte sistematrice*, cit., pp. 34/35).

(36) Vedi il testo citato alla nota precedente.

(37) Loc. ult. cit..

(38) “la costruzione ha luogo mediante la *divisione* e la *definizione*. *Dividere* e *definire* sono le due operazioni fondamentali per mezzo delle quali si erige un edificio scientifico (il sistema). La *divisione* crea la nervatura del sistema: essa ha per fondamento le partizioni in *genera* e *species*; la *definizione*, per contro, ha funzione unificatrice, perché, nella sintesi che essa realizza, coordina, riducendole ad unità, tutte le parti che la divisione ha generate. La pluralità nell’unità, l’unità nella pluralità: è questa la legge che regola intrinsecamente ogni sistema scientifico” (*La genesi del sistema nella giurisprudenza romana - L’arte sistematrice*, cit., pp. 37/38).

(39) *L’arte sistematrice*, cit., pp. 41/44.

(40) *L’arte sistematrice*, cit., p. 45.

(41) *L’arte sistematrice*, cit., p. 46.

coerenze trascendentali dell'intelletto; ed è altrettanto notevole che a padre spirituale di tutto il discorso si assuma la riflessione definitoria di Vailati (42), un matematico e un loico, il pragmatista che aveva tentato la purificazione della conoscenza da scorie storiche e luoghi comuni (43).

Non v'è dubbio: sia pure in un orizzonte umano i 'classici', le loro costruzioni armoniose, il loro sistema così dialetticamente cementato, sono nel solco del cammino metafisico verso la Verità assoluta, e la loro conquista mediante il procedimento sistematorio di una verità purificata rappresenta un acme di quel cammino conoscitivo che, se è nella storia, sembra quasi alla storia non appartenere in grazia di quel fine che è al di là e al di sopra.

È singolare che ricerche dedicate a una 'genesi', a un affioramento storico, siano tanto poco storicistiche, anzi ispirate a una metodologia che si colloca in posizione antitetica anche al più ridotto storicismo. La carica di valenze logiche, matematiche, grammaticali serve a La Pira per rendere tanto qualitativamente intenso il prodotto storico 'giurisprudenza classica' da de/storicizzarlo, da proiettarlo in un paradiso di modelli validi ovunque e sempre.

La 'giurisprudenza classica' non è un prodotto di forze storiche, è invece un prodigio irripetibile quale miracolosa confluenza di energie culturali, un *unicum* rispetto al quale l'itinerario successivo, o è una ripetizione pedissequa, o è stolta dilapidazione (44). E La

(42) Poiché questa nostra ricostruzione del pensiero giuridico di La Pira ha qui una forma autonoma all'interno di questo volume a contenuto eterogeneo, ma deriva da pagine del libro unitario sulla storia degli studi giuridici nella Firenze italiana "Stile fiorentino", nella stesura originaria dell'85 non si fa nessun cenno chiarificatore sulla personalità di Giovanni Vailati — forse ignota a parecchi lettori —, giacché di lui si era parlato in altra e precedente parte del libro. Qui non si può che rimandare il lettore al saggio, esso pure derivante da pagine del libro su "Stile fiorentino", relativo a: *Un giurista solitario: Enrico Finzi*, e precisamente alle pp. 21 ss.

(43) Le citazioni sono frequenti nel terzo saggio: *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana - Il metodo*, cit., pp. 53, 54, 57, 63, 71, 77. Sembrano particolarmente influenti le ricerche vailatiane sulla geometria greca e i saggi famosi sulla teoria della definizione in Platone ed Aristotele. Per questa ricostruzione lapiriana di geometrie giuridiche, la logica di Vailati, che si purifica e si fonda nei rigori matematici, ha valore di modello insostituibile.

(44) "Di scienze giuridiche dell'antichità — lo possiamo dire senza errare — non ce n'è che una sola: è quella romana dell'epoca classica. Dico dell'epoca classica e della

Pira insiste volentieri sulle geometrie del sistema, quasi a sottolinearne la natura metastorica di creatura nata perfetta una volta per tutte ⁽⁴⁵⁾; e volentieri ne addita al lettore la ‘bellezza’ immettendosi su un piano valutativo inconsueto al giurista ⁽⁴⁶⁾, ma che gli serviva per porre quel sistema al riparo da usure, per evitargli relativizzazioni, allo stesso modo con cui è assolutizzata agli occhi di ogni contemplatore un’opera dell’arte plastica.

Che il romanista siciliano si ponesse da questo peculiarissimo osservatorio lo dimostra la incessante, martellante compenetrazione operata fra dimensione epistemologica e dimensione metafisica: il sistema, reticolato unificatore, è garanzia di scientificità, giacché è imitazione dell’opera unificatrice d’Iddio suprema unità ⁽⁴⁷⁾, dove la scienza come conoscenza di oggetti collocati nello spazio e nel tempo ha un senso soltanto se intesa come primo grado di approssimazione ai valori supremi, come prima cinta muraria da valicare di quello che, con l’immagine di una grande mistica a lui prediletta, Teresa d’Avila, si potrebbe puntualmente chiamare il ‘castello interiore’.

E lo dimostra quel parallelismo tra vitalità contemplativa e vitalità conoscitiva ⁽⁴⁸⁾, marcato con una ostentazione che sopra abbiamo collocato ai limiti della impudicizia e che è certo *signanda albo lapillo* tra la uniformità d’una letteratura accademica rigidissima custode d’uno stile che pretendeva il distacco dello scrittore dalla rischiosa familiarità con se stesso.

prima e più luminosa epoca classica. La scienza giuridica posteriore non segna, in quanto scienza, nessun progresso” (*La genesi del sistema nella giurisprudenza romana-Problemi generali*, cit., p. 12).

⁽⁴⁵⁾ Il discorso si ripete. Vedine un esempio in *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana-Problemi generali*, cit., p. 10.

⁽⁴⁶⁾ Qualificazione ricorrente. Per alcuni esempi, cfr. *ibidem*, p. 9.

⁽⁴⁷⁾ È il motivo di tutto il primo saggio, ma ricorrente in modo quasi monotono nella conclusione (cfr. *ibidem*, pp. 26/27).

⁽⁴⁸⁾ Vedi quel significativo parallelo fra la “dispersione interiore” del contemplativo “tiepido” che abbandona “la visione luminosa dell’unità di Dio” e lo “smarrimento nei particolari” dello scienziato che perde di vista le grandi linee portanti (*ibidem*, p. 11). Illuminantissima, poi, quella ammissione, che si rinvia in una delle *Lettere a Salvatore Pugliatti*, cit., e precisamente in quella datata: Austria, estate 1928 (p. 81): “io sono doppiamente interpolazionista, quanto alla critica del *corpus iuris* e quanto a quella delle anime”.

Ventata d'aria fresca, dicevamo più sopra; e non soltanto perché rottura d'un costume consolidato. Piuttosto, perché, pur traendone le conseguenze opposte, La Pira indicava un sentiero storiografico tutto da percorrere, quello della 'cultura' dei giuristi romani, sentiero che avrebbe consentito in seguito l'immersione dei 'classici' nelle forze del loro tempo, accentuandone la grandezza come uomini in carne ed ossa e non come spiriti disincarnati. Ma La Pira — lo sappiamo — non è uno storico del diritto ⁽⁴⁹⁾; i suoi sentieri sono più quelli di Isaia ⁽⁵⁰⁾ che non del povero storiografo carico soltanto delle sue relatività.

Tributario del clima fiorentino post/pragmatista di pulizia intellettuale, ammirato al pari del suo collega civilista Enrico Finzi ⁽⁵¹⁾ del magistero vailatiano per il suo carattere liberatorio, educato dalla scuola di Betti al gusto delle costruzioni teoretiche (anzi: dommatiche), egli si limita a disegnare e ordinare le sue figure geometriche nella certezza che la perfezione di linee, cerchi, angoli sia specchio d'una Perfezione suprema.

Con tutte le sue ingenuità, e anche con il suo carico di improvvisazioni culturali ⁽⁵²⁾, la testimonianza del romanista La Pira, appartata, solitaria, singolarissima, ha una nicchia sicura nella storia del pensiero giuridico italiano del Novecento. E sarebbe stato ingiusto non sottolinearlo qui ⁽⁵³⁾.

⁽⁴⁹⁾ Lo abbiamo rilevato alla p. 50.

⁽⁵⁰⁾ "Il sentiero di Isaia" è il titolo del discorso pronunciato da La Pira, quale Sindaco di Firenze, alla Tavola Rotonda di incontro fra Est e Ovest tenuta a Mosca il 4 dicembre 1963.

⁽⁵¹⁾ Su questo punto, come si dice nella precedente nota 42, può essere giovevole al lettore la consultazione del saggio precedente di questo volume dedicato a: *Un giurista solitario: Enrico Finzi*.

⁽⁵²⁾ Una valutazione severa su questi saggi lapiriani è fatta da M. TALAMANCA, *Lo schema 'genus-species' nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *La filosofia greca e il diritto romano* (Colloquio italo/francese-Roma, 14/17 aprile 1973), Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1977 — Quaderno n. 221, tomo II°, p. 9 ss. (dell'estratto), che ne coglie certamente le non poche claudicanze culturali, ma che non sottolinea abbastanza la validità di anticipazione d'una strada da battere e di tentativo di rinnovazione metodica della romanistica, che è nel progetto — anche se mai realizzato appieno — di La Pira.

⁽⁵³⁾ Appunto, in un libro dedicato agli studii giuridici a Firenze dal 1859 al 1950, nel quale queste pagine trovavano originariamente collocazione.

‘IL PROFESSORE’ E ‘VIA LAURA’ (*)

(Giorgio La Pira e la Facoltà giuridica fiorentina)

1. ‘Il Professore’ — non può esservi dubbio — è lui, Giorgio La Pira, come da sempre l’han chiamato per le strade di Firenze, con affetto e rispetto insieme, quando lo vedevan passare e subito lo additavano con curiosità e attenzione. ‘Via Laura’, invece, è riferimento usato qui in maniera alquanto esoterica per la più gran parte dei lettori. Arcinota come titolo d’un fortunato libro di Marino Moretti ⁽¹⁾, la stretta ed ombrosa stradiciola che corre appartata (ma non più quieta) sotto l’alto muro del Museo Archeologico, è nota a pochi per essere la sede, dal giorno della sua rinascita nel 1924, della Facoltà giuridica fiorentina ⁽²⁾, la Facoltà a cui La Pira è appartenuto per tutta la sua vita accademica.

Rapporti discreti fra ‘il professore’ e ‘via Laura’, tanto discreti da apparire equivoci, da generare facili battute e semplicistici luoghi comuni su una pretesa distrazione di La Pira verso la comunità universitaria e i suoi problemi. È giusto che da chi fu suo allievo e

(*) Poiché, come si dice nella ‘prefazione’, questo scrittarello era destinato a un piccolo editore fiorentino e a un pubblico prevalentemente fiorentino, si ometteva nella originaria redazione dattiloscritta di chiarire riferimenti a luoghi e circostanze connessi con la storia e la vita fiorentine, giacché quei chiarimenti sarebbero stati superflui. Probabilmente non lo sono in questo volume destinato a un pubblico generico, per il quale sono state aggiunte opportune note illustratrici.

⁽¹⁾ *Via Laura-Il libro dei sorprendenti vent’anni*, Milano, Mondadori, 1930. Nella nuova edizione riveduta del 1944, sempre presso Mondadori, si ha invece uno scambio, e il titolo diventa sotto-titolo.

⁽²⁾ Sciaguratamente, per volontà dissennata di miopi amministratori universitarii, la Facoltà di Giurisprudenza, unitamente a quelle di Economia e Commercio e di Scienze Politiche, è stata separata qualche anno addietro dal centro storico della città e inserita in un inadatto ambiente suburbano difficilmente raggiungibile, per giunta in uno spazio angusto e senza alcuna possibilità di espansione, per giunta in edifici inadeguati.

poi, per privilegio grande della Provvidenza, suo collega e suo Preside venga una parola aperta e leale.

2. La mia familiarità con La Pira — non stretta ma costante e via via crescente — si distende per un arco di tempo abbastanza lungo, dagli anni Cinquanta alla sua morte. L'avevo conosciuto frettolosamente nelle ospitali stanze di don Bensi, a San Michelino, dove mi recavo spesso, il sabato pomeriggio, per confessarmi ⁽³⁾, ma l'incontro occasionale era divenuto presto un vincolo profondissimo di simpatia intellettuale quando ebbi la possibilità di un contatto immediato vivo durevole con alcune linee della sua lungimirante costruzione: da un lato, le lezioni e le dispense del corso di 'Istituzioni di diritto romano', dove la rigorosa trama giuridica si riposava e si distendeva in una ariosa architettura culturale, consentendo allo sprovveduto studentello di primo anno di appagare la sua sacrosanta esigenza di dar fondazioni vitali alla cruda logica del sistema giuridico; dall'altro, i Convegni per la pace e la civiltà cristiana, oggetto — allora — di qualche irrisione, ma rivelàtisi poi strumenti dell'azione precorritrice d'un uomo che mirava al futuro con uno sguardo particolarmente aguzzo.

Nel povero studente, che si sedeva attentissimo nell'aula modesta della Facoltà o nel salone magnifico di Palazzo Vecchio ⁽⁴⁾, il La Pira docente di diritto romano e il La Pira ideatore e conduttore dei Convegni si ricomponavano in una sola complessa e ammirevole figura; e ne scaturiva l'immagine unitaria d'un intellettuale dominato da un'istanza universalistica. E il vecchio e mai spento diritto romano, nervatura riposta di tutta la storia giuridica occidentale, sembrava fatto apposta per conferire vigore e solidità alla felice utopia d'una comunità politica a proiezione universale, superamento di steccati religiosi razziali culturali.

⁽³⁾ Don Raffaele Bensi, parroco della chiesa di San Michele Visdomini (vulgo: San Michelino), maestro spirituale di don Lorenzo Milani, è stata una delle presenze più vigili e più consapevoli della Chiesa fiorentina nel secondo dopoguerra. Chi scrive queste pagine l'aveva avuto come docente di 'religione' nel Liceo Dante di Firenze.

⁽⁴⁾ Soltanto per il lettore non-fiorentino varrà la pena di precisare che Palazzo Vecchio, sede della municipalità fiorentina, era anche la sede dei Convegni lapiriani per la pace e la civiltà cristiana.

Sta qui la chiave più puntuale per la comprensione di Giorgio La Pira quale uomo di cultura. Come scienziato, come romanista, è straordinariamente precoce e consolida presto la sua sapienza specifica in saggi e volumi che ancora oggi si impongono, dopo quasi cinquanta anni, alla attenzione dei competenti. Ma ecco, quasi subito, la molla segreta del giovane studioso siciliano: l'insoddisfazione, croce degli ingegni più straripanti. Sarà dapprima una insoddisfazione scientifica: non gli bastano infatti più le tecniche dei romani, le fini costruzioni del diritto successorio, del *compromissum*, del *pignus* da lui pur indagate con successo di risultati. Da questi nodi specifici l'attenzione balza alle grandi linee del sistema, alle sue matrici culturali, e lo sguardo spazia finalmente al di là del diritto, in un terreno dove sono ormai diventati protagonisti, più che i giuristi, i filosofi e i matematici della classicità greca.

Ma un siffatto discorso — una volta impostato e avviato — non può arrestarsi qui. Una forte istanza comparativa porta La Pira a varcare i confini del prediletto diritto romano, a guardare più su: dal sistema giuridico al sistema filosofico che di quello era la vena irrorante, l'aristotelico; dal sistema aristotelico alla grande sistemazione cristiana di Tommaso.

Il crescere e il dilatarsi di questi interessi del La Pira 'scienziato' hanno una indiscutibile scansione cronologica. L'insoddisfazione, figlia d'una consapevolezza epistemologica particolarmente sentita, porta La Pira a serbare gelosamente come caratterizzazione inabdicabile il suo sapere 'tecnico', il suo stile culturale di giurista e di romanista, ma, allo stesso tempo, lo porta a superarlo, a risolverlo — senza mai smentirlo — in una conoscenza più distesa, in un sapere più ampio, dove soltanto sarebbe risaltata la sua straordinaria capacità fondante.

Il La Pira, che io vedevo sulla cattedra di Pandette e sullo scranno di Presidente dei Convegni per la pace e la civiltà cristiana, era l'uomo di cultura giunto al massimo della sua espansione, in cui l'insoddisfazione placata aveva dato luogo a un soggetto dalle molte dimensioni, felice d'agire a più livelli, conscio di poterlo fare perché il tessuto della sua azione conoscitiva e operativa si era svolto *naturalmente*, per successive prese di coscienza, da quel nodo originario — forse ristretto, ma indispensabile — di sapienza specifica, filologica e tecnica.

3. Nessuna separazione qualitativa fra conoscenza ed operazione. Anzi, per La Pira — loico di limpida, assoluta coerenza, che aveva costruito la sua coerenza interiore con l'assolutezza e il rigore delle sistemazioni logiche — l'azione pratica non è e non può non essere al colmo di un processo squisitamente conoscitivo, frutto *naturale* di questo; non è e non deve mai essere il tradimento d'una scelta intellettuale, ma piuttosto il compimento.

Si leggano i suoi scritti, quelli, cioè, del secondo momento, che coincide con la tragedia della catastrofe bellica e con la speranza tragica del dopoguerra. Si leggano le tormentate riflessioni intorno alla nozione di guerra giusta segnate, a più riprese, nello sciagurato 1939, sulle scarse pagine dei 'Principi' (5). Si leggano le sue 'Premesse alla politica' (6), e si avrà chiaro il senso di un itinerario che, nascendo dalle meditazioni giovanili sui testi romani, corre ininterrotto, senza cesure ma per *naturali* espansioni, fino alle teorizzazioni del sociologo e del politologo.

Dobbiamo cioè abituarci a valutare unitariamente una operosità intellettuale scandita in due momenti funzionalmente distinti: il tempo della fondazione delle premesse teoretiche, il tempo speso a conoscere le armonie più segrete del Digesto e delle *Summae* tomiste, il tempo della pura scienza, della sola cattedra. A questo tempo a dimensione unilineare, in cui il maestro e lo studioso solitario tengono il campo, subentra e consegue il momento delle confluenze, della complessità, della varia espansione. La dimensione sapienziale continua il suo corso, ma si inalvea, scorre nascosta al di là della apparenza ma sempre vivificante, sempre appagante per la sete dell'uomo ormai percorso dalla fatica d'una azione molteplice, del parlamentare, del sindaco, del pellegrino itinerante, del progettatore di future architetture.

La sapienza specifica, che il giovane ragioniere (7) aveva costruito consumando giorni e notti, quasi con accanimento, sotto la guida altissima di Emilio Betti, aveva sin da allora questa profonda

(5) *Principi*, n. 8/9. agosto/settembre 1939 ("Principi sopra la guerra"; n. 10 — ottobre 1939 ("Natura della guerra giusta"); n. 11/12 — novembre/dicembre 1939 ("Liceità della guerra giusta").

(6) Firenze, L.E.F., 1945.

(7) La Pira aveva frequentato a Messina i corsi di un Istituto Tecnico.

vocazione a uscire dal chiuso del proprio studiolo, a diventare, per un verso, una sapienza civile, per un altro, uno strumento di perfezione spirituale. Era, insomma, una scienza che, pur nei suoi valori autonomi, si poneva per lo studioso come strumento per il raggiungimento di fini ulteriori.

Quante volte La Pira ha con me insistito sul debito che riteneva di avere verso gli studii romanistici per tutto quello che ne era provenuto e ne proveniva alla sua coscienza di politico e di uomo di fede! E quante volte avevo constatato la assenza di retorica sottostante alla invocazione alla Vergine, che troviamo — formalmente stonata — nella introduzione al ponderoso volume sulla successione intestata ⁽⁸⁾, o nella frase che a me, storico del diritto al par di lui, soleva ripetere frequentissimamente: il futuro ha un volto antico.

Insoddisfazione — e incapacità — a relegare le acquisizioni culturali nel solo ambito d'una esperienza intellettuale, ed esigenza invece di proiettarle a un diverso piano, e metterle così a frutto, e realizzarne l'intrinseca forza incisiva. Da qui la proiezione metafisica della sua ricerca interpolazionistica sui Digesti; da qui la trasfigurazione della riflessione scientifica a scintilla e supporto d'una azione politica.

4. Il secondo La Pira — quello che tutti noi ricordiamo e che la più gran parte di noi ha conosciuto — è il traduttore di questa linea metodica, di questo canone fondamentale in termini di esperienza totale. A chi lo osservava a un sol metro di distanza dalla sua esistenza quotidiana e non riusciva a scorgere — sepolta sotto le mille pene dell'azione sociale politica diplomatica — la continuità della vena culturale, questo secondo La Pira poteva sembrare interamente nuovo, un personaggio che pareva smentire il vecchio allievo di Betti e il professore fiorentino di diritto romano. Poteva sembrare che la presenza di Giorgio La Pira nella sala del Consiglio di Facoltà in via Laura o nelle aule universitarie fosse più dovuta a una inerzia burocratica che non a un sentimento di continuità del 'professore'.

Nulla di più falso. Se v'è qualcosa di continuo, che non ha mai abbandonato La Pira nemmeno negli anni del grave impegno poli-

⁽⁸⁾ *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, Vallecchi, 1930.

tico; se v'è della sua personalità un carattere (e vorrei qui usare il termine nella accezione forte dei canonisti) che non verrà mai meno e al quale egli si sentirà sempre intimamente congiunto, sarà proprio e soltanto quello di professore, di professore d'una Facoltà giuridica, di professore di diritto romano.

Ed è un carattere a lui peculiare, che, al di là della presenza formale nella vita accademica e nella produzione scientifica, lo segnerà vivamente: tra i 'professorini' ⁽⁹⁾ è infatti quello la cui immagine non è disgiungibile dalla disciplina professata. La Pira era un 'romanista' assai più di quanto fosse canonista Dossetti, storico dell'economia Fanfani, storico della letteratura cristiana antica Lazati. Il momento professionale straboccava sempre nella sua vita quotidiana, nelle sue vicende pubbliche, allo stesso modo come nella sua conversazione trovavano naturale cittadinanza Gaio, Ulpiano e Papiniano, che sulla bocca d'ogni altro sarebbero suonati stonature, orpello retorico e sciocca saccenteria. Diremo di più, per portare alle estreme conseguenze il nostro discorso: in nessun altro personaggio pubblico che ci è stato dato di conoscere la formazione professionale era scesa tanto nel profondo fino a diventare una dimensione inseparabile del suo spirito.

Certo, occorre non arrestarsi alle manifestazioni esteriori, occorre scrutare al di là delle apparenze. Se uno volesse misurare, infatti, questa presenza ideale con la quantità dei suoi scritti e con la sua partecipazione ad incontri scientifici o con la sua fisica presenza nella vita del nostro Istituto storico-giuridico fiorentino, ne trarrebbe forse una conclusione contraria. Ma sarebbe un travisamento, sarebbe un approccio grossolano e superficiale, cui la complessità, l'estrema complessità, dell'uomo di cultura Giorgio La Pira sfuggirebbe nella sua sostanza.

5. Ci sia consentito un riferimento alla sua vita quotidiana, perché dà concretezza alle nostre parole. La Pira abitava — negli anni in cui io ho familiarizzato con lui — a due passi da via Laura, dapprima in via Venezia, presso la Clinica diretta da un amico, indi

⁽⁹⁾ Con questa qualificazione bonaria si identificava comunemente un nucleo di docenti universitari di matrice cattolica, che furono protagonisti nella Assemblea Costituente.

in via Gino Capponi, presso uno studentato. Malgrado questa vicinanza, malgrado che egli passeggiasse sempre nei dintorni, di rado lo si vedeva nella sede della Facoltà al di fuori delle ore di lezione.

La passeggiata di La Pira si scandiva in un itinerario consueto le cui minime tappe non avevano nulla di occasionale; una sorta di itinerario metafisico che si svolgeva immutabile tra i due poli ideali del convento domenicano di San Marco e della chiesa dell'Annunziata con la mediazione di quell'orto botanico universitario — tra l'agreste e il dotto — che i fiorentini chiamano ancor oggi col nome remoto e suadente di 'Giardino dei semplici'. In questo singolare peripato a cielo aperto — via Lamarmora ⁽¹⁰⁾, via Micheli, via Gino Capponi — La Pira meditava, leggeva, colloquiava, progettava, sempre procedendo lentamente con soste frequentissime, senza badare al rumore dei veicoli imperversanti, sempre assorto in quei programmi irripetibili che lo estasiavano illuminandone il volto e che per l'osservatore lontano erano segnati dalle ampie linee tracciate nell'aria dalle braccia mobilissime quasi in un gesto sacrale dell'antiquario.

Era una passeggiata, che incrociava sempre la strada universitaria, ma quasi mai la imboccava. Il professore sembrava evitare il diverticolo di via Laura strisciando svelto per via Gino Capponi.

Tutto questo, nella trasfigurazione dei ricordi, mi appare simbolico: questa strada, che mena al centro della città, continuando in via dei Servi, approda riverente al di sotto della cupola brunelleschiana, simbolo di Firenze, dell'umanesimo fiorentino, della fiorentinità; per questa strada si arriva dritti al santuario dell'Annunziata, dove il colloquio lapiriano con la Vergine si allietava nel segno sensibile della antica pittura favolosa. Nei primi tempi ero tra coloro che gli rimproveravano la assenza in Facoltà, che gli rimproveravano queste sue passeggiate a pochi metri dalla sede della sua Facoltà. Poi, ho capito, ma era tardi.

6. Ho capito, quando, negli innumerevoli incontri per le strade lapiriane, alla fine della mattina o agli inizi del pomeriggio, la

⁽¹⁰⁾ Oggi intitolata, nel tratto verso piazza San Marco, proprio a Giorgio La Pira.

sosta si faceva lunga e lungo il discorso, e sempre si parlava di scienza; e sempre al di sotto dei suoi progetti politici affiorava, direttamente o indirettamente, la fertile vena culturale di chi non aveva mai abbandonato gli studii giuridici e non aveva depresso per un solo momento l'occhio dai prediletti testi romani. Né si trattava, per La Pira, di sfogliare vecchie cose od orecchiare scritti altrui; continuava invece, come negli anni giovanili, anche se con un ritmo più lento e con uno sguardo più disincantato, l'appassionante colloquio con le fonti.

Uno degli oggetti delle nostre conversazioni *per viam* era il tema delle sue ricerche, l'esigenza — da me fatta valere — che quelle ricerche avessero un èsito, si traducessero in un contributo tangibile, apprezzabile dagli studiosi. Mi rendevo conto che La Pira stava lavorando in una direzione fertilissima, quella dei rapporti fra la sistemazione teologica paolina e strumenti culturali e tecnici romani. Tema vecchio, reso abusato e invecchiato da ricerche assai discutibili di tanti anni addietro, ma proprio per questo meritevole di essere disincagliato dalle antiche secche e suscettibile di esserlo se affidato a mani capaci.

Dopo un incontro in cui la mia polemica con Giorgio fu più dura e il mio invito più pressante, la sera stessa, al mio ritorno in Istituto per il consueto lavoro pomeridiano, trovai sul mio tavolo, portata a mano da un ignoto messaggero, una lettera autografa accompagnata da un testo dattiloscritto che scioglieva i nodi gordiani della criptica calligrafia del Nostro ⁽¹¹⁾. Mette conto di leggerla:

Caro Grossi,
ecco i testi che puoi confrontare:

corpus

Seneca Ep. 95 (2)

Seneca Ep. 102 D. 41. 3. 30 pr. S. Paolo I Cor. XII, 12 sgg.

Eph. IV, 4 sgg.

Colos. I, 18

⁽¹¹⁾ Decrittazione dovuta, senza alcun dubbio, all'opera della fedele segretaria di La Pira, Antinesca Tilli, l'unica capace, dopo tanti anni di familiarità, di 'tradurre' i geroglifici lapiriani. Fotocopie degli originali si pubblicano in allegato subito dopo il presente saggio.

Rom. XII, 4

E per la solidarietà e la liberazione: tutta la dottrina paolina dell'unum: contrapposizione fra Adamo e Cristo: e D. 45. 2 2 (e moltissimi altri).

Ed anche Ep. Hebr. I, pr. (e l'universum ius di Celso).

Linguaggio e concetti romani: di Seneca e della giurisprudenza romana!

La tesi è irrefutabile: S. Paolo prende da Seneca ed attraverso Seneca (.....) tende alla "consacrazione" di tutto il mondo politico e giuridico e culturale romano!

"Strategia dei vertici"!

Ne riparleremo!

La Pira

La lettera è datata 3 maggio 1972. Siamo a qualche anno prima della morte, e, pur discutibilissima sotto un profilo strettamente romanistico, testimonia la continuità di studio su cui abbiamo finora insistito. Il vecchio filone di ricerca, nato a Messina in anni lontani sotto lo stimolo delle lezioni di Betti, non si era esaurito, ma sembrava riprender vigore nel La Pira ormai vecchio, ormai stanco, ormai logorato dalle troppe delusioni inflittele dai suoi indegni compagni di corsa. La vena sopita rischiava di rivedere la luce.

Insistei molto, anche oltre il debito, perché egli fissasse sulla carta le sue idee, le sue conclusioni. Ne riparlammo non una ma parecchie volte, e sempre mi parve che La Pira continuasse a lavorarci sopra, che sempre più si addentrasse nel tema, che sempre più le prospettive scientifiche si facessero chiare e allettanti. Forse, tra i suoi appunti, è restata traccia dell'indagine, forse si tratta di qualcosa meritevole di pubblicazione. È certo che, al di là del suo concretarsi in uno scritto, questo lavoro vanifica l'immagine di un La Pira spiritualmente assente dal campo degli studi. Certo, se un ipotetico giudice mandasse o assolvesse consultando soltanto l'aggiornato schedario delle pubblicazioni scientifiche, la condanna ne risulterebbe certa. Ma sarebbe giusta? Quel giudice somiglierebbe troppo al contabile che chiede conto della quantità di pagine imbrattate.

Sicuramente gli apporti alla scienza romanistica si arrestano al periodo antecedente alla guerra, ma sicuramente la meditazione romanistica ha costituito il sale mai disperso della esperienza terrena di La Pira, la specifica fondazione culturale di ogni sua manifesta-

zione a qualsivoglia livello. La sua distrazione è soltanto apparente, anche se un dato emerge: nel secondo La Pira la dimensione culturale si inserisce in una personalità ormai espansa su vari piani, ormai all'insegna di una ricchissima complessità.

7. Così come per il La Pira scienziato, una conclusione identica deve esser tratta per il La Pira docente universitario. Non assiduo ai Consigli di Facoltà, quasi sempre assente in Istituto, egli pareva incarnare l'immagine negativa del negligente. Una strana negligenza però, clamorosamente smentita dal maestro, dalla assiduità alle lezioni, anzi dal puntiglioso attaccamento alle lezioni. Anche quando ricoprì cariche pubbliche di grande impegno, come quella di Sindaco di Firenze, non volle mai utilizzare i molti congegni giuridici che gli avrebbero agevolmente consentito l'esonero dal compito gravoso.

Chi scrive fu suo allievo proprio durante gli anni della sua presenza a Palazzo Vecchio, e ricorda lo zelo costante per ritagliare uno scorcio di tempo da dedicare al contatto con gli studenti: lezioni rare, ma vivamente sentite, quasi ispirate, sorrette sempre da convinzioni fermissime, affascinanti per i larghi orizzonti che dischiudevano senza però nulla concedere al genericismo e alla sciatteria.

L'approccio con i giovani discenti esaltava La Pira. Negli ultimi anni di insegnamento — che caddero proprio sotto la mia Presidenza della Facoltà — la sua assiduità era rigorosa. Depositi i molteplici impegni, quell'approccio era per lui consolante, rasserenante; e me lo diceva con *émpito*, quando spesso veniva a farmi una visitina amichevole nella piccola stanza che io avevo ricavato vicino alle aule come alloggio del Preside.

La disciplina da lui insegnata — le 'Istituzioni di diritto romano' — costituiva, come tuttora costituisce, materia obbligatoria per gli studenti del primo anno; il corso di lezioni è generalmente affollatissimo e affollatissime le sessioni di esame. L'onere didattico che ne scaturisce per il docente è pesante. Ebbene, è fatto singolare e significativo che La Pira non abbia mai voluto abbandonare questa disciplina optando per soluzioni di comodo, abbia sempre caparbiamente rifiutato il passaggio ad altra più lieve materia affine che, non maliziosamente ma affettuosamente, gli venne proposto da qualche vecchio collega nei momenti di maggiore affanno politico.

Come docente di 'Istituzioni' si sentiva veramente a suo agio: poteva disegnare le grandi arcate portanti, individuare con sicurezza le pietre angolari, assumersi insomma la responsabilità di un contributo essenziale alla formazione di un giurista consapevole. Gli piaceva a dismisura la faticosa azione intellettuale di costruire quasi dal nulla sulla generale preparazione umanistica del giovane liceale lo specifico osservatorio e lo specifico strumentario del giurista. Segno che certa era la sua vocazione per la scuola, una vocazione che non volle mai inquinata o attenuata da altri impegni apparentemente prevalenti.

E proprio come uomo di scuola lo ebbi vicinissimo nel triennio del mio governo della Facoltà fiorentina: discretamente appartato, era prontissimo a rispondere agli appelli del Preside; scarsamente partecipe ai noiosi consessi di Facoltà, accorreva senza una esitazione quando le questioni da trattare si prospettavano gravi; riservatissimo, era con entusiasmo disponibile al colloquio, al consiglio.

Chi scrive lo ricorda consigliere attento e illuminato. Negli anni dal 1972 al 1975 i problemi erano ancora molti: qualche contraccolpo del grande moto sessantottesco, difficoltà di transito dal vecchio al nuovo regime dell'Università, venature demagogiche e venature conservative, il fatto clamoroso delle prime contestatissime elezioni studentesche. In un momento in cui il potere politico rivelò la sua faccia pilatesca e in cui, dopo la dannatissima legge voluta dal non mai troppo deprecato senatore Codignola, il Ministero non seppe far di meglio che riversare sulle Università l'onere di gestire una ingestibile trincea e abbandonare quindi a se stesse le inermi autorità accademiche, con commozione debbo testimoniare la presenza al mio fianco di Giorgio La Pira: sottile, discreta — come sopra dicevamo — ma efficace.

Era l'ultima coerenza del 'professore' alla sua vocazione più intima, la fedeltà del maestro e dello studioso, che rafforzava al termine della sua vicenda la trama ininterrotta d'un intatto filo sapienziale. Mai, forse, come negli anni della vecchiaia, La Pira si compiacque di essersi tenacemente serbato quell'approdo, di averlo gelosamente custodito, di essersi sempre riconosciuto soprattutto come uomo di Università. È debito di verità riconoscerlo e conclamarlo da chi per un lungo periodo gli fu particolarmente vicino.

Care Grossi,

ecc. i testi che puoi consultare:

opus

Seneca Ep. 95 [2]

Seneca Ep. 102

B. 41.2.30 nr.

S. Paul I Cor. XII, 12-21.

Eph. III, 4-21.

Colos. I, 18

Rom. XII, 4

addetti c. 6

E per il liberatore: tutte le ditte pastor
dell'unione: integrare in Adamo e cost. :
c. 2. 45. 2. 2 [e un'altra altro].

Ed anche Ep. Heb. I, 12. [e diversa-
ius
n. 610.]

Luigi e molti altri: n. Seneca e del
profumo buono!

S. Paul anche in

E così è inconfutabile: Seneca ed
altre cose [e. Seneca] tutte alle "antichità"

n. tutti. il mio, etico e pure e anche romano!
"Strategie del nostro"

mi spara!

3
201

3/5/72

Caro Grossi,

ecco i testi che puoi confrontare:

corpus

Seneca Ep. 95 (2)

Seneca Ep. 102

D. 41.3.30 pr.

S. Paolo I Cor. XII, 12 sgg.

Eph. IV, 4 sgg.

Colos. I, 18

Rom. XII, 4

E per la solidarietà e la liberazione: tutta la dottrina paolina dell'unum: contrapposizione fra Adamo e Cristo: e D. 45.2.2 (e moltissimi altri).

Ed anche Ep. Hebr. I, pr. (e l'universum ius di Celso)

Linguaggio e concetti romani: di Seneca e della giurisprudenza romana!

La tesi è irrefutabile: S. Paolo prende da Seneca ed attraverso Seneca (....) tende alla "consacrazione" di tutto il mondo politico e giuridico e culturale romano!

"Strategia dei verticéi"!

Ne riparleremo!

La Pira

3/5/72

STORIA DI ESPERIENZE GIURIDICHE E TRADIZIONE ROMANISTICA

(a proposito della rinnovata e definitiva « Introduzione allo studio del diritto romano » di Riccardo Orestano) (*)

I. Era un frutto atteso da tempo. Nel '53 la prima edizione litografata fra i 'corsi' dell'editore Giappichelli, sotto il titolo di « Introduzione allo studio storico del diritto romano ». Poi, nel '63, una seconda edizione litografata, avviata col cuore leggero di chi vuole apportare soltanto rapidi aggiornamenti e che invece impegna l'Autore, dal '57 al '61, in quattro anni di ripensamenti e di travaglio intellettuale; e il risultato è una novazione profonda, un volto trasformato pur sotto la medesima insegna e con la medesima veste provvisoria e dimessa. Nel 1987 (la prefazione è datata: 12 marzo 1987), infine, la redazione a stampa per i tipi della Società Editrice Il Mulino.

Chi, come me, ha avuto la fortuna di una vicinanza — e non soltanto ideale — con Orestano durante questi ultimi venti anni sa che l'operosità scientifica del Maestro, pur diffusa in tanti puntuali interventi, ha avuto nel rifacimento e nella stesura definitiva della 'Introduzione' il sotterraneo filo conduttore: varie e diverse sono state le manifestazioni della sua riflessione scientifica sparsamente incarnantisi in atti congressuali, opere enciclopediche, Riviste, ma le legava e le nutriva la stessa nascosta e continua vena d'acqua, la stessa ricerca faticosissima che con puntigliosa fermezza mirava all'approdo di oggi, alla edizione a stampa della 'Introduzione'.

(*) Il testo riproduce l'intervento orale tenuto a Genova, nell'Aula Magna dell'Università, il 27 gennaio 1988, nell'ambito dell'Incontro organizzato dalla Facoltà giuridica genovese in occasione della edizione a stampa della 'Introduzione'.

Se pensiamo a quelli che devono essere stati i lunghi anni di progettazione e di costruzione prima del 1953, se vi aggiungiamo gli ultimi trentacinque anni di rielaborazione su un testo inteso dall'Autore come plastico e disponibile, non è esagerato cogliere in questo libro lo specchio di una intera umana vicenda. E il rispetto doveroso verso ogni scritto come immagine parziale d'un personaggio diventa particolarmente intenso quando l'identificazione fra scritto e personaggio è, come qui, totale, quando quello scritto assurge a qualcosa di più di un distaccato prodotto della intelligenza e della cultura dello scrittore. Insisto su questo angolo d'osservazione, perché consente, a mio avviso, di cogliere il segreto e il fascino del libro, e, se vogliamo, anche la sua obbiettiva confinazione.

Cominciamo pure da qui: dal suo 'segreto'. E cominciamo pure col dire che un libro banale non ne è mai portatore; che il segreto d'un libro è il suo messaggio, inespresso ma reale; è quella scrittura a inchiostro simpatico, che non si legge, che soltanto si percepisce da parte del lettore attento ma che instaura un fitto colloquio spirituale fra lui e lo scrivente. Il segreto di un libro è di avere un'anima quasi fosse creatura vivente; ed è bene aggiungere, se qualcuno credesse il contrario, che è privilegio di pochi, di pochissimi libri, soprattutto nel territorio steppico delle nostre scienze giuridiche, soprattutto oggi che si scrive troppo imbrattando pagine che sono, appunto, quasi sempre senz'anima. Il contrario vale per la 'Introduzione' di Orestano, che vuole non distaccarsi dal suo autore ma anzi identificarsi con la sua stessa linea di ricerca.

Si dirà: ma questa è un'opera squisitamente didattica, tanto che lo stesso Orestano teneva ad informarci già nella lontana prima prefazione del '53 di aver pensato allo studente come suo interlocutore financo nella distinzione dei caratteri e dei corpi litografici entro il complesso della pagina. Che l'opera abbia una finalità eminentemente educativa e che sia pensata quale sussidio per la formazione di un giovane giurista è conclusione non smentibile, che consegue a una lettura anche affrettata. Smentibile è che si tratti d'un'opera confinata nel limbo dei fragili esperimenti esclusivamente didattici. Perché, se v'è cosa che ripugna ad Orestano, è il soffocamento del suo libro in quelle anguste caselle escogitate dalla miopia o dalla impotenza di taluni pseudo-ricercatori. Opera metodologica? Didattica? Di pura ricerca? Certamente, e l'una, e l'altra,

e l'altra ancora, senza alcuna possibilità sensata di separare dimensioni d'una stessa indivisibile realtà; certamente una ricerca che si fa didattica, che si verifica e si incarna in essa; ma anche una didattica che è ancora ricerca, che ha ancora in sé la forza e la penetrazione del ricercatore scientifico; certamente anche un metodo, ma non un vaniloquio metodologico, non una predica sul metodo, bensì la sperimentazione d'un canone metodico.

L'«Introduzione» è e vuole essere sintesi armoniosa fra progetto e costruzione, è soprattutto speculare di quell'unità inscindibile, quel tutt'uno, che è il Maestro provveduto sulla sua cattedra universitaria: ricercatore, educatore, portatore d'una identità metodica precisata come un suo cromosomo. E il pregio primo e grande di questo libro è che ti pone a contatto con l'Autore non quale entità astratta ma quale personaggio vivo, è che di questo personaggio vivo si presenta come una sorta di singolare ritratto intellettuale sorpreso nel divenire del suo itinerario scientifico.

Insomma, simbiosi perfetta e coerenza suprema fra scrittore e scrittura. Orestano, siciliano per schiatta e per nascita, allievo del sicilianissimo Riccobono, non può rinunciare a quella visione sanguigna della riflessione scientifica che è squisitamente mediterranea, alla sottile ripugnanza per la pagina che è deposito finissimo di parole e di legami logici ma che non si inserisce nella vita dello scrittore fino a diventare un momento della sua biografia.

Da questa attitudine, che è poi un inconfondibile stato d'animo, derivano, come sopra accennavo, anche delle confinazioni precise: è una pagina eloquente per il suo valore confessorio, ma talora strabocchevole, indulgente a venature personalistiche, incapace di arginare le intrusioni intimistiche (Orestano ha bisogno di parlar di sé, dei fatti della sua vita, dei suoi amici), dove i due tempi, quello della ricerca e quello del ricercatore — tempi che possono scorrere su piani diversi —, vengono di forza mescolati, e nel tempo del ricercatore trova spazio e legittimazione il tempo perduto, quello del diario ⁽¹⁾, che viene puntigliosamente ritrovato come supporto

⁽¹⁾ È quello che Orestano, evitando ogni elusione e anzi aggredendo frontalmente il problema, chiama scherzosamente il 'giornale di bordo' nella lunga presentazione *Erudito ac benevolo lectori* premessa al volume collettaneo *'Diritto' — Incontri e scontri* (Bologna, Il Mulino, 1981, p. 31). Nello stesso punto confessa senza complessi Orestano,

necessario a tutti i tempi di diverso livello (diverso, ma, nella coscienza di Orestano, non superiore per qualità). (2). Il pregio invece — e il fascino, e uno dei ‘segreti’ — sta nella sincerità della confessione, nella coerenza che fa combaciare perfettamente la figura specchiante e la specchiata.

A fronte di questa calda ‘Introduzione’ mediterranea mi son sempre venuti alla mente *per oppositionem* certi corsi subalpini, che del distacco e della decantazione fra pagina e scrittore facevano una sorta di vanto e di conquistato traguardo; che mostravano però mal camuffata dallo schermo ineccepibile del distacco una insidiosa schizofrenia fra l'autore e il suo prodotto. Penso, in questo momento, al ‘corso’ su « Le fonti » nell'età romano-barbarica pubblicato, in quel 1953 che fu lo stesso anno di apparizione della ‘Introduzione’, da Guido Astuti, uno dei più notevoli storici italiani del diritto nel nostro secolo (3). Fra quelli della Sua generazione (nati cioè nei primi anni del Novecento) Astuti fu sicuramente il più dotato di un immediato e sicuro senso giuridico, e per questo fu prevalentemente e per vocazione un privatista, anche un romanista, anche un cultore del diritto agrario vigente, anche un operatore pratico del diritto, sentendosi a proprio agio nella ricostruzione tecnica degli istituti civilistici. Se il suo splendido ‘corso’ su « I contratti obbligatorii » (4) esalta la coerenza fra personaggio, ricercatore e didatta, non altrettanto si può dire del ‘corso’ sulle fonti ricordato appena più sopra. Un ‘corso’ forse più adatto a offrire al collega già provetto una miniera di dati filologicamente vagliati e

confermando la linea interpretativa da me suggerita nel testo: « in questo volume... io mi sono ‘raccontato’ molto, taluno dirà troppo » (*ibidem*).

(2) Si potrebbe addurre molti esempi, e tutti probanti. Il più probante mi sembra quello offerto dal breve saggio rievocativo: *L'« animus » di Salvatore Riccobono*, che pure è il discorso di apertura della XXXIII Sessione della ‘Société Internationale des Droits de l'Antiquité’ (vedilo ora in *Diritto — Incontri e scontri*, cit., p. 713 ss.). Un pezzo esemplare di *recherche du temps perdu*, dove alle inflessioni della voce di Riccobono, al suo bastone, ai suoi gesti, alla mobilia e alle lampade della stanza in cui si svolgeva la lezione di quel remoto 1933 è affidato un grosso valore interpretativo. Quasi come la *madeleine* che si scioglie nella bocca di Proust fanciullo.

(3) G. ASTUTI, *Lezioni di storia del diritto italiano — Le fonti — Età romano-barbarica*, Padova, Cedam, 1953.

(4) G. ASTUTI, *I contratti obbligatorii nella storia del diritto italiano — Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1952.

scrupolosamente ordinati che non un sussidio al povero studente dei primi anni d'una Facoltà giuridica, un 'corso' seppellito dal mantello pesante d'una erudizione impietosa verso il lettore, un 'corso' — per di più — voluto e pensato, almeno nel proposito, come una collezione di dati oggettivi senza nessun inquinamento col personaggio dello scrivente.

Il greve positivismo scientifico appreso dal magistero torinese di Federico Patetta aveva trovato una pronta rispondenza nel subalpino Astuti ma si era, per così dire, biforcuto: se, da un lato, lo aveva chiamato allo studio delle tecniche giuridiche (calate, di preferenza, negli strumenti della prassi di giudici e notai, strumenti dalla concretezza spessa e saporosa), dall'altro, lo aveva portato al gusto filologico del formalmente certo, anche a costo di cogliere la 'fonte' come crisalide esterna abbastanza separata dalla sostanza sociale da essa regolata e quindi anche dalla sua valenza tecnica. La schizofrenia stava in questo: che, pur muovendo da una impostazione metodologica unitaria, Astuti arrivava a due scritture profondamente diverse e in conflitto, arrivava a una scrittura nella quale giungeva ad essere soffocata la a lui prediletta dimensione giuridica (ne « Le fonti »), e il destinatario dei dati storico-filologici, malgrado gli intendimenti espressi nella 'avvertenza' ⁽⁵⁾, poteva indifferentemente essere lo studente di una Facoltà giuridica o di un corso di storia nell'ambito della Facoltà di Lettere.

Orestano evita lo sdoppiamento di Astuti identificando scrittore e scrittura, affidando al libro il compito di trasmettere la propria immagine: che è un rischio e che è un costo, ma che è anche la garanzia d'una limpida coerenza, d'una vivacità che ne sorregge tutto l'impianto. E ne fa il fascino discreto, uno dei segreti del suo indubbiamente grosso successo. Il lettore preferisce infatti le voci dal timbro suadente a quelle impassibilmente atoniche.

II. Ma il segreto del successo sta anche altrove: soprattutto nel modo che ha Orestano di concepire il suo destinatario e di instaurare un colloquio con lui. Dice Astuti nella già ricordata 'avvertenza' al corso sulle fonti: « ogni personale esperienza — dopo venti anni

⁽⁵⁾ Nella 'avvertenza' si fa riferimento infatti « agli studenti dei primi anni di giurisprudenza ».

di insegnamento — mi ha persuaso che il primo e migliore modo di formare consiste semplicemente nello informare con chiarezza e precisione » (6). Una frase, che ho sempre trangugiato male, che ho sempre ritenuto rinunciataria e nicodemista per quello implicito vanificare la funzione peculiarissima del docente universitario in rapporto a quella, rispettabile ma diversa, del docente liceale, che è appunto di chiara e corretta informazione.

Orestano sceglie di collocarsi su un versante opposto. Il suo destinatario non è un generico e passivo studente di giurisprudenza o di lettere da imbonire e imbottire di notizie; è piuttosto un giurista alla cui formazione l'autore pretende senza troppi complimenti di contribuire, assumendosi l'onere gravoso di dialogare con lui, di sollecitarlo, forse anche di scuoterlo e di frustarlo. Di questa educazione attiva e intraprendente Orestano si accolla senza un'esitazione il compito: l'informazione è ridotta al minimo, dati e date sono una soma da restringere all'indispensabile. Quel che conta è invece la trasmissione di un messaggio pedagogico imperniato non su un'ammucchiata di dati certi da apprendere mnemonicamente ma su una interpretazione dell'universo giuridico nè certa nè neutrale, su una scelta fondamentale, su un insieme di convinzioni dello scrittore che vuole affidare al discente alcune chiavi sicure d'ingresso. E qui cominciano a emergere altri caratteri altamente connotativi di questa complessa 'Introduzione'.

Il suo è un destinatario ben precisato ma non ristretto. Certamente il testo orestaneo si rivolge assai poco al romanista, e certamente non è lo storico del diritto il suo destinatario specifico. Oggetto delle sue attenzioni è — si diceva or ora — il giurista in formazione; se si distende in un ampio e arioso itinerario storico-giuridico, è perché una solida cultura storico-giuridica è ritenuta bagaglio essenziale della sua crescita e del suo irrobustimento. Ma non ci si lasci ingannare: questo imponente volume non è — per ripetere un vecchio titolo bestiano — un 'avviamento allo studio della storia del diritto' (7), né tanto meno avviamento al mestiere di

(6) ASTUTI, *Le Fonti*, cit., avvertenza, p. III.

(7) Il riferimento è a un vecchio e utile libriccino di Enrico BESTA, *Avviamento allo studio della storia del diritto italiano*, Padova, Cedam, 1926 (II ed. Milano, Giuffrè, 1946).

storico; è piuttosto il contributo a un giovane nella non agevole fatica di costruirsi come giurista, giurista colto, consapevole.

Se v'è qualcosa di sbagliato in questo volume, è il suo titolo; sbagliato nelle due edizioni litografiche dove parlava di « Introduzione allo studio storico del diritto romano » e dove quell'aggettivo 'storico', nella sua estrema sfumatura, consentiva almeno di prefigurare gli estesi orizzonti che vi vengono disegnati; tanto più sbagliato nell'edizione a stampa, dove l'Autore ha cancellato come pleonastico l'aggettivo e resta soltanto il secco e monco riferimento al diritto romano. Colse nel segno Orestano, quando nella 'avvertenza' della seconda edizione, ripetendo una affermazione fatta nella prima, segnalò lucidamente: « è un abbozzo... di quella che vorrebbe essere un'*Introduzione allo studio storico del diritto*, in qualche modo rispondente ai problemi della scienza giuridica del nostro tempo » (8).

Qui siamo nel vero, e veridico è il titolo accennato. Il territorio che il Maestro romano pretende di percorrere è insofferente a confinazioni all'interno del sapere giuridico. Egli lo percorre con un orientamento storicistico e valorizzandone la maestosa dimensione storica, ma lo sguardo — volutamente — tutto lo ricomprende, giacché è la totalità del territorio il campo in cui il giurista misura le sue forze. Il riferimento al diritto romano è — se Orestano mi passa la iconoclastica conclusione — un impaccio al discorso, qualche volta anche un letto di costrizione; né saprei trovare altra giustificazione a questo costringimento se non pensando all'occasione assai tenue che Orestano ha sempre ricoperto cattedre romanistiche e che i Suoi 'Corsi' dovevan formalmente ricomprendersi entro quell'ottica. Al di sotto della etichetta condizionante sta invece una grande libertà di azione culturale e addirittura una impazienza a vincere le diverse preclusioni che si pongono sul cammino. Il destinatario — ma anche il modello cui ispirarsi — è la figura unitaria del giurista; sua proiezione un territorio unitario di conoscenza giuridica dove cadono perfino gli inveterati steccati fra conoscenza storica e conoscenza dogmatica.

La grande dignità metodica su cui Orestano insiste dal principio alla fine è questo recupero di unità e il conseguente rifiuto di

(8) R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1963, p. III.

sezionamenti, che hanno per lui l'aspetto ripugnante d'una vivisezione. Anche d'una Facoltà giuridica Egli è portato a cogliere il tessuto unitario, gli aspetti accomunanti malgrado le piccole cellule costruite, talora fittiziamente, talora opportunamente, dalla organizzazione degli studi. Storico del diritto, filosofo del diritto, civilista, processualista sono partizioni di comodo motivate soltanto dalla umana finitezza e dalla umana ignoranza, non già autonomi atteggiamenti culturali. Il suo discorso si pone non per superbia ma per convenienza al centro della Facoltà o, se vogliamo, al suo vertice, da dove può investire tutti e parlare a tutti. Un discorso puramente e semplicemente giuridico (la tautologia è soltanto apparente) che vuol ricordare al giurista dimentico alcune elementari verità di metodo, quelle verità che soltanto lo storico può pronunciare senza il rischio di cadere nel sermone didascalico perché egli quelle verità le ha verificate nell'esperienza (che gli è peculiare) della vita interamente vissuta, una vita che a un occhio arido sembra soltanto morta e che per un occhio penetrante significa vicenda compiuta vissuta fino in fondo, e pertanto pienamente espressa nei suoi valori e disvalori. Per ora son pago di questa ideale collocazione del volume in un quadrivio di confluenze al cuore della scienza giuridica e della Facoltà giuridica. Volume non monocorde, anzi polivalente al massimo grado, anzi dotato di un altissimo grado di versatilità. E l'autore si compiace, lasciando le sterili dichiarazioni programmatiche, di fondere insieme in un unico e unitario tessuto la riflessione teoretica o addirittura filosofica, con l'analisi storico-giuridica, con l'analisi tecnica del giurista positivo.

L'Orestano che, cedendo alle insistenze del suo amico Allorio, pubblica su 'Jus' il saggio fortunatissimo su diritti soggettivi e diritti senza soggetto ⁽⁹⁾; che scrive per la Enciclopedia italiana la voce 'Formalismo giuridico' ⁽¹⁰⁾, o per la Enciclopedia del diritto la voce 'Azione (storia del problema)' ⁽¹¹⁾ (una premessa dalla straordinaria robustezza dommatica), si rispecchia perfettamente nella forte intelaiatura teorica che incastella l'enorme materiale storico della 'In-

⁽⁹⁾ *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, XI (1960).

⁽¹⁰⁾ *Enciclopedia italiana*, Appendice III, Roma, 1961.

⁽¹¹⁾ *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1959, vol. IV.

troduzione'; intelaiatura che è sì il corrispondere a un'esigenza di riflessione, di chiarimento e di ordine elementare, ma soprattutto il conclamare nella eloquenza della testimonianza una unità conoscitiva. L'armatura teorica non si giustappone al materiale storico restandogli estranea, tanto da farne temere un rigetto; e il materiale storico non è la collezione di cianfrusaglie museali da mostrare alla divertita curiosità dei giuristi. Al contrario, qui si guarda unicamente al ruolo del giurista e al bagaglio essenziale di cultura per corrispondere alla pienezza di quel ruolo.

Ed è qui il secondo segreto del libro, ed anche il secondo segreto del successo presso i giuristi: parla il loro stesso linguaggio, è scritto per loro, si pone per ogni giurista come il suo esame di coscienza storicistico; a parte la mole troppo grossa e la bruttezza delle due prime edizioni Giappichelli, può ascriversi a pieno titolo fra i suoi brevii quotidiani.

III. L'osmosi fra conoscenza teorica e conoscenza storica non è la confusione incontrollata sfuggita a un personaggio sprovveduto, ma la fusione controllatissima di chi ha idee molto chiare nella propria testa. Con questa osmosi siamo al cuore del progetto culturale di Orestano giurista, cui si impronta tutta la sua opera scientifica e su cui si costruisce anche l'edificio della 'Introduzione'. L'insofferenza a mutilanti dissezioni — timbro tipico, come abbiamo visto, della voce di Orestano — diventa un'unica dignità metodologica fondante: l'unità della conoscenza giuridica. Conoscenza storica e conoscenza scientifica non sono separabili proprio perché il diritto si contrassegna per una intima, inabdicabile storicità. Sempre nelle scienze dello spirito, ma particolarmente nella scienza giuridica, presente e passato sono dimensioni non disgiungibili, giacché la conoscenza giuridica — malgrado tutte le sue giustificatissime astrazioni — è un sapere incarnato, rappresenta 'il conoscere per l'agire' ⁽¹²⁾, si proietta e si mescola con la storia, diventa né più né meno che una dimensione della storia stessa.

⁽¹²⁾ È inutile sottolineare la dipendenza speculativa fra questa impostazione e molte suggestive pagine del più autentico breviario capograssiano (cfr. G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto* (1937), Milano, Giuffrè, 1962, soprattutto la parte V — La funzione della scienza).

Non averne preso atto da parte della coscienza scientifica ha portato ad alcuni dei mali più sottili della cultura giuridica moderna: da un lato, uno storicismo scettico e relativista; dall'altro, un esasperato formalismo immiserito spesso nella bassa corte del tecnicismo. Orestano, che ha riflettuto a lungo anche sulle opere dei 'moderni', vuole evitare precisamente queste secche culturali che costituiscono l'inconsapevole suicidio per inedia della *scientia juris*; ma evitarle significa tanto irrobustire teoricamente la grezza analisi storica quanto immergere le teorizzazioni nel bagno concreto del divenire storico.

E questo Egli ha sempre fatto. Sempre, non solo nella 'Introduzione' che è per sua natura testo progettuale. Ho più sopra ricordato il saggio su « diritti soggettivi e diritti senza soggetto »; ebbene, mette conto ora di aggiungere che quello che appare come saggio autonomo sulla Rivista di Allorio altro non è che il capitolo di un corso romanistico in tema di fondazioni e ne rappresenta un capitolo rilevante a proposito del nodo gordiano della eredità giacente ⁽¹³⁾; ma è un capitolo che si guarda bene dall'esaurire il proprio compito in una puntuale esegesi di fonti storiche. Oggi il saggio è ripubblicato con altri nel volume « Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche », un volume di cui deve essere sottolineato non il titolo insignificante, bensì l'emblematico sottotitolo così squisitamente orestaneo: « Scienza del diritto e storia », al quale è veramente affidato il senso del libro e il contenuto primo del suo messaggio. Ma ancora. Si apra la cronologicamente ultima colletanea di scritti sparsi « 'Diritto' - incontri e scontri », che risale all'81, e se ne scorra pure il ricco indice spigolando qua e là: Il diritto romano nella scienza del diritto; Metodologia e diritto; Sociologia e studio storico del diritto; Alle prese con il linguaggio dei giuristi; Storiografia e coscienza della storicità del diritto; Concetto di ordinamento giuridico e storia del diritto; Appello giudice norma; Della esperienza giuridica vista da un giurista; Il 'metabolismo' dei giuristi.

La spigolatura non è casuale: abbiamo trascelto i titoli più evocativi dell'atteggiamento di cui parlavo, ma l'atteggiamento metodico è comune. Il giurista Orestano, forte di una attrezzatura

(13) *Il problema delle fondazioni in diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1959.

teorica che è quella del giurista provveduto, parla ai giuristi con il tesoro sì della sua incomparabile competenza di romanista e di storico del diritto ma immergendo sempre il proprio discorso in quel *continuum* ideale fra presente e passato che non ha cesure spirituali, che non ricaccia la storia in soffitta e non risecchisce il vigente come realtà sradicata.

Si deve ripetere qui per la personalità complessiva di Orestano quanto più sopra si diceva della 'Introduzione': i giuristi lo hanno ascoltato perché Egli parlava loro non un esoterico linguaggio, ma al contrario intessuto d'un lessico familiare; anche i giuristi di diritto positivo, anche i più chiusi, ci si riconoscevano, perché Orestano parlava mettendosi anche dal loro punto di vista, vestendo i loro stessi panni. Così l'operazione orestanea assume una veste complessa, nutrita con lungimiranza nella mente dell'autore: operazione culturale, innanzitutto, e scelta metodologica con una sua oggettiva validità conoscitiva; ma anche operazione 'politica'. Orestano realizzava un duplice salvataggio: recuperava la storia giuridica dal museo polveroso delle cose archeologiche; recuperava il diritto positivo, cioè la scienza giuridica che di quello fa il proprio oggetto esclusivo, dalle miserie dell'esegesi, e cioè dalle miserie del formalismo e del tecnicismo.

Io credo che vada dato atto a Orestano di questa lucida consapevolezza, che Lui ha voluto tradurre in un lucido progetto; e gli vada dato atto della rilevanza del duplice salvataggio. Resto convinto — l'ho ripetuto in diverse occasioni e l'ho scritto, nel giugno del 1971, nella 'pagina introduttiva' diffusa in preannuncio del primo dei nostri 'Quaderni fiorentini' ⁽¹⁴⁾ — che questa sia ancor oggi la strada da battere, dove sono prevedibili (e non saranno pochi) gli equivoci e gli ostacoli, le improvvisazioni e i misoneismi, strada ripida e difficile, ma la più provvida ed arricchente nei tempi lunghi.

IV. Non sorprende pertanto (era, anzi, largamente scontato) che a pietra angolare della 'Introduzione' sia la nozione di 'ordina-

⁽¹⁴⁾ Diffusa autonomamente e con l'anticipo di quasi un anno con la funzione di puntualizzare e render noto il programma della iniziativa, può ora leggersi in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I (1972).

mento giuridico' e, con scelta ulteriore e più profonda, quella di 'esperienza giuridica'.

Avversario tenace d'ogni positivismo statalista per la imbalsamazione a cui costringe la fenomenologia giuridica (sentita naturalmente, cioè per natura sua, plastica e libera), Orestano non lesina le sue simpatie per la nozione di ordinamento nel suo specifico conio romaniano. Vi riscontra unità ma anche disponibilità, giacché una larga pluralità di forze trovano in quella una non artificiosa *reductio ad unitatem*. Tuttavia « essa non è ancor sufficiente ad abbracciare anche altri aspetti della fenomenologia giuridica, non propriamente riconducibili alla nozione di ordinamento come tale, in quanto ne costituiscono antecedenti, presupposti, implicazioni, oppure elementi collaterali, ma per più versi connessi: e una volta di più la mente corre, per questi ultimi, all'attività di tutti gli operatori giuridici nella loro incessante cooperazione alla edificazione del giuridico » (15).

Da questo angolo d'osservazione anche l'ordinamento, proprio perché si contrassegna come organizzazione del sociale, appare angusto, e Orestano, che ha fatto sua la migliore lezione dello storicismo, teme gli schemi interpretativi che, serbando una alta valenza ordinativa, non consentono di cogliere ed esprimere tutta la ricchezza propria e peculiare al fenomeno giuridico: che è innanzi tutto, prima di esser forma e ordine, dimensione della vita. Da qui, il superamento della pur preziosa ipotesi ordinamentale in favore di una nozione più ampia: quella di esperienza giuridica, tanto ampia da apparir vaga, ma che, se gli si può imputare il peccato veniale della vaghezza, è immune dal peccato mortale della rigidità.

La nozione di esperienza giuridica, così come la porgeva alla riflessione italiana degli anni Trenta l'analisi capograssiana (16) e così

(15) *Introduzione allo studio del diritto romano*, p. 352.

(16) Soprattutto con gli *Studi sull'esperienza giuridica* (1932), *Il problema della scienza del diritto* (1937), *Leggendo la 'Metodologia' di Carnelutti* (1940). Interessante, anche sotto il profilo della biografia intellettuale di Orestano, quanto egli scrive in: *Della « esperienza giuridica » vista da un giurista*, in *'Diritto — Incontri e scontri'*, cit., p. 487 ss.: quasi una *retractatio*, una ricerca, che per altri può sembrare del tempo perduto ma che non lo è affatto per Orestano, alla individuazione della vicenda personale, grazie alla quale, sotto l'insegna dell'incontro personalissimo, l'ipotesi capograssiana ha fatto il suo ingresso e ha preso stanza nella riflessione dell'allora giovanissimo incaricato di diritto

come l'assorbe Orestano, intesa come un modo determinato e singolare di vivere il diritto nella storia, di percepirlo concettualizzarlo applicarlo in connessione a una determinata visione del mondo sociale e a determinati presupposti culturali, un insieme di scelte peculiari e di soluzioni per i grandi problemi che la realizzazione del diritto pone a seconda dei vari contesti storici, si segnala come paesaggio storico che trae la sua storicità dal chiamare senza esclusioni e senza filtri riduttivi ogni forza a concorrere alla sua formazione, anche coloro che vi operano senza una diretta incisività organizzativa, anche coloro che portano soltanto un contributo di analisi riflessiva, in una gamma che va dal principe esercitante il supremo potere politico all'ultimo degli avvocati e dei dottori ⁽¹⁷⁾. La singola esperienza giuridica come inconfondibile paesaggio giuridico, nel disegno della quale la scienza detiene un ruolo fondamentale. Non aveva forse Capograssi limpidamente enunciato che guardare alla scienza giuridica era come guardare all'esperienza vista nella riflessione di uno specchio fedelissimo? Che pertanto fare storia della scienza giuridica significava cogliere «l'esperienza nel significato giuridico che assumeva nella coscienza di chi la viveva» ed elaborare «la più tipica espressiva storia dell'esperienza giuridica, delle singole esperienze giuridiche nel tempo» ⁽¹⁸⁾?

Grazie a una così precisata nozione capograssiana Orestano conseguiva i due risultati che più gli premevano, l'esaltazione della storicità come natura inprescindibile del giuridico, la storicità come mistero e essenza autentica del giuridico; la scienza come coscienza riflessa dell'esperienza, come la più rappresentativa delle forze che concorrono a formarla. La sua storia del diritto è, dunque, e non può non essere, una storia di esperienze giuridiche; una storia di esperienze giuridiche percorsa sulla scorta non esclusiva ma prevalente della riflessione scientifica.

romano nella Università libera di Camerino: «con 'esperienza giuridica' mi sono incontrato la prima volta sul treno Ancona-Foligno-Roma, un qualche sabato sera del 1935-37. Era il treno dove...» (*op. cit.*, p. 490).

⁽¹⁷⁾ Si veda la pagina eloquente della *Introduzione* (p. 357), dove Orestano presenta l'esperienza giuridica come sintesi perfetta del 'mondo dei comportamenti', del 'mondo delle norme', del 'mondo della attività di riflessione, di analisi, di elaborazione sui comportamenti, sulle norme o su entrambi'.

⁽¹⁸⁾ CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, cit., p. 224.

È questa, a mio avviso, l'unica strada metodologicamente corretta, in grazia della quale lo storico del diritto può organizzare in modo non artificioso il proprio materiale. La strabocchevole congerie di almeno duemilacinquecento anni di storia non possono essere ordinati secondo dati e date spesso portatori di nessun valore interpretativo. Se la storia è sempre meno anche per lo storico generale una storia di accadimenti o una consecuzione cronologica, ciò è tanto più vero per lo storico del diritto, che non è mai osservatore dell'effimero ma individuatore di radici e percettore di valori, che è storico di immobilità relative più che di un caracollare continuo e rapido, che è più attento alle sincronie di grandi momenti autenticamente autonomi che non alla diacronia ininterrotta del prima e del poi.

Lo schema ordinante dell'esperienza giuridica è un modo per segnar confini legittimi in un divenire affollato e confuso, per insistere anche su quella dimensione sincronica della storia che è l'unica che interessa il giurista. L'esperienza giuridica non è mai, infatti, consegnata al quotidiano, ma ai tempi lunghi; proprio perché legata al costume, alla mentalità, ai valori rappresenta un assestamento, una sosta, e rappresenta un fatto irripetibile perché rappresenta *quella* maturità dei tempi storici e non altra, perché, anche se ciascuna di esse non nasce mai dal nulla e utilizza materiali offerti dal passato, quei materiali sono rivissuti in una sintesi nuova che li fa irrimediabilmente nuovi anche se volessimo continuare a guardarli isolatamente cercando di seguirli nella più falsante delle illusioni: la continuità.

Il grande pregio epistemico di un divenire storico rivissuto alla luce dello schema dell'esperienza giuridica è infatti proprio di accentuare la discontinuità di quel divenire: tante maturità di tempi, che si pongono come sintesi, stravolgimento, palingenesi dei motivi precedenti, talché è ben spesso fragile gettare ponti fra l'una e l'altra e volere ad ogni costo seguire un filo continuo. Il *continuum* può sussistere; spesso non è difficile sorprenderlo, ma sarà marginale, appartato, superficiale; non ti condurrà mai al cuore della nuova esperienza. Il filo, se vuole infatti diventar qualcosa di vitale, deve perdere la sua autonomia di filo per contribuire alla nuova grande realtà e sperdersi in essa. In questa ottica, è assolutamente legittimo parlar di 'medievale' e di 'moderno' anche per la storia del diritto:

due pianeti differenziati non da una data o da un accadimento solenne, che con mille rispettabili argomentazioni potrebbe essere identificato da taluno nella conquista ottomana di Costantinopoli, da tal'altro nella scoperta colombiana dell'America, da tal'altro ancora — con pari legittimità — in cento altri eventi anteriori o posteriori, ma da quello che abbiamo chiamato un nuovo paesaggio giuridico, dapprima acerbo e appena abbozzato, poi sempre più maturo e sicuro. E nel paesaggio, uno sfondo strutturale, un clima spirituale, una mentalità circolante spiccatamente nuovi. Insomma, un paesaggio trasfigurato.

È ovvio che, nel transito dal vecchio al nuovo, vecchio e nuovo si mescolino, e il tracciato di vecchi filamenti sia visibile. Ma dovrà venire il momento di maturità, espressione compiuta della nuova esperienza, in cui i filamenti sono diventati tessuto nuovo e sono scomparsi come filamenti. Insisto, portandola fino a conseguenze che io per primo so volutamente e polemicamente esasperate, nell'esigenza metodica di sbarazzarsi dell'assillo della continuità, questione mal posta come sopravvivenza di questa o quella istituzione, di qualche filo slegato ed avulso, e troppo spesso identificantesi in un problema di involucri vuoti, di assonanze formali, di persistenze di vocabolario, e non di contenuti storicamente vivi al centro d'una civiltà.

V. Un siffatto discorso non è uno sfoggio inutile, ma è il preambolo necessario a un'analisi della 'Introduzione' sotto un profilo strettamente storico-giuridico. Sotto questo profilo essa si presenta quale introduzione a una storia di diverse esperienze giuridiche, non già della sola esperienza giuridica romana nel suo millenario distendersi dalle Dodici Tavole al *Corpus* giustiniano, ma delle esperienze giuridiche romana, medievale e moderna guardate dall'angolo visuale del romanista e puntando l'occhio sul filo rosso del diritto romano.

Plaudo alla scelta metodica di fondo fatta da Orestano, quella che chiamerei — per intenderci — teoretica. Mi affiorano delle perplessità sulla seconda: o meglio, mi pare che la seconda impedisca alla prima di svilupparsi in tutta la sua pienezza.

Sono perplessità che mi permettono di entrare in dialogo con il Maestro; e pertanto sono sotto questo aspetto per me benvenute: chi

sa che qualcuna non serva allo stesso Autore, magari per convalidare le sue scelte, nella messa in opera di una seconda edizione a stampa che sono il primo ad auspicare.

Il riferimento al 'diritto romano' è scritto chiaro e tondo al centro della intitolazione; anzi, nell'edizione definitiva è reso ancora più secco. Dicevo più sopra che si tratta di un titolo sbagliato, e che un'etichetta più veridica sarebbe stata quella che Orestano, per umiltà, per timore d'una insegna troppo presuntuosa, ha nascosto fra le righe di una 'avvertenza': « Introduzione allo studio storico del diritto ». Ho aggiunto frettolosamente che quel riferimento si risolve in un grosso impaccio culturale, ed è questo il discorso da riprendere.

Impaccio, perché una storia di esperienze giuridiche è, come si diceva, storia di momenti fondamentalmente discontinui, è più una storia di tanti assetti sincronici che non una scorribanda diacronica, mentre richiamarsi al diritto romano nella contemplazione del medioevale e del moderno significa puntare su un filo ininterrotto che con perfetta continuità arriva fino a noi.

Mi sembra che sia questa la sottile aporia, il nodo irrisolto, che si cela sotto le pagine della 'Introduzione'. Forse che l'educazione romanistica di Orestano non gli ha consentito il supremo atto liberatorio di osservare il divenire senza un occhiale prefabbricato? Non avrei dubbio nell'escludere una simile argomentazione; si farebbe ingiustamente torto allo spessore culturale di Orestano, che è dei più intensi e profondi. L'«Introduzione» — sia chiaro — non ha nulla a che spartire né con uno *ius romanum medii aevi* sul calco savigniano, né con una 'storia letteraria del diritto romano dal medioevo ai tempi nostri' nel solco brugiano, né con un 'diritto romano ammodernato' secondo la riduttiva ipotesi di Riccobono (che è, pure, il Maestro ammirato dello stesso Orestano).

Si deve invece prendere atto che in Orestano il problema continuità/discontinuità resta un nodo irrisolto; ed è irrisolto perché il problema resta problema malgrado tutte le esorcizzazioni teoretiche. Sono estremamente istruttive alcune pagine della splendida 'ultima lezione' che Orestano tenne il 19 gennaio 1979 e che ha assai opportunamente pubblicato col titolo « Lasciando la cattedra »⁽¹⁹⁾.

(19) *Lasciando la cattedra*, ora in 'Diritto — Incontri e scontri', cit., p. 45 ss.

Istruttive perché vi si apprende che l'oggetto d'una precisa attenzione e tema principe dei gruppi di studio con studenti e assistenti negli anni estremi dell'insegnamento romano era « un problema sempre appassionante e sempre aperto ⁽²⁰⁾, il problema della 'continuità'. Un problema che è stato affermato essere 'il problema stesso della storia' » ⁽²¹⁾; istruttive perché vi spicca chiaro il fascino e il tormento che ha prodotto nel Maestro, istruttive perché, con una mediazione compositiva che è segno del disagio e della complicata coscienza dello *speculator*, egli vede continuità e discontinuità « intrecciarsi, in ciascuna esperienza formando un tessuto unico » ⁽²²⁾.

Fili, ordito, trama, tessuto costituiscono un lessico metaforico, cui Orestano largamente attinge, sia nell'ultima lezione, sia nella stessa 'Introduzione'; né sarò io a rimproverarlo, come lo studente di cui Egli ci racconta ⁽²³⁾, giacché l'immagine è felice e corrobora il discorso. Mi sembra solo che la metafora non sia tratta *ad debitam consequentiam* proprio nella sua immaginifica felicità. Il tessuto è l'annullamento del filo, che può ritrovare la sua autonomia soltanto con l'annullamento del tessuto. Il tessuto è la sintesi che risolve e trasfigura tutti i fili in una realtà sostanzialmente nuova; continuare a tentar di intravedere i fili nella compattezza della tela significa sfilacciarla precludendosi la possibilità di cogliere il valore connesso all'insieme e ottenendo solo un recupero abbastanza insensato della singola entità solitaria non più vitalmente riconducibile alla sua matrice originaria.

Ma lasciamo l'immagine e veniamo al punto che ci interessa: la continuità del diritto romano nel maturarsi delle esperienze giuridiche medievale e moderna. A mio avviso, se si vuole arrivare alla comprensione del loro individuo mistero, occorre togliersi dall'incantamento che il diritto romano ha troppo spesso rappresentato per tutti gli operatori e osservatori della storia giuridica post-antica, rifarsi occhi nuovi con un lavaggio ideale che è affrancazione

⁽²⁰⁾ Il corsivo è nostro e serve a sottolineare il problema non-chiuso nella coscienza scientifica di Orestano.

⁽²¹⁾ *Lasciando la cattedra*, cit., pp. 58-59.

⁽²²⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽²³⁾ Vedi il ricordo, proveniente proprio da quegli ultimi seminari ora citati, in *Lasciando la cattedra*, cit., p. 58.

culturale e capacità di vedere i contorni delle cose senza abbaciniamenti, assumere una disponibilità totale priva di pre-giudizi. Altrimenti, lo storico del diritto avrà sempre di fronte a sé due tranelli in cui rischia di cadere: il tranello dello pseudo-archetipo, col quale misurare sempre le espressioni delle esperienze successive (nel quale mi sembra caduto l'amico Paolo Frezza, ricostruttore sapientemente romanistico d'una prassi contrattuale quale quella dell'alto medioevo incomprendibile a un occhio romanistico) ⁽²⁴⁾; il tranello delle forme vuote, col pericolo di scambiare per realtà concrete entità formali e nominali.

Prendiamo, per esempio, il medioevo giuridico: l'occhio del romanista — occhio ingombro, occhio non liberato — si rivela, come dicevo più sopra, un inciampo storiografico, una ipoteca troppo greve. Il vero volto della civiltà giuridica medievale, il suo paesaggio giuridico, si distingue e si tipicizza — in aderenza ai più profondi paesaggi strutturale e culturale — per istituti che sono il feudo, il dominio diviso, i contratti agrari, le società commerciali, i titoli di credito, il nuovo processo, per frutti di una prassi viva che chiede di non esser misurata con archetipi estranei e lontani ma con le forze interne e sottostanti (siano esse economiche o ideali) che l'hanno sollecitata e indirizzata. Altrimenti, l'occhiale è deformante e la descrizione sfiora il grottesco.

Si dirà: ma con la fine del secolo XI si assiste a una non fittizia 'rinascita' del diritto romano, e la nuova scienza giuridica è scienza di glossatori e commentatori e, in quanto tale, tributaria del testo giustiniano su cui incessantemente lavora. E qui bisogna davvero intendersi se si vuole arrivare a una storicizzazione sostanziale, non a una storicizzazione malthusiana.

In una civiltà, come quella medievale, contrassegnata da una perenne e mai colmata incompiutezza del potere politico, dove il potere politico non concepisce e non realizza entità totalizzanti del segno del futuro Stato moderno, in una siffatta civiltà dove il potere ostenta una relativa indifferenza per il diritto lasciandolo, per la più gran parte, alla produzione dei privati, il ceto dei giuristi, che è chiamato in prima persona a formalizzare le emersioni consuetudi-

⁽²⁴⁾ P. FREZZA, *L'influsso del diritto romano giustiniano nelle formule e nella prassi in Italia*, Milano, Giuffrè, 1974 (*Ius Romanum Medii Aevi*).

narie e a costruirvi sopra un edificio tecnico provveduto, questo ceto opera in una pressoché totale solitudine. Dico solitudine intendendo la inesistenza di modelli di riferimento e di coperture potestative. Ne consegue la ricerca di piattaforme autoritative cui ancorare la mobilità della prassi; da qui il suo strutturarsi in *jus commune* come diritto romano-canonico. L'aggancio alla Chiesa e al suo diritto realizzava un duplice valore formale e sostanziale, anche sostanziale perché la Chiesa era presenza e forza incisiva della stessa civiltà medievale; ma da solo non bastava nemmeno in una società che si proponeva integralisticamente quale 'santa romana repubblica'. Necessario, voluto, progettato, è l'aggancio al diritto giustiniano, sapienza civile ammantata dalla maestà della antichità immemorabile e dalla sacralità della stessa imperialità giustiniana. Da qui una civiltà giuridica, che è tutta un plurisecolare laboratorio sui sacrosanti testi romani; ma laboratorio per costruirvi sopra in libertà, non secondo quanto pretendeva l'esegesi fedele dei testi ma la realtà effettiva che circondava i falsi esegeti.

I giuristi di diritto comune hanno un disperato bisogno del diritto romano; non progettano nulla senza ancorarvi ipotesi, idee, costruzioni; sempre il diritto romano funge da grande ombrello protettivo. Ma sia ben chiaro: lì è poggiata soltanto la dimensione della validità, lì è solo il momento di validità del loro discorso. Personaggi 'soli', pur nella grande corallità unitiva del ceto, con alle loro spalle un potere politico incompiuto anche quando si tratta di un tiranno dispotico, essi soffrono di un palese vuoto di legittimazione formale: il diritto romano è uno dei modi per colmarlo. Ma il piano — ripetiamolo — è quello della validità, che è puramente formale, mentre quello effettivo scorre a un livello inferiore ma sostanziale, dove operano le forze efficacemente presenti nella società medievale.

E quando, come spesso avviene, i due piani non collimano perché non possono collimare realtà tanto distanti come quella segnalata da Ulpiano e quella delle novissime città comunali, il diritto romano riceve la sorte di un vaso vuoto che i contenuti pressati dentro sforzano e deformano. Se è *interpretatio asinina* agli occhi dell'osservatore culto che identifica interpretazione con esegesi, agli occhi di colui che vi guardi in un autentico tentativo di comprensione la loro interpretazione appare più un atto di volontà

politica che di passiva logica ermeneutica, un atto di intermediazione fra *lex* antica e fatti nuovi, dove ciò che ha rilievo non è la *mens* dell'antico legislatore o giureconsulto ma i *facta* da qualificare giuridicamente.

Se si pone attenzione alle strutture del nuovo edificio giuridico che siam soliti chiamare il sistema del diritto comune, il diritto romano è presenza non formale ma viva per quanto attiene alla ammirevole attrezzatura tecnica e al linguaggio decantatissimo che offre. Il progetto giuridico tuttavia, soprattutto dove tocca i punti più vitali della disciplina della famiglia, dei diritti reali e delle obbligazioni, della repressione criminale e del processo trova nel diritto romano soltanto una occasione di discorso.

È ovvio che, se ci si arresta a un approccio liminale, tutto suona elogio del messaggio romano, tutto ci parla di *translatio Imperii*, o del diritto giustiniano come *donum Dei*. Cerchiamo però di non dar corpo alle ombre e di non essere — noi storici — degli artefici d'ombre; cerchiamo di superare la barriera degli stilemi, degli sfoggi retorici o anche dei sinceri atti di ossequio che non vanno oltre un impassibile cerimoniale. L'unico terreno di verifica dove l'ossequio formale può tradursi in ossequio sostanziale è la costruzione tecnica del tessuto degli istituti, ed è lì che bisogna scendere, dentro i meccanismi di costruzione giuridica, per renderci pienamente conto della portata di questa singolarissima *interpretatio*. Certo non sempre ma spesso, sulla scorta di una prassi completamente disinibita — prassi agraria, commerciale, criminale, processuale — le invenzioni dei giuristi si disegnano, nel procedere e nel crescere della scienza giuridica medievale, con una fantasia e una spregiudicatezza che si appropria dei contenuti di quella prassi e lascia al diritto giustiniano l'onorevole ma vuoto compito di un riferimento di validità: anche se il frutto della fantasia è negazione del testo romano, anche se la interpretazione capovolge l'antico messaggio.

Il filo rosso del diritto romano può per la comprensione del medioevo giuridico essere fuorviante, proprio perché nominalmente tutto suona glossa e commento a una costruzione già compiuta dagli antichi e proiettata verso l'eterno. Senza dubbio il diritto romano, inteso come prosecuzione vitale *post mortem* della consolidazione giustiniana, ha una intrinseca *incapacità* espressiva del complesso volto di civiltà giuridica che siam soliti chiamare *jus commune*,

diritto comune; senza dubbio il diritto romano può essere — e lo è stato — fonte di grossolani equivoci storiografici proprio perché ha costituito uno dei due punti fermi di riferimento formale dello *jus commune*. Col medioevo giuridico siamo di fronte a una antinomia insanabile fra validità ed effettività, la quale diventa schizofrenia del giurista che deve impossessarsi di quel lontano patrimonio giuridico come valore formale ma non può impossessarsene come valore sostanziale.

Probabilmente è più semplice il discorso per il diritto moderno, dove l'antinomia è meno profonda e il 'diritto romano' può soltanto apparire una veste troppo stretta e inadeguata, ma dove una relativa sintonia consente al crescente capitalismo borghese di riconoscersi in quelle scelte di fondo del messaggio classico che con molta sommarietà e molta approssimazione si indicano come individualismo economico-giuridico (ma sempre e comunque veste troppo stretta, come stanno a dimostrare tutte le 'guerre al diritto romano' ⁽²⁵⁾ di cui è costellata l'età moderna, dal Cinquecento francese al tardo Settecento italiano all'estremo scorcio dell'Ottocento italiano).

Si obietterà che tutto questo discorso è ingiusto e ingiustificato se prende le mosse da Orestano, che non è uno storico del diritto intermedio e non ha mai voluto scrivere né un trattato di diritto comune né una storia del diritto moderno alla stregua di Wieacker e di Wesenberg. E questo è vero, e va sottolineato. Intendevo infatti soltanto esprimere un'accentuata perplessità sull'assunzione del diritto romano a filo conduttore adeguatamente interpretativo degli universi storici medievale e moderno. Proprio perché Orestano, providamente, pone lo schema ordinativo della esperienza giuridica a base della sua ricostruzione, quel filo conduttore come legame di continuità non può che spezzarsi a livello esperienziale giacché ha bisogno di essere coinvolto nella interezza dell'esperienza, ha bisogno di mescolarsi e di trasformarsi. L'ambivalenza fra una storia dell'esperienza medievale (o moderna) e una storia del diritto romano *ultra terminos* la si risolve solo puntando lo sguardo sulla sintesi inevitabilmente operata da quella maturità di tempi che è una

⁽²⁵⁾ Il riferimento è al titolo di un celebre saggio di Biagio Brugi (cfr. B. BRUGI, *La guerra al diritto romano*, in *La scienza del diritto privato*, II (1894)).

civiltà compiuta. Altrimenti, si rischia di correre in superficie, isolare, e peccare di formalismo.

Fortunatamente, Orestano, che è personaggio dalla intensa valenza culturale e che è fornito al massimo grado di quel sapere intuitivo che è tipico dello storico di rango, si dimentica spesso del corso lineare del diritto romano, è attratto dalla esperienza giuridica come officina trasformatrice, si inoltra volentieri per i suoi sentieri complessi e articolati, la percepisce con vivezza quale disteso momento sincronico. E il recupero è allora appagante.

LA CULTURA GIURIDICA DI GIOVANNI ZUCCONI (*)

1. Avvio alla comprensione di un personaggio singolare. — 2. Giovanni Zucconi nella nicchia della provincia camerte. — 3. Il laboratorio sperimentale della montagna camerte: le rilevazioni per la « Inchiesta agraria ». — 4. Il laboratorio sperimentale della montagna camerte: l'esperienza forense. — 5. Il « Parere legale sui diritti d'uso civico dei popolani di Fiuminata sui beni ex-camerale » e le sue fondazioni culturali. — 6. 30 marzo 1886: la relazione parlamentare sul disegno di legge Grimaldi. — 7. Sulla singolarità del messaggio culturale di Giovanni Zucconi e sulle sue matrici. — 8. Proprietà collettiva e cooperazione: le venature operative del messaggio culturale di Zucconi. — 9. Zucconi e l'Università di Camerino negli anni Ottanta.

1. Una mia ricerca — risalente ormai a diversi anni fa — esige un esame accurato degli atti parlamentari dei decenni post-unitari ⁽¹⁾. Dopo lunghe giornate di faticosa lettura appesantita dall'impietoso stile burocratico con cui inesorabilmente si condivide e procedeva il rosario degli atti, ricordo la sorpresa gradevolissima di quando, all'improvviso, in mezzo a una enorme congerie di materiale piattissimo, mi imbattei nel testo di una Relazione che faceva assolutamente spicco, che mi apparve allora — se non un miracolo — certamente una

(*) Si pubblica qui la Relazione tenuta nell'ambito del Convegno organizzato dalla Università di Camerino, nel giugno 1988, per ricordare il centenario della Legge 24 giugno 1888 (sulla abolizione delle servitù di pascolo nelle province ex-pontificie) e un personaggio che ebbe non poca incidenza sulla formazione della legge stessa: Giovanni Zucconi. Giovanni Zucconi (Cingoli 1845-Camerino 1894), avvocato in Camerino, docente in quella Università, deputato al Parlamento nazionale, ebbe il non piccolo merito di portare i risultati più aggiornati della cultura storico-giuridica nei dibattiti parlamentari, riuscendo — per primo — a porre qualche argine alla valanga di leggi liquidatorie delle proprietà collettive in nome di una ideologia manichea che le considerava tutte indiscriminatamente un male da estirpare.

⁽¹⁾ Mi riferisco alla ricerca che trovò poi la sua consolidazione definitiva nel volume: « *Un altro modo di possedere* » — *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffrè, 1977.

cosa molto singolare ⁽²⁾. Mentre quel materiale rivelava, nella migliore delle ipotesi, agguerrita competenza e buona preparazione tecnica ma stentava quasi sempre a inserirsi a un livello problematico più ampio e superiore, in questo testo circolava un tale respiro culturale e un così evidente tentativo di intelligenza critica e di intelligenza scientifica del tema da far restare di stucco il lettore annoiato.

L'Autore era un a me, allora, assolutamente ignoto deputato marchigiano, Giovanni Zucconi; il testo era la ammirevole Relazione — da lui tenuta, come Segretario della Commissione parlamentare, nella seduta del 30 marzo 1886 — sul disegno di legge del Ministro dell'Agricoltura Grimaldi in ordine alla abolizione delle servitù di pascere, vendere erbe e fidare nelle provincie ex-pontificie. Fu quello il mio primo incontro con Giovanni Zucconi, cui seguì l'esigenza — immediatamente soddisfatta — di conoscerlo meglio e da vicino anche con esplorazioni nella sua biblioteca e nel suo archivio ⁽³⁾, cui tenne dietro una lunga e intensa familiarità, che sono ora lieto di consolidare partecipando a questo felice Convegno.

⁽²⁾ Per debito di verità mi sento di aggiungere che, nell'ambito della stessa ricerca, un identico moto dell'animo fu in me provocato dagli interventi parlamentari di Tommaso Tittoni nell'itinerario formativo di quello che sarebbe divenuto il secondo corposo contributo legislativo allo « ordinamento dei domini collettivi nelle Provincie dell'ex Stato Pontificio », e cioè la Legge 4 agosto 1894, n. 397. Sia la legge dell'88 che quella del '94 ebbero la ventura di fruire del lavoro appassionato, intelligente, culturalmente assai fondato di due personaggi come Zucconi e Tittoni certamente non comuni perché arricchiti da un comune sposalizio di passione intelligenza cultura possedute in grado notevolissimo. Con questa notazione, tuttavia, segnata per debita puntualità e non per intento celebrativo: che Tittoni si giovò della breccia faticosamente e pionieristicamente ricavata da Zucconi nella muraglia prima compatta. Sull'opera parlamentare di Tittoni non mi resta che rinviare chi ne volesse sapere di più alle pagine del mio « *Un altro modo di possedere* », cit., p. 352 ss.

⁽³⁾ Il che feci nella primavera del 1976, con una ampia indagine sulle carte lasciate da Giovanni e sulla sua biblioteca, fortunatamente conservate intatte dagli Eredi nella vecchia sede dello Studio legale Zucconi in Camerino. Il che ho ripetuto nei mesi scorsi, sempre generosamente accolto dai pronipoti, attenti e sensibilissimi custodi delle memorie di un avo così significativo. Mi è gradito rinnovare il mio ringraziamento all'avvocato Corrado Zucconi, che — oggi come dodici anni fa — ha posto a mia disposizione il materiale restato nella sede dello studio legale e consistente soprattutto in fascicoli defensionali. Ma desidero ringraziare particolarmente Ferdinando Zucconi, Primo Presidente aggiunto della Corte Suprema di Cassazione, ideatore e realizzatore di questo Convegno, che, nella villa di Paganico, antica residenza campestre di Giovanni, restaurata e riportata al primitivo decoro, ha voluto dar sede degnissima per la biblioteca

Ma voglio dire qualcosa di più: se oggi, dopo aver consumato ormai una buona porzione della mia vita professionale in tante ricerche e in tante pubblicazioni, vi dó uno sguardo retrospettivo, uno dei pochi fatti sicuri di cui mi felicito con me stesso è proprio di aver contribuito a dissepellire da una polverosa dimenticanza il personaggio e l'opera di Giovanni Zucconi. Che si segnala, come sopra si diceva, per la sua singolarità. Precisiamo meglio: per la sua singolarità sotto il profilo culturale.

Zucconi è infatti una voce non banale nel grande filone della storia della cultura giuridica italiana del tardo Ottocento. Probabilmente, l'estrema intelligenza dell'uomo avrà reso incisiva la sua presenza come avvocato, come amministratore locale, come parlamentare, e anzi la familiarità con la sua opera mi fa convinto — e il Convegno ce lo dirà — che si trattò di personaggio complesso, ricco di parecchie dimensioni. Sono però anche convinto che il motivo primo, per cui noi oggi, a quasi cento anni dalla Sua morte ⁽⁴⁾, lo ricordiamo e celebriamo, è a causa di quella sua voce dal timbro culturale così intenso e peculiare. Ammettiamolo pure: la legge 24 giugno 1888 non ha il volto di uno dei tanti interventi liquidatorii e profondamente si differenzia dagli altri soltanto perché il Segretario della commissione parlamentare, in grazia della sua testa ricolma di tante letture e fertile di tanta sensibilità culturale (i suoi colleghi l'avranno, almeno all'inizio, identificata in fantasiosa estrosità), ne fece il primo segno a livello ufficiale d'un possibile atteggiamento di revisione di solidissimi luoghi comuni imperanti. La cultura giuridica di Zucconi merita perciò una sosta autonoma e attenta.

Cultura giuridica, è scritto nel titolo, e qui bisogna subito intendersi preliminarmente. Non v'è dubbio che giuridica è la preparazione di Zucconi, da quella universitaria a quella professionale, e giuridica è la sua visione del mondo sempre tesa a ricercare e rilevare i segni non sensibili ma altrettanto reali di quelle nascoste

e per l'archivio, e che qui mi ha accolto con signorile ospitalità. Sarebbe infine ingiusto non menzionare in questa nota gratulatoria, come ben volentieri feci già nella prefazione del volume del '77, l'aiuto discreto ma efficace che mi ha dato, oggi come ieri, l'amico Pierluigi Falaschi, della Università di Camerino, facilitandomi l'accesso a pubblicazioni camerti del tempo di Giovanni non agevolmente reperibili.

(4) Giovanni Zucconi muore infatti, neanche cinquantenne, a Camerino, nel 1894.

geometrie ordinanti che sorreggono il sociale e gli consentono pienezza di vita; ma non si percepisca questa aggettivazione con quella carica di isolamento e di chiusura a cui ci hanno avvezzato, in Italia, decenni e decenni di formalismo e di legalismo. Il giuridico di Zucconi, pur nella sua indiscussa autonomia, sfocia sempre nel sociale e soprattutto nell'economico, e ciò non tanto perché il Nostro, se qualcosa insegna nell'Ateneo camerte, è per l'appunto non materie giuridiche⁽⁵⁾ ma la Statistica e l'Economia politica, quanto per due motivi più sostanziali: perché al mondo culturale, cui fa capo Zucconi, teso com'è alla ricerca del « positivo », ripugnano confinazioni troppo rigide ed è invece congeniale una visione complessiva del dato sociale come la più corrispondente alla complessità e ricchezza della vita storica; perché, conseguentemente, in questo mondo culturale c'è una continua e insopprimibile circolazione osmotica fra diritto, economia e sociologia, e il diritto è soltanto la più augusta, la più antica, la più metodologicamente collaudata delle scienze sociali. La stessa pubblicistica giuridica di allora dimostra questa permeabilità di confini, come stanno a testimoniare i rilevanti saggi di riflessione economica ospitalmente pubblicati dalle Riviste giuridiche, a cominciare dagli studi storicamente significativi del Cusumano sul germanismo economico che trovano comoda nicchia nelle pagine dello « Archivio giuridico »⁽⁶⁾.

2. E veniamo al nodo della singolarità culturale di Zucconi, nel tentativo di contribuire a scioglierlo.

Alcuni essenziali elementi interpretativi vanno subito presupposti: Giovanni Zucconi è espressione fedele della sua terra camerte, nella quale va costantemente inserito a pena di non raggiungere la piena comprensione del personaggio; come la sua terra camerte — com'essa era soprattutto cento anni fa —, egli è un appartato, un solitario, e in solitudine — in una liberante solitudine — va visto l'emergere, il procedere, il consolidarsi della sua meditazione e della

⁽⁵⁾ A parte, in una brevissima parentesi, il « Diritto amministrativo ».

⁽⁶⁾ Nella stessa biblioteca di Giovanni Zucconi, ora conservata nella villa di Paganico, si fa gran posto ad opere di scienza economica, e la « Biblioteca dell'economista » è massicciamente presente.

sua visione dei rapporti uomo-cose e delle proprietà in particolare.

Proprietario terriero, ha dal suo ceppo contadino la virtù intima di un legame non effimero con la terra; personaggio sensibilissimo ai problemi sociali, ha occhi aperti e curiosi ma soprattutto rispettosi per i costumi che vede vivere intorno a sé, còliti sempre come estrema derivazione di lontane propaggini storiche; cultore del positivo, fa dell'osservazione il privilegio primo di quei suoi occhi ben aperti sul mondo, unendovi un gusto tutto specifico per il rilevamento dei dati che la lunga familiarità con la statistica non poteva non avvalorare.

Tre buoni motivi per giustificare il perfetto inserimento di Zucconi in quel lembo di regione marchigiana; per cogliere in questa sua perfetta specularità verso l'ambiente circostante la cifra più segreta e la più espressiva. Con due precisazioni inabdicabili.

Innanzitutto questa prima: Zucconi non è il proprietario fondiario dominato da un attaccamento viscerale e da un vago sentimento arcadico, né la landa camerte è il campanile alla cui ombra riposarsi e di cui tessere elogi fuori del tempo. La landa camerte è invece lo spazio concreto in cui possono effettivamente esercitarsi le due attività che più gli sono congeniali, l'osservazione e il rilevamento, attività che han bisogno di un terreno determinato per essere fruttuose, che rifuggono per loro natura da astrattezze e genericità. Lo spazio collinare e montano intorno a Camerino è, per così dire, il laboratorio sperimentale del « positivista » Zucconi, quella zolla anche se esigua di paese reale da scandagliare in lungo e in largo proprio per stracciarne l'eventuale immagine cartolinesca confezionata ad arte da basse retoriche spesso servili a basse ideologie. Tanto meglio se quella era la sua terra, giacché alla virtù fredda dell'osservazione egli avrebbe potuto unire quei legami più vivi che nascono dalla dimestichezza e dalla consuetudine generazionale e che, lungi dallo sfocare l'immagine, avrebbero permesso la comprensione piena della realtà.

Quella provincia camerte, che la dorsale appenninica continuava a quasi separare come mondo appartato e conchiuso dall'altra Italia economicamente in risveglio e avviata a un notevole incremento industriale e commerciale; che poche e mal sicure strade congiungevano con quell'altra Italia e per la quale si invocava ormai il rimedio di una diretta comunicazione ferroviaria;

che viveva soltanto di agricoltura; che, per la natura del suo assetto montagnoso e collinare, nutriva ancora all'interno dell'universo agrario una presenza massiccia del bosco e del pascolo con una prevalente economia silvo-pastorale; quella provincia all'osservatore oggettivo che voleva analizzarla senza umori e prevenzioni, con scientifico distacco ma anche con la più rispettosa disponibilità a registrarne attentamente tutti i valori, offriva un panorama complesso al cui centro si collocavano molti nuclei comunitari di gestione agraria con assetti proprii che non attingevano né alla legislazione e cultura giuridica ufficiali ma neanche al grande filone di tradizione giuridica dominante nella storia dell'Europa occidentale, quello romano e romanistico. L'osservatore, lungi dal ritenerli creature aberranti e deformi, li accostò con l'osservazione e lo studio, volle capirli.

E cade qui acconcia la seconda precisazione: se il « natio loco » fu per Zucconi niente più che il laboratorio sperimentale a portata di mano, l'intelligenza del personaggio pretese immediatamente una seconda operazione, e fu operazione comparativa, e fu la grande operazione di salvataggio culturale: poteva questa zolla di Appennino marchigiano, questo esiguo insieme di montagne e di vallate selvaggio, essere ricondotta a una più grande orditura di cui rappresentava soltanto una minima fibra? Il « campanile » camerte non porge ombra quieta per il sonno di Zucconi. E i poveri assetti montani si vedono proiettati in una dimensione affatto universale, connessi come sono alla storia delle forme di appartenenza della terra, alla dialettica fra cultura giuridica romano-romanistica e culture pre-romane, alle ricerche dell'inglese Maine, del belga Laveleye, del russo Kovalewski, dello svizzero Heusler, e via dicendo. I costumi camerinesi di assetto collettivo della appartenenza si rivelano agli occhi di Zucconi come tessera di un amplissimo mosaico, e una intensa dialettica fra particolare e universale penetra il ricercatore e l'operatore. Invano cercheremmo il campanile locale, che è completamente risolto nella mai deposta coscienza universale del fenomeno da parte dell'osservatore (7).

(7) Si vedano le precisazioni offerte nelle pagine seguenti e soprattutto nel § 7.

3. L'esplorazione locale, come accertamento della realtà socio-economico-giuridica positiva a disposizione delle capacità di rilevamento e di analisi dell'osservatore, è lo strumento che, al di là delle affermazioni generiche, Zucconi dimostra effettivamente di prediligere e di utilizzare in due aspetti della sua esperienza di lavoro: in una circostanza limitata nel tempo, ma attiva e incisiva, come la sua collaborazione alla Inchiesta Jacini; nella sua professione di avvocato, una dimensione di lavoro che lo impegnerà, al contrario, per tutta la vita fino al momento della morte prematura e che la coinvolgente vita parlamentare non riuscirà a soffocare ⁽⁸⁾.

Giovanni Zucconi non è un semplice operaio ma un protagonista nella complessa e operosa officina impiantata alla fine degli anni Settanta in tutta Italia dalla lungimiranza di Stefano Jacini; articolandosi l'organizzazione relativa alla varia e complicata realtà agraria marchigiana in Sottocomitati locali, Egli è il Presidente di quello di Camerino ⁽⁹⁾.

Doveva per lui essere particolarmente suadente quel dar voce alle cose su cui Jacini tanto insisteva, quell'accumulo di rilevamenti magari impietosi dai quali finalmente si disegnasse da sé, senza interventi edulcoranti come nella propaganda ufficiale del regime, il volto del « paese reale ». E fu evento provvidenziale che in questa operosità egli dovesse venire in non episodico contatto con il maceratese Ghino Valenti, Segretario del Sottocomitato di Macerata, coordinatore e relatore sostanziale per quanto atteneva alla intera regione delle Marche ⁽¹⁰⁾.

Il rapporto fra i due — che sarà cementato da amicizia e stima durevoli non scalfite, come dimostrano tarde attestazioni ⁽¹¹⁾, da

⁽⁸⁾ Soprattutto negli ultimi anni della vita egli intensifica un aspetto particolare della professione legale e a lui particolarmente congeniale: il patrocinio nei procedimenti — previsti dalla sua legge 24 giugno 1888 — dinnanzi alle Giunte d'arbitri. Molte sono le compare in procedimenti presso le Giunte d'arbitri in Camerino, Ancona e Spoleto, che sono a tutt'oggi conservate nell'Archivio Zucconi.

⁽⁹⁾ Cfr. *Atti della Giunta per la Inchiesta agraria e sulle condizioni della classe agricola* — Volume XI, tomo II, Roma, Forzani, 1884 (rist. anast. Bologna, Forni, 1987), Introduzione, p. VIII.

⁽¹⁰⁾ Su Ghino Valenti operatore nell'ambito dell'Inchiesta Jacini cfr. le precisazioni offerte in « *Un altro modo di possedere* », cit., p. 286 ss

⁽¹¹⁾ Da parte dello Zucconi un omaggio al Valenti come « studiosissimo di questi

piccoli screzii momentanei ⁽¹²⁾ — significa sì comunanza di lavoro ma soprattutto comunanza di idee. Già in un suo saggio risalente ai primi mesi dell'Ottanta Valenti aveva segnalato la sua visione spregiudicata degli assetti collettivi della montagna marchigiana ⁽¹³⁾; ed è proprio in una impermeabilità verso i luoghi comuni e in una riottosa resistenza a farsi plagiare dalle favolette ricorrenti in tema di forme primitive della proprietà che Zucconi e Valenti registrano profonda consonanza.

La solitudine del Nostro, cui sopra si faceva riferimento, trova una attenuazione nell'appartata nicchia picena soltanto nella familiarità con l'economista maceratese e nello scambio — che dovette

argomenti » è nella sua Relazione, sul disegno di legge Grimaldi, del 30 marzo 1886 (cfr. *Atti parlamentari* — Camera dei Deputati — Legislatura XV — I sessione 1882-86 — Documenti — Disegni di legge e relazioni, n. 270 A, p. 12). « Al Marchese Giovanni Zucconi deputato al Parlamento » è formalmente dedicato il primo grosso contributo scientifico di Valenti, e cioè *Il rimboschimento e la proprietà collettiva nell'Appennino marchigiano* (1887), leggibile oggi in *Studi di politica agraria*, Roma, Athenaeum, 1914, p. I ss. Nella « Lettera proemio » premessa all'opera e indirizzata appunto a Zucconi, Valenti ricorda (p. 6) « l'amicizia sincera, che da tanto tempo ci lega » ed esce in questo significativo riconoscimento: « è ormai, posso dire, da molti anni ch'io mi vado occupando con assiduo studio delle condizioni della proprietà delle nostre montagne, e mi fu sempre di grande conforto il sapere, che i miei concetti intorno all'origine e all'essenza giuridica delle nostre Comunanze e dei diritti d'uso erano da te pienamente approvati, da che sei conoscitore profondo della materia e mi fosti sempre largo di consigli e d'aiuti » (p. 4). Qualche anno più tardi Valenti, in un saggio del '91, ribadiva volentieri una pubblica attestazione di stima scientifica: [il] « deputato Zucconi che è fra quei cultori delle scienze sociali, ormai non più pochi nemmeno in Italia, i quali dall'evoluzione storica della proprietà fondiaria intendono trarre gli elementi per ricostituire su basi più solide una teoria della proprietà meno rigida e più consentanea alle trasformazioni incessanti di tutti gli ordinamenti economici » (G. VALENTI, *Cooperazione e proprietà collettiva*, in *Nuova Antologia*, 16 luglio 1891, p. 341).

⁽¹²⁾ In seno al Congresso degli agricoltori marchigiani, nella seduta del 24 settembre 1887, Zucconi bollò come socialisteggianti certe proposizioni del Valenti, il quale, a caldo, redigendo il 10 ottobre dello stesso anno la « lettera proemio » indirizzata al deputato camerte in premessa al suo *Il rimboschimento e la proprietà collettiva nell'Appennino marchigiano*, cit., p. 3 ss., pubblicamente se ne doleva. In calce alla stessa « lettera proemio », nella ristampa del saggio valentiano fatta nel 1914 e sopra citata, si vedano gli interessanti riferimenti dell'economista maceratese a uno scambio di corrispondenza intercorso subito dopo il Congresso del settembre '87 fra lui e Zucconi.

⁽¹³⁾ G. VALENTI, *La proprietà nell'Appennino marchigiano*, in *Rassegna provinciale di Macerata*, II (1880), n. 48 del 29 febbraio 1880 e n. 49 del 7 marzo 1880.

essere frequente — di idee e di risultati delle personali rilevazioni.

Il frutto non si fece attendere ed è consegnato nei grossi volumi degli « Atti » dell'Inchiesta, dove fa spicco per la sua singolarità rispetto ai contenuti di altri risultati regionali: mentre nel materiale delle altre circoscrizioni e addirittura della stessa circoscrizione quinta per le provincie di Roma e Grosseto e di Perugia, gli assetti fondiarii collettivi sono devitalizzati sotto l'etichetta sminuente di « Gravami della proprietà », una sistemazione innovatrice si afferma, fin dall'inquadramento formale, per le provincie di Ancona, Ascoli, Macerata e Pesaro. Un capitolo autonomo vi è infatti dedicato a quegli assetti sotto la diversa intestazione « La proprietà collettiva nella zona montana », e non è invece traccia alcuna di essi nel capitolo successivo « Valori e gravami della proprietà » (14).

Il merito principale deve ascriversi al Valenti, redattore effettivo della Relazione e coordinatore di tutto il materiale regionale, ma è doppiamente significativa la presenza accanto a lui, in posizione di rilievo, di Giovanni Zucconi: significativa per consolidare con l'apporto cospicuo dei dati relativi alla montagna camerte un certo indirizzo dell'Inchiesta su tema così scottante; significativa per consolidare nella stessa coscienza scientifica di Zucconi un patrimonio di certezze, con l'appoggio autorevole di Valenti e con l'eloquenza della gran mole di dati pazientemente raccolti sul campo e scientificamente ordinati.

L'esperienza nella organizzazione della Inchiesta deve interpretarsi come un non secondario momento di fondazione delle future scelte così precise e decise, così coraggiose e consapevoli, del relatore parlamentare sul disegno di legge Grimaldi. Una tal convinzione e consapevolezza nasceva dalla lettura di quello straordinario libro aperto fatto di cose inequivoche e non di parole fumose, che la Inchiesta per parecchi anni gli consente di avere sotto gli occhi.

4. Ma v'era per Zucconi un altro libro aperto, di rara eloquenza perché ugualmente fatto di cose: l'esercizio di una professione d'avvocato gestita con una vocazione squisitamente sociale, che

(14) *Atti della Giunta per la Inchiesta agraria*, cit., cap. XVII e cap. XIX.

colloca il Nostro in posizione antitetica a quella di un azzecceggarbugli. È infatti una professione che pone il legale camerte in stretto contatto con il ricco tessuto di Comuni, istituzioni, comunità della campagna e montagna intorno a Camerino; per esempio, con Fiuminata.

Questo piccolo villaggio, situato oltre Pioraco nell'alta valle del fiume Potenza, custodisce nel suo territorio cospicue reliquie di proprietà collettiva. Zucconi ne è, si può dire da sempre, il legale e, in questa sua veste, affiora sempre alla sua attenzione anche se indirettamente la peculiare realtà economico-sociale retrostante. Già nel 1874, in una comparsa conclusionale a stampa che pure riguarda un *petitum* di « rivendicazione di stabili », esordisce così il giovane avvocato: « fino *ab antiquo* i popolani del Comune di Fiuminata goderono del diritto di pascere e legnare sopra alcuni prativi e boschivi siti nel territorio del comune sul vicino Monte Gemmo fra i quali i beni in vocabolo Portola, oggetto dell'odierna controversia » (15).

Un accenno soltanto, ma anche un segno del contatto non indifferente con le strutture più profonde della società comunale; un accenno che ci motiva a sufficienza perché, quando nel 1884 lo stesso Comune di Fiuminata domanda a Zucconi la stesura di un parere *pro veritate* su queste benedette « servitù » di pascere e legnare, il nostro avvocato se ne esce con una monografia a stampa che è anche un esemplare trattatello storico-giuridico sulla natura di quegli assetti e — ciò che più conta — un esemplare tentativo per la loro più autentica comprensione (16).

Nell'84 ci sono almeno dieci anni di confidenza professionale con il Comune; nell'84 si può anche tesaurizzare il grosso lavoro fatto per l'Inchiesta e che ricomprendeva pure l'esplorazione dell'alta valle del Potenza. Zucconi ha tutti gli strumenti ma ha prin-

(15) Nella biblioteca, già di Giovanni, attualmente ordinata e custodita da Ferdinando Zucconi nella avita dimora campestre di Paganico, sono conservati parecchi volumi di memorie defensionali del Nostro. La comparsa, cui si accenna nel testo, datata: Camerino, 17 febbraio 1874, redatta « per Felicioli Filippo nella qualifica di Sindaco del Comune di Fiuminata » « in punto a rivendicazione di stabili » è nel volume segnato: *Difese civili* — vol. I.

(16) G. ZUCCONI, *Parere legale sui diritti d'uso civico dei popolani di Fiuminata sui beni ex-camerali*, Camerino, tip. Savini, 1884.

cialmente la gran voglia di cogliere l'occasione per gridare sui tetti la sua verità sul segreto degli assetti collettivi. I tetti sono ancora quelli modesti della remota Camerino ma fra due anni saranno quelli di Roma e dello stesso palazzo di Montecitorio.

La memoria avvocatesca per il Comune di Fiuminata che, nella ampiezza di documentazione, complessità di approccio e di motivazioni, appartiene senza dubbio a una letteratura forense di altissimo rango, è quasi il primo esercizio scientifico, pur ridotto e particolarezzato dalla richiesta del cliente, in cui sull'argomento si misura Zucconi, e dimostra già la maturità di visione del personaggio: che non fa opera da leguleio ma da giurista aperto e culturalmente provveduto.

Prenderò fra breve in esame il parere zucconiano nei suoi diretti contenuti, ma quel che mi preme qui fin da ora di segnare è il valore di un certo esercizio dell'avvocatura per la maturazione delle convinzioni del Nostro. Se mi è consentito l'accostamento, è accaduto a fine Ottocento per Zucconi quanto nel periodo prima e dopo la seconda guerra mondiale avverrà per Giangastone Bolla⁽¹⁷⁾. Bolla che, prima di salire tardivamente la cattedra universitaria nel 1933, esercita attivamente la professione forense, trova in questa il tramite primo per il contatto e la familiarità con le proprietà collettive dell'arco alpino orientale e infine per la loro interpretazione scientifica. Sarà dapprima nelle memorie defensionali che Bolla affinerà le sue diagnosi storico-giuridiche e sarà solo successivamente che ne disegnerà dottrinalmente il volto giuridico⁽¹⁸⁾ e ne tenterà il riconoscimento sul piano legislativo⁽¹⁹⁾.

(17) Su Bolla, per molti anni docente di Diritto agrario nella Università di Firenze, che ha dedicato una lunga serie di scritti al problema delle proprietà collettive dell'arco alpino, cfr. quanto ho avuto occasione di precisare in una precedente ricerca: P. GROSSI, *Stile fiorentino — Gli studi giuridici nella Firenze italiana — 1859/1950*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 216 ss.

(18) Se ne vedano le testimonianze principali (ma non complete) raccolte in: G. BOLLA, *Scritti di diritto agrario*, Milano, Giuffrè, 1963.

(19) Bolla fu tra coloro cui deve ascrivere il merito se nella Legge 25 luglio 1952, n. 991 (la cosiddetta legge sulla montagna) il fenomeno delle « comunioni familiari vigenti nei terreni montani » ricevette per la prima volta una disciplina rispettosa della sua peculiarità storica.

5. E vediamo in che senso il parere *pro veritate*, che l'avvocato Giovanni Zucconi rende nel 1884 al Sindaco di Fiuminata, è una chiara dimostrazione della veridicità di questo assunto.

Zucconi parte da una analisi minuta della situazione locale, dei reperti catastali, dei contenuti usuali del godimento, delle vicissitudini dei fondi, ma avverte che, per decifrare quella crittografia giuridica che *ab immemorabili* si è venuta disegnando su pascoli e boschi delle montagne fiuminatesi, occorre fare un salto di piano, porsi a un maggior livello interculturale da cui il paesaggio giuridico possa essere osservato con una assoluta nudità di sguardo, senza quelle prevenzioni che inevitabilmente si imprinono in chi è avvezzo a osservare dall'interno di un solo universo culturale subendone tutte le pretese certezze. È la percezione precisa che quegli assetti si situano al di là dell'universo culturale — cioè di cultura giuridica — ufficiale e dominante in Italia nel 1884: quelle che sotto un occhiale romanistico appaiono crittografie indecifrabili diventano strutture chiare e razionali solo se pensate con altri schemi mentali, in nome di altri principii ordinanti, dietro altre ideologie dell'appartenenza. Oscurità e irrazionalità conseguono soltanto al procedimento intellettuale metodologicamente viziato di misurarle in base a schemi, principii, ideologie ad esse completamente estranei, mentre l'unico criterio scientificamente valido è quello della disponibilità a rispettare quanto di estraneo e di alieno vi si serba.

D'un colpo, il minimo lembo di territorio camerte è trasportato nella grande disputa sulle forme storiche di proprietà e sulla dialettica fra diverse culture giuridiche, che da qualche anno sta vivacizzando in tutta Europa il sonnacchioso stuolo dei giuristi. Ma non è un lustrino di grossi nomi che il pratico marchigiano con avvocatesca furberia inserisce ad arte nel contesto del parere per estorcere una parcella più alta al Sindaco di Fiuminata o per abbacinare — domani — un futuro giudice di future contese. È invece l'unico modo per venire a capo del problema, l'unico modo che non sia il risolverlo con la violenza legale e con la liquidazione forzosa in nome della nuova unitaria proprietà borghese. E questo è ciò che Zucconi vuole ad ogni costo evitare; non perché sia un nemico della proprietà borghese e dell'individualismo possessivo (anzi, se v'è stata polemica fra lui e il Valenti, ha avuto origine dal fatto che questi gli appariva

troppo socialisteggiante) (20); non perché — tutto sommato — sia negatore di un umano progresso dal collettivismo all'individualismo, ma soltanto per la ripugnanza di indole scientifica e, in particolare, epistemologica che gli procurava un ragionare unilaterale per assiomi, per luoghi comuni, per valori assoluti. Zucconi si riconosce nei grandi mentori della disputa europea (Maine e Laveleye) soprattutto per la nota eminente di pluralismo culturale di cui essi sono portatori.

Dirà Egli nella parte centrale del parere: « io son convinto con il Laveleye... che mal si può giudicare di siffatti usi con la sola scorta del *jus quiritarium*, e senza rintracciarne la natura intrinseca e la loro origine. Gioverà pertanto anzi tutto il ricercare le origini degli usi civici poiché da questa indagine scaturiranno come corollari le nozioni sull'indole dei detti usi, sulla loro estensione, e sulla influenza delle moderne legislazioni sui medesimi. È ormai dimostrato, da profonde ricerche sui costumi dei popoli, erroneo il concetto di alcuni giuristi i quali riguardano la proprietà privata come la forma primitiva della proprietà stabile, e la comunista come una forma derivata da quella in forza di contratti od associazioni fra privati proprietari, o in virtù di concessioni di principi, e di prescrizione. Mercé gli studi del Maurer e del Nasse in Germania, di Emilio Laveleye nel Belgio, di Gabriele Rosa in Italia, e soprattutto dell'inglese Enrico Maine nel suo libro *Ancient Law*, è dimostrato che la forma primitiva della proprietà terriera è presso tutti i popoli la collettiva o comunale » (21).

E non è né velleitario né ingenuo se la parte centrale del parere è tutta dedicata alla « origine degli usi o diritti civici » (22): perché il nodo giuridico vigente ha profondissime radici storico-giuridiche, le quali, se ignorate o fraintese, compromettono l'intera comprensione o irrimediabilmente la viziano. Qui i grandi animatori dottrinali della disputa ottocentesca si mescolano, quali fonti di Zucconi, ai sensibili giuristi dell'antico regime che egli dimostra — per lungo studio — di conoscere perfettamente; fra i molti, il remoto feudista

(20) Cfr. più sopra, a p. 110.

(21) ZUCCONI, *Parere legale*, cit., p. 13.

(22) È la parte seconda che è così intitolata.

meridionale Andrea d'Isernia ⁽²³⁾, lo spagnolo Otero ⁽²⁴⁾, il prestigiosissimo Cardinal De Luca ⁽²⁵⁾.

La favoletta borghese, che configura gli usi e i diritti collettivi come usurpazione di pezzenti tollerata dalla graziosa generosità dei proprietari, si capovolge intieramente, e si profila un itinerario storico-giuridico invertito che procede invece da una primitiva comunione popolare allo spossessamento da parte di un signore che la trasforma in dominio particolare. Zucconi è convinto « che cioè gli usi civici non sieno che l'espressione dell'antico dominio popolare sulle terre poscia dal popolo cedute o ad esso prepotentemente ritolte » ⁽²⁶⁾, talora con dei contenuti di godimento assai ristretti, talora con contenuti ampi, a seconda delle diverse circostanze storiche in cui si sono risolte le lotte fra comunità e signori, tutti però « reliquie » dell'antico condominio rappresentanti in quantità diversa, la « conservazione del diritto di proprietà che ai cittadini spettava in comune sulle terre oggi passate in proprietà privata » ⁽²⁷⁾.

Ma Zucconi, che è giurista tecnicamente assai provveduto, non si arresta qui. Avverte che la locuzione e nozione di condominio può essere estremamente ambigua a causa di quel certo modello romano e romanistico che ogni giurista ha ben impresso nella propria testa; e tiene a precisare che qui si fa riferimento a un'altra nozione di condominio cui si partecipa non *uti dominus* ma *uti civis*, un condominio in cui la proprietà non è riconducibile — sia pure *pro quota* — a un individuo come nella comunione romana ma piuttosto a una catena ininterrotta di generazioni senza capacità dispositive per il singolo ⁽²⁸⁾. « Un altro modo di possedere » — riconosce Zucconi facendo sua la frase efficace di Carlo Cattaneo — , « un'al-

⁽²³⁾ Di Andrea d'Isernia, il *monarcha feudistarum*, egli cita i « *Commentaria in Constitutiones Regias* ».

⁽²⁴⁾ Frequenti sono i riferimenti al « *De pascuis et jure pascendi* » di Antonio Fernandez de Otero, giureconsulto operante nel Seicento in Spagna.

⁽²⁵⁾ Una delle fonti principali per Zucconi è il libro quarto (*De servitutibus praedialibus, usufructu et utroque retractu*) del « *Theatrum veritatis et justitiae* » di Giovan Battista De Luca, soprattutto nei *discursus* dal 35 al 42.

⁽²⁶⁾ ZUCCONI, *Parere legale*, cit., p. 18.

⁽²⁷⁾ ZUCCONI, *Parere legale*, cit., p. 24.

⁽²⁸⁾ ZUCCONI, *Parere legale*, cit., p. 25 ss.

tra legislazione, un altro ordine sociale che inosservato discese da remotissimi secoli fino a noi » (29).

E gli assetti collettivi delle montagne sopra Fiuminata si ingigantiscono: giuridicamente sono l'espressione d'un altro pianeta, d'un'altra civiltà costruita su basi politiche, sociali ed economiche diverse; i popolani di Fiuminata, come utenti di quei diritti collettivi, appaiono quasi un popolo di stranieri in patria, che può pretendere di essere valutato secondo il proprio diritto. Un diritto storicamente perdente a fine Ottocento, esiliato sui monti meno accessibili dove soltanto ha potuto continuare a sopravvivere, ma parte viva del positivo della terra e della storia e come tale meritevole di rispetto. Nella sua appartata nicchia camerte, Giovanni Zucconi, corroborato dalla esperienza fruttuosa dell'Inchiesta, sollecitato dalla vicina testimonianza di Valenti, arricchito da tante letture di mentori transalpini, consegue una piena affrancazione dalla monocultura circolante. Ed è singolare questo arioso spazio pluralistico in cui si colloca.

6. Nella seduta della Camera dei Deputati del 30 marzo 1886 l'onorevole Giovanni Zucconi, relatore per la apposita Commissione parlamentare, teneva la sua Relazione sul disegno di legge per la « abolizione delle servitù di pascere nelle provincie *ex-pontificie* » presentato a suo tempo dal Ministro Bernardino Grimaldi (30). Sull'itinerario del disegno ha parlato con dovizia di dati offrendone una intelligente ricostruzione complessiva Maria Sofia Corciulo nel suo pregevole intervento e ciò mi esime anche dal farvi un piccolo accenno. Mi limiterò pertanto alla Relazione zucconiana, che è testimonianza compiuta della maturità culturale del Nostro, della singolarità del suo ormai definitivo orientamento.

Chi conosce il « Parere legale » per Fiuminata di due anni prima vi scorge agevolmente la continuità perfetta del pensiero: la Relazione

(29) Zucconi si compiace di citare per esteso (*Ibidem*, p. 18), riconoscendovisi appieno, lo splendido, notissimo testo cattaneano, che è come un vessillo di tutta la cultura giuridica alternativa in tema di proprietà. Il testo si può leggere in C. CATTANEO, *Su la bonificazione del Piano di Magadino a nome della Società promotrice. Primo rapporto*, ora in *Scritti economici*, a cura di A. Bertolino, Firenze, Le Monnier, 1956, vol. III, pp. 187-88.

(30) Vedi la citazione esatta più sopra, alla nota 11.

non è che una tappa ulteriore, magari sorretta da uno sguardo più esteso, magari arricchita da una più ampia documentazione. Ma i nodi individuati, le diagnosi operate, le soluzioni prospettate sono le stesse.

Si rileggano le parole di avvio del capo secondo, che rappresenta tuttavia l'esordio sostanziale della intera Relazione: «Dopo che.. i reggitori dei vari paesi dell'Italia divisa e gli stessi legislatori italiani emanarono provvedimenti diretti a distruggere totalmente o in gran parte la promiscuità del godimento e le servitù civiche gravanti i beni rustici nelle diverse provincie, le opinioni degli economisti e degli uomini di stato su questo soggetto si vennero a poco a poco modificando. Dall'assioma ricevuto che cotesti istituti, caratterizzati come vieti residui del regime feudale, fossero sempre ed in qualunque condizione di tempo e di luogo dannosi ai progressi dell'agricoltura, o assolutamente indegni di esistere, si passò al dubbio della bontà di questa dottrina distruggitrice dei diritti popolari così generale ed assoluta. Le dotte e molteplici ricerche eseguite in questi ultimi tempi sulla origine di questi usi civici, le quali si rannodano con le indagini sulle forme primitive della proprietà rustica, gli studi sui costumi e lo stato attuale della proprietà di alcuni popoli dell'Asia e dell'Europa, specialmente della India Inglese, della Russia, della Serbia e della Svizzera, portarono gli storici del diritto a concludere che i diritti civici e popolari più che un portato tramandatici dai distrutti feudi sono spesso invece i vestigi del regime agrario primitivo, nel quale il godimento delle terre e l'esercizio del diritto di proprietà su di esse esercitavasi in forma collettiva dai componenti delle tribù o dagli abitanti dei villaggi. Gli scritti del Sumner Maine, del Laveleye, del Roscher, del Rosa e di altri molti, diedero molto lume di fatti prima sconosciuti a questa dottrina. Come in tutte le forme di evoluzione anche in quella della proprietà fondiaria la individualizzazione è posteriore alla forma complessa di proprietà comunistica. La proprietà privata succede a questa e vi si sovrappone lentamente, e la collettiva rimane là dove per circostanze di clima, di suolo, di regime politico non è utile né possibile la appropriazione individuale del suolo » ⁽³¹⁾.

⁽³¹⁾ ZUCCONI, *Relazione*, cit., p. 2.

Si tratta di un esordio inusitato per un intervento parlamentare, inusitato perché portatore d'una prevalente esigenza di adeguamento scientifico e di correttezza metodologica. La dimensione politica qui è nascosta; ma non è occultata ad arte, bensì in secondo piano rispetto alla preoccupazione primaria dell'oratore, che è di altro ordine. A Zucconi, cultore del positivo, un solo risultato preme: di operare — grazie agli ultimi apporti della scienza storica e giuridica — una identificazione verisimile degli assetti collettivi, primo passo pregiudiziale per arrivare a una loro corretta collocazione nella società e nell'ordinamento e, infine, a una disciplina non iniqua.

Preoccupazioni e interessi d'indole politica ci saranno (e lo vedremo), ma verranno dopo. Il senso della intera relazione è un altro: dopo tanti esami attraverso occhiali sfocati, guardare e analizzare finalmente il problema con la lente oggettiva dello scienziato; incrinare di un dubbio critico le certezze finora indiscusse. « Dall'assioma ricevuto.. al dubbio ». Par di leggere quella pagina dell'*Ancient Law* in cui Maine denuncia il predominio degli *a priori* e individua in essi il nemico da battere⁽³²⁾. Anche nella pagina zucconiana; come per Maine, l'itinerario di salvataggio culturale è la riconquista del dubbio, la consapevolezza che far scienza significa sì approssimarsi alla verità ma problematizzando; risolvendo tutto alla stregua non di astrazioni metafisiche o di ugualmente astratte deduzioni logiche che trovano la loro concretezza soltanto nei sottostanti innominati interessi da difendere, ma di una sensata induzione fondata su fatti naturali e storici⁽³³⁾.

(32) H.S. MAINE, *Ancient Law: its connection with the early history of society and its relations to modern ideas* (1861), London, J. Murray, 1870⁴, pp. 91-92. Nelle assai posteriori *Dissertations on early law and custom*, London, J. Murray, 1883 (chapt. VII, princ., pp. 192-93), dando uno sguardo retrospettivo alla propria opera, Maine ribadiva: « When I began it, several years before 1861 [data della prima apparizione di "Ancient Law"], the background was obscured and the route, beyond a certain point obstructed, by *a priori* theories based on the hypothesis of a law and state of nature ».

(33) Nell'Archivio Zucconi, in carte purtroppo non ancora ordinate, è conservato un ricco materiale di appunti (di mano di Giovanni) risalenti al momento preparatorio della Relazione parlamentare. È ammirevole la cura e l'impegno profuso da questo straordinario parlamentare (quanto dissimile dai nostri odierni mestieranti!) in letture dei più aggiornati volumi italiani e stranieri, nell'esame della numerosissima dottrina di

Oggi, anno di grazia milleottocentoottantasei, è proprio l'estendersi, il rinnovarsi, l'approfondirsi de « la osservazione storica sulle fonti del diritto »⁽³⁴⁾ a incrinare l'*a priori*, la verità assiomatica e pertanto indiscussa e indiscutibile, e ad avviare quel processo di deterioramento sempre maggiore delle certezze artificiali e di lento ma graduale capovolgimento dell'immagine osservata. E la Relazione diventa denuncia sonora delle tante usurpazioni dei più potenti, che hanno conculcato le primitive comunioni popolari in maniera sempre più pesante fino a ridurle a un contenuto che poteva legittimare formalmente la loro qualificazione come servitù di pascere e legnare, come gravami della libera proprietà 'quiritaria', e pertanto condannabili perché testimonii e avanzi dei tanti misfatti dell'antico regime.

Agli occhi di Zucconi — qui con una nitidezza assolutamente cristallina — avanzi apparivano chiaramente ma brandelli della *communio primaeva*. Dice a più riprese Zucconi: « i vestigi del regime agrario primitivo »⁽³⁵⁾, o ancora « i residui dell'antico condominio »⁽³⁶⁾, o ancora « un resto dell'antico diritto di proprietà comune »⁽³⁷⁾, ribadendo fortemente con mere variazioni verbali lo stesso preciso concetto e inaugurando un frasario cui una celebre prolusione di Venezian avrebbe dato successivamente — sempre da un pulpito camerte, anche se squisitamente accademico — maggiore e duratura fortuna⁽³⁸⁾.

L'induzione storica, correttamente adoperata, serve innanzi tutto a mettere in luce un risultato storico e uno giuridico, strettamente connessi l'uno all'altro, e di notevole rilievo: la priorità della appro-

diritto comune che egli domina in modo provetto. La chiarezza è senza dubbio chiarezza di idee e di intuizioni, ma è anche il risultato di una documentazione di rara probità, di una curiosità intellettuale che non si appaga facilmente.

⁽³⁴⁾ *Relazione*, cit., p. 4.

⁽³⁵⁾ *Relazione*, cit., p. 2.

⁽³⁶⁾ *Relazione*, cit., p. 3.

⁽³⁷⁾ *Relazione*, cit., p. 4.

⁽³⁸⁾ È evidente il riferimento alla prolusione di Giacomo Venezian su « Reliquie della proprietà collettiva in Italia », un « pezzo » classico fra i molti studi ottocenteschi sul problema. Su di essa si veda più oltre, alla p. 129. Per una collocazione della prolusione nell'ambito della disputa italiana ed europea sulla storia delle forme di proprietà, si veda quanto ebbi occasione di scriverne in « *Un altro modo di possedere* », cit., p. 257 ss..

priazione collettiva su quella individuale; la natura delle pretese servitù non come gravami esterni alla appartenenza della terra ma come frammenti più o meno cospicui della stessa appartenenza. L'esatta diagnosi storica consente quel che finora è mancato sul piano del diritto, ossia una altrettanto esatta diagnosi giuridica; eliminando i fraintendimenti storici si eliminano anche gli equivoci giuridici.

Come si vede, la Relazione vuol porsi a un livello squisitamente conoscitivo; il suo polmone, da cui trae respiro culturale, è la grande disputa europea sulla vicenda storica delle forme di proprietà, e il bersaglio da centrare è l'individuazione della autentica indole giuridica di questi strani ordini sociali sbarazzandosi dei mascheramenti depóstivi sopra dal tempo e dagli uomini.

Rispetto a questa dimensione culturale — dicevo conoscitiva — secondarii appaiono infatti i riferimenti, che pur ci sono, alla questione sociale e alla proprietà collettiva come rimedio al gran fermento popolare di quegli anni. Ma qualcosa di più si dirà fra breve nel penultimo capo di questo saggio.

7. La singolarità del messaggio culturale di Zucconi sta nella perfetta armonizzazione fra analisi minuta del laboratorio locale e percezione delle nuove grandi correnti interpretative che percorrono ormai in lungo e in largo il territorio europeo. Come si è già sottolineato, Zucconi non è pensabile — all'inizio della sua presa di coscienza — fuori della nicchia camerte: qui, fra le rilevazioni pazienti per la Inchiesta agraria e il contatto professionale con tante situazioni particolari ma concrete, si compiace, si esercita, si affina il suo gusto del positivo. Che è anche gusto per la dimensione popolare del costume, e quindi degli istituti economici e giuridici; ma non per venature romantiche, sibbene per la ricerca di realtà effettive, per la ripugnanza ad appagarsi di armonie formali e ufficiali che rischiano di essere soltanto superficiali come fragili piante senza radici.

Il gusto per quanto avviene negli strati sotterranei ben al di sotto dell'ufficiale — che è poi un atteggiamento affatto simile alla propensione di Maine per i fossili sociali e giuridici ⁽³⁹⁾ — è l'espressione di una visione non semplicistica della società, anzi decisamente

⁽³⁹⁾ Si veda, a questo proposito, l'enunciazione programmatica di *Ancient Law*, cit., p. 3.

complessa, con una attenzione maggiormente indirizzata verso quel solido positivo che sono le radici lunghe e profonde, piuttosto che verso le appariscenti ma rapide efflorescenze.

È, quello camerte, il laboratorio dove emergono i dati, si sommano l'uno all'altro, diventano una realtà problematica. Per i dati che si cambiano in problema l'unica risposta scientificamente corretta può però provenire da ulteriori verifiche, da ulteriori collegamenti nel tempo e nello spazio. Sarà il grande strumento della comparazione, orizzontale e verticale, a dire se sono gli occhi inesperti o troppo entusiastici del ricercatore a ingigantire problemi minuti e modesti, e travisare più che osservare oggettivamente.

A questo punto, il laboratorio locale non basta più, e l'osservazione deve anche rivolgersi altrove: si cercano linee, si cercano fondazioni nascoste, si cercano soprattutto dei maestri di pensiero dallo sguardo aguzzo.

La dimestichezza con Ghino Valenti è preziosa: dietro a Valenti o semplicemente insieme a lui (il materiale dell'archivio Zucconi tace su questo gioco di influenze), i reperti marchigiani vengono inseriti in un raggio più ampio, e vengono lette avidamente quelle voci nuove, che odorano un po' d'eresia ma che stanno facendo il giro dei circoli letterari ed accademici. E il Maine tradotto in francese e il *best-seller* di Laveleye⁽⁴⁰⁾ entrano a far parte della biblioteca di Zucconi, dove sono tuttora conservati, e su Maine e su Laveleye egli mediterà a lungo come dimostrano i molti appunti manoscritti segnati durante il periodo preparatorio della Relazione sulla scorta di quei libri rivelatori. Se si può senza esagerazione dire che tutti i grandi partecipi della disputa sulle forme storiche dell'appartenenza sono conosciuti da Zucconi, è però in Maine e, più ancora, in Laveleye che si deve identificare i suoi mentori ammirati e accettati.

Questa linea di cultura alternativa è più suadente proprio perché prende atto di una cultura giuridica più complessa di quella prospettata dalle solite soluzioni ufficiali e intende fare i conti con essa. Gli assiomi e i semplicismi sono banditi, e si incrina criticamente la visione imperturbabile del diritto ufficiale come soluzione unica o la migliore possibile.

⁽⁴⁰⁾ È appena il caso di precisare che ci riferiamo al fortunato libro: *De la propriété et de ses formes primitives*, Paris, 1874.

Le ascendenze rigorosamente giusnaturalistiche di tante pretese conquiste in tema di proprietà entrano in conflitto con le istanze storicistiche di cui è condito il « positivismo » di Zucconi. Le mitologie costruite su una natura dell'uomo assolutizzata e astratta gli appaiono, come venti anni prima a Maine, delle pseudo-metafisiche. Più convincente l'opera di relativizzazione del grande giurista inglese e dell'economista belga, che tendevano a ripetere la natura dell'uomo registrandone e rispettandone le variazioni nei luoghi e nei tempi diversi. In questa relativizzazione, gli assetti misteriosi della montagna camerte che il Sindaco di Fiuminata gli ha dato da studiare, o tutti quelli degli ex-Stati pontificii che turbano le notti del solerte deputato al Parlamento nazionale, trovano un volto e una legittimazione al di là del maestoso solco romanistico e del diritto legale dello Stato nazionale, costituiscono « un altro modo di possedere ».

A Zucconi piace questo correre parallelo di più linee culturali. Non si tratta — per lui che è un proprietario terriero ben piantato nella società borghese — di simpatizzare con le proprietà collettive; mai ho infatti riscontrato nelle sue pagine alcun moto antiindividualistico. Si tratta invece di una valorizzazione della complessità della storia e della pluralità di forze che la guidano, di un rispetto delle fibre minoritarie nel suo multiforme tessuto; di rispetto, insomma, per una realtà positiva non riconducibile se non con forzature e violenze in un solo alveo di scorrimento.

8. A due letture fondamentali — lo abbiám detto — si rifà il nostro avvocato-deputato: a Maine e a Laveleye.

Aggiungo e preciso ora: con una preferenza per Laveleye. E il motivo c'è ed è palese: Maine è un ricostruttore del diritto primitivo in tutte le sue manifestazioni e la proprietà è niente più per lui che il capitolo d'una grande vicenda. Il volume di Laveleye è invece dedicato esclusivamente alla proprietà e alle sue forme primitive accumulando sul tema un materiale sociologico, etnologico, economico e giuridico a livello mondiale che può far sorridere il metodologicamente esigente lettore di oggi ma che conquistava facilmente il « positivista » di fine Ottocento reso convinto da tutto quello scialo di dati « positivi » spesso ottenuti con le indagini-inchieste sul campo propuginate dalla montante sociologia. Se Maine è stato un

pioniere nell'imboccare strade nuove e nell'iniziare un completo lavacro metodologico dello storico-giurista, gli si dovrà ammirazione e riconoscimento, ma l'interlocutore diretto resta Laveleye, che parla di proprietà collettiva e sforna su di essa una incredibile collezione di assai probanti (o, almeno, tali sembrano) dati comparativi.

Tutto questo può costituire senza dubbio un motivo sufficiente, anche sul piano culturale, per privilegiare il colloquio con il professore di Liegi, ma da sufficiente diventa quasi necessario se si soggiunge che Laveleye non soltanto centrava la sua attenzione sul problema della proprietà ma vi guardava non dal solo angolo d'osservazione culturale, bensì anche da quello più squisitamente politico.

Laveleye, che scrive dopo i subbugli parigini del '71 e che ha ben fisso in mente un problema non dilazionabile di questione sociale, legittima la proprietà collettiva anche su questo piano: essa rappresenta « un altro modo di possedere », che ha legittimazioni e fondazioni nel suo ordine storico e sociale e giuridico, ma costituisce altresì il grande strumento di mediazione che, soddisfacendo le istanze del quarto stato, stempera gli ardori rivoluzionari e consente alla società tardoottocentesca una sopravvivenza mantenendo i suoi valori essenziali. Una proprietà collettiva, insomma, anche come non secondario momento operativo di futuri progetti politico-sociali.

Un simile messaggio non poteva non essere congeniale per Zucconi, come di lì a poco lo sarebbe stato per l'altro grande « legislatore » italiano in tema di domini collettivi, Tommaso Tittoni⁽⁴¹⁾.

Dicendo questo non si effettua un mutamento di rotta rispetto all'assunto, più volte affermato e ripetuto, di una prevalenza della dimensione culturale del problema nella visione zucconiana. Quell'assunto va, a mio avviso, tenuto fermo, e il parere legale per il Comune di Fiuminata nella sua spoglia veste ricognitiva d'una verità storica lo sta a dimostrare; lo dimostra anche la Relazione parlamentare sul disegno di legge Grimaldi, solo che in questa — come mi ero

(41) Sul rapporto fra Laveleye e Tittoni si veda « *Un altro modo di possedere* », cit., pp. 361-362. « Alla memoria di Emile de Laveleye » è dedicato il volume che conclude la lunga esperienza scientifica di Ghino Valenti sul tema delle proprietà collettive: *Le forme primitive e la teoria economica della proprietà*, Roma, Loescher, 1892.

ritenuto in dovere di accennare più sopra — affiorano anche altre venature, che non divengono prevalenti, ma che pur sono un elemento oggettivo e segnalano in Giovanni Zucconi un personaggio davvero complesso.

Giurista ed economista, professore universitario, avvocato: è questo lo Zucconi che conosciamo e che più ci interessa, ma si farebbe male a trascurare il solidarista convinto, il notevole camerte attivissimo come presidente, amministratore, consigliere, consulente legale in cento istituzioni benefiche, assistenziali, mutualistiche della provincia. Giovanni Zucconi è un uomo di cultura, e come tale innanzitutto si accosta al problema degli assetti collettivi, ma non è né per esistenza un cenobita, né per vocazione un metafisico; anzi, la dimensione operativa è in lui vivace. E quel fatto culturale « proprietà collettiva », quello « altro modo di possedere », viene ad assumere — accanto e in sottordine — una valenza ulteriore, operativa.

La consonanza con Laveleye è piena; l'aspetto della proprietà collettiva come strumento di mediazione sociale appare convincente. Già nella Relazione del 30 marzo 1886 apertamente si dischiudeva a questi assetti primordiali la possibilità di incidere nello « arduo problema della cosiddetta questione sociale »⁽⁴²⁾ e si faceva espresso riferimento al « mezzo della previdenza e cooperazione »⁽⁴³⁾; idea ribadita con decisione in occasione di altre Relazioni parlamentari⁽⁴⁴⁾, quasi a denunciare la non fuggevolezza d'un pensiero.

Zucconi, che è personaggio di straordinaria finezza e intelligenza in ogni sua manifestazione, come solidarista non ha nulla da spartire con le rozzezze di molti benpensanti che riducevano la solidarietà in forme avviliti (anche se generose) di beneficenza e, quindi, in elemosina. Egli si pone, al contrario, fra coloro che soprattutto dietro Luzzatti, puntavano sulla cooperazione come strumento principe di rafforzamento e rigenerazione economica delle classi non abbienti, su un meccanismo cioè che valorizzasse forze interne alla classe, ne rispettasse l'autonomia ed escludesse umilianti interventi esterni.

⁽⁴²⁾ ZUCCONI, *Relazione*, cit., p. 4.

⁽⁴³⁾ ZUCCONI, *Relazione*, cit., p. 5.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. VALENTI, *Cooperazione e proprietà collettiva*, cit., pp. 319-320.

Mette conto di leggere quanto egli ebbe a dire, il 14 novembre 1880, a Camerino, come Presidente del Comitato promotore del Congresso delle Società Operaie della Provincia di Macerata, nel discorso di apertura del Congresso stesso: « a raggiungere questi supremi intenti del sociale miglioramento due diverse vie si credettero aperte, due teorie si lottarono il campo: quella della protezione, e l'altra che lo Stuart Mill chiamò con felice espressione la dottrina della signoria di se stessi. Secondo la prima la sorte dei poveri sta nelle mani delle classi ricche, le quali col mezzo della beneficenza hanno il dovere di apparecchiare a quelli un avvenire meno angoscioso ricoverandoli sotto l'ombra della loro protezione. Secondo l'altra teoria, la sorte degli operai deve essere regolata per loro e da loro medesimi. Eglino debbono trovare in se stessi... la vera soluzione del problema del loro avvenire. Io non intendo togliere merito al primo sistema... ma è sopra una base ben diversa che si va erigendo il grande edificio del benessere dei lavoratori... ed è in voi medesimi, o operai, che voi trovate il potere di assicurare la vostra esistenza, è alle vostre doti che è affidata la cura del vostro avvenire. Voi avete cercato nell'ordine il rimedio ai vostri mali, e l'ordine trasse con sé l'organizzazione di voi stessi... organizzandovi strettamente voi avrete un ordine perenne e stabile... » (45).

Un esempio storicamente convincente di questa « signoria di se stessi », di questa capacità di autoorganizzarsi è per Zucconi, nei territori di montagna a economia silvo-pastorale, la proprietà collettiva, « un grande rimedio per la soluzione delle questioni sociali in Italia » (46). All'illuminato possidente marchigiano, intelligentemente conservatore e quindi intelligentemente aperto a una elevazione sociale ed economica della classe lavoratrice, la liquidazione indiscriminata degli assetti comunitari sembra un errore politico oltre che una iniquità e un atteggiamento diagnostico giuridicamente scorretto. Certo, non una panacea ma uno strumento utile

(45) *Congresso delle Società operaie della Provincia di Macerata tenuto in Camerino — Verbale della seduta del 14 novembre 1880*, Camerino, tip. Savini, 1881, p. 9.

(46) Vedi il testo riportato da VALENTI, *Cooperazione e proprietà collettiva*, cit., p. 319.

da conservare e potenziare sulla strada del necessario potenziamento dell'associazionismo agrario.

9. Una proficua integrazione a quanto si è detto finora può essere offerta da un breve cenno sulla situazione della Facoltà giuridica camere negli anni Ottanta, cioè negli anni di maggior lavoro per Giovanni Zucconi e di definizione del suo pensiero e della sua statura culturale; ma sarà un cenno volto unicamente a collegare la riflessione zucconiana con l'ambiente dell'Ateneo.

Se negli anni Settanta l'insegnamento universitario si è svolto a Camerino in modo abbastanza smorto ed opaco, il decennio successivo meriterebbe da solo per la sua vigoria culturale una autonoma attenzione da parte dello storico. Sembra che i personaggi più vivi della scienza italiana, i suoi futuri protagonisti, si sian dati una sorta d'appuntamento sulla collina camerte. Sarà Vittorio Scialoja che inaugura questo felice momento nell'anno accademico 1879-80 e gli seguiranno in continuità, nell'81 Pietro Cogliolo, nell'82 l'economista Maffeo Pantaleoni, nell'83 Giuseppe Salvioli, nell'84 Vittorio Polacco, nell'85 Giacomo Venezian, nell'87 Pietro Bonfante e Vincenzo Simoncelli.

La loro presenza è spesso puntellata da prolusioni che, ben al di là delle liturgie formali, costituiscono contributi personalissimi e frammenti di progetti culturali destinati a essere meditati e discussi anche dalle future generazioni di giuristi. Così per Scialoja e la sua prolusione « Del diritto positivo e dell'equità »⁽⁴⁷⁾, così per Cogliolo e « La teoria dell'evoluzione darwinistica nel diritto privato »⁽⁴⁸⁾, per Polacco e « La funzione sociale della legislazione civile »⁽⁴⁹⁾, per Venezian e le « Reliquie della proprietà collettiva in

(47) *Del diritto positivo e dell'equità* — Discorso inaugurale letto il giorno 23 novembre 1879, Camerino, tip. Savini, 1880, ora in *Studi giuridici*, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1932 ss., vol. III, p. 1.

(48) *La teoria dell'evoluzione darwinistica nel diritto privato* — Prolusione detta all'Università di Camerino il 21 novembre 1881, Camerino, tip. Savini, 1882.

(49) *La funzione sociale della legislazione civile* — Prelezione letta il 22 gennaio 1885, Camerino, tip. Savini, 1885, ora in *Opere minori*, P. II — *Tendenze scientifiche e didattiche della scuola italiana di diritto civile dopo il 1850*, Fasc. I, Modena, Univ. degli Studi, 1929, p. 31.

Italia »⁽⁵⁰⁾ per Simoncelli e « Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile »⁽⁵¹⁾.

Per taluni di essi, quegli anni camerti venivano a coincidere con lo sforzo costruttivo di opere di grosso rinnovamento culturale aventi ad oggetto il rapporto uomo-terra e gli eterni problemi della proprietà e del lavoro: sono per Bonfante gli anni di gestazione delle *Res mancipi*, un saggio che è tutto fuorché una esercitazione tecnica di diritto romano, ma anzi apertissimo e specularissimo di tutto il grande dibattito metodologico circostante⁽⁵²⁾; sono per Simoncelli gli anni dei primi frutti delle sue martellanti ricerche sui contratti agrari medievali e sull'enfiteusi, istituti che consentivano al còlto e provveduto civilista di seguire dentro le strutture plastiche forgiate dalle plurisecolari consuetudini emergenti dalle cose la dialettica fra culture giuridiche diverse⁽⁵³⁾.

⁽⁵⁰⁾ *Reliquie della proprietà collettiva in Italia* — Prelezione letta il 20 novembre 1887, Camerino, tip. Savini, 1888, ora in *Opere giuridiche*, vol. II, Roma, Athenaeum, 1930.

⁽⁵¹⁾ *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile* — Discorso letto il 17 novembre 1889, Camerino, tip. Savini, 1890, ora in *Scritti giuridici*, I, Roma, Soc. Ed. Foro Italiano, 1938.

⁽⁵²⁾ L'opera bonfantiana, rielaborazione della tesi di laurea discussa a Roma con Vittorio Scialoja, appare nel suo primo fascicolo a Roma nel 1888, per i tipi della Tipografia della Camera, col titolo: *Res mancipi e nec mancipi*. Sul suo inserimento in un più ampio ambito discorsivo si vedano quanto ebbi occasione di scrivere in « *Un altro modo di possedere* », cit., p. 218 ss., e, da ultimo, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *A cent'anni dalle « Res mancipi » di Pietro Bonfante*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVII (1988).

⁽⁵³⁾ Ricorda proprio gli anni camerti di Simoncelli e, in particolare, le ricerche sull'enfiteusi Pietro Bonfante, che gli fu allora collega a Camerino, in una ricca e ben documentata commemorazione (cfr. P. BONFANTE, *Vincenzo Simoncelli*, ora in *Scritti giuridici vari* — IV — *Studi generali*, Roma, Sampaolesi, 1925, pp. 521 – 22. Gli studi, cui accenna Bonfante e ai quali il Simoncelli lavorò durante il suo soggiorno camerte, sono: *L'enfiteusi — Esame critico dell'enfiteusi secondo il Codice civile italiano*, Milano, Agnelli, 1888; *L'indole economica del contratto d'enfiteusi del Codice civile italiano*, in *Archivio giuridico*, XL (1888); *Le costruzioni giuridiche dell'enfiteusi e le moderne leggi di affrancamento*, sempre in *Archivio giuridico*, XLI (1888); *Il principio del lavoro come elemento di sviluppo di alcuni istituti giuridici*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, VI (1888), tutti ora ricompresi, sotto la dizione *Studi sull'enfiteusi*, in V. SIMONCELLI, *Scritti giuridici*, vol. I, Roma, Soc. Ed. del « Foro italiano », 1938. Ad essi può aggiungersi anche il breve saggio *Se l'enfiteuta alienante resti obbligato al canone*,

Dalle carte e dalla biblioteca di Giovanni non emergono tracce significative di rapporti privilegiati con questo o quello studioso⁽⁵⁴⁾. Ci si deve pertanto limitare a sottolineare nell'Ateneo camerte, per tutti gli anni Ottanta, un clima culturale sollecitante, percorso da un fascio di idee, in aggancio continuo con le grandi dispute metodologiche che agitavano il sonno dei giuristi più sensibili e con le proposte di revisione che, soprattutto oltr'Alpe, non nascondevano la propria insofferenza per i monchi e inadeguati arnesi del mestiere del vecchio giurista. Un clima ricco di consonanze culturali, in cui Zucconi dovette inevitabilmente riconoscersi con facilità, trovare conferme, fondare vieppiù le proprie convinzioni, ampliare il proprio respiro.

E come non pensare a qualcosa di più di una semplice coincidenza, quando constatiamo quale tema della prolusione di Venezian nell'87⁽⁵⁵⁾ il problema della proprietà collettiva? Quando la constatiamo intitolata alle « reliquie della proprietà collettiva » in quella Camerino dove Giovanni, preparando minuziosamente la Relazione parlamentare dell'86, aveva identificato non una ma parecchie volte nei vigenti assetti collettivi « i residui dell'antico condominio », « i vestigi del regime agrario primitivo », « i resti dell'antico diritto di proprietà comune »⁽⁵⁶⁾? Senza voler segnare rischiose e inutili primogeniture, c'è forse da presupporre al fine lavoro sistematorio di

pubblicato originariamente in *La legge*, I (1889), ora ristampato in *Scritti giuridici*, vol. I, cit., p. 397 ss.

⁽⁵⁴⁾ Se mai, con Pietro Cogliolo. La prolusione dell'82 « La teoria dell'evoluzione darwinistica nel diritto privato » è nella raccolta di miscellanee di Zucconi segnata da una dedica caldissima dell'Autore. Che il rapporto non fosse puramente formale lo dimostra anche il fatto che Cogliolo, nell'88, ormai Ordinario a Modena da ben cinque anni, invia a Zucconi un estratto della « *Law Quarterly Review* (XIV, april 1888), in cui, accanto a ricordi di Maine stilati da A.C. Lyall, E. Glasson, F. von Holtzendorff, v'è una sua pagina su « *Le opere di Maine in Italia* ».

⁽⁵⁵⁾ Venezian, proprio nella prolusione, elogerà senza riserve l'opera di Zucconi (cfr. *Reliquie della proprietà collettiva in Italia*, in *Opere giuridiche*, vol. II, cit., p. 29). Accennando alla nuova legge che il Parlamento nazionale si apprestava ormai a varare, egli precisa: « di questo risultato va dato il maggior merito all'intelligenza, alla solerzia e al tatto del Vostro deputato il marchese Zucconi, che seppe porre in giusta luce la natura e gli effetti degli istituti che si volevano nuovamente colpire e, sacrificando anche al bene il desiderio del meglio, avviò al trionfo la causa dei diritti popolari ».

⁽⁵⁶⁾ Per le citazioni dei testi zucconiani cfr. più sopra, a p. 120.

Venezian ⁽⁵⁷⁾, meritatamente fortunato e meritatamente ricordato da una catena ininterrotta di posterì fino al giorno d'oggi, lo scavo discreto e silenzioso ma pionieristico e coraggioso di Giovanni Zucconi, una ricerca ingiustamente relegata per troppo tempo nei remoti e inarrivabili archivi provinciali di uffici giudiziari e di comunelli o negli illeggibili atti parlamentari.

⁽⁵⁷⁾ Una circostanza da non sottovalutare, ma in ordine alla quale occorrerebbe una maggior documentazione circa l'effettiva consecuzione dei tempi, è che Zucconi, grazie alla propria moglie, aveva acquisito un vincolo familiare con quella Emma De Sanctis, di nobile ceppo matelicano trapiantato a Camerino per via di eredità, che diviene nel 1889 la sposa di Venezian (nell'occasione delle nozze, il 24 ottobre 1889, fu stampato (Camerino, tip. Borgarelli) un fascicoletto di versi, come allora si usava, che reca questa intitolazione attestante il molteplice legame di parentela e di amicizia fra gli Zucconi e i nubendi: *Nelle nozze della contessina Emma Bertucci-Desanctis con il Professor Giacomo Venezian Giovanni e Maddalena Zucconi ed i loro figliuoli diriggono questi versi all'amata nepote, alla cara cugina, all'amica*. Sul punto nessun cenno in M. CHIAUDANO, *Giacomo Venezian nella Università di Camerino*, in *Università di Camerino — Annuario 1932-33*, Camerino, 1933).

« IL CORAGGIO DELLA MODERAZIONE » (*)
(Specularità dell'itinerario riflessivo di Vittorio Polacco)

1. I motivi di una rilettura di Vittorio Polacco. — 2. Alcune costanti della riflessione polacchiana. — 3. Le prelezioni degli anni Ottanta: linee di un « Corso di Istituzioni di diritto civile ». — 4. Le prelezioni degli anni Ottanta: « la funzione sociale della legislazione civile ». — 5. Lungo l'itinerario polacchiano: fra Ottocento e Novecento. — 6. « Le cabale del mondo legale ». — 7. « Di alcune deviazioni dal diritto comune ». — 8. Anno 1918: « La scuola di diritto civile nell'ora presente ».

1. « Giurista coscienzioso, probo, equilibrato » è la frettolosa dipintura che Francesco Ferrara *senior* offre per la figura di Vittorio Polacco nel suo sciatto e arruffato sguardo a « un secolo di vita del diritto civile » in Italia ⁽¹⁾. Disegno riduttivo, tendente a sottolineare l'aurea mediocrità d'un personaggio e tale da non invogliare a compiere il sacrificio di rilèggerlo; se si aggiunge poi che di Polacco i testi che hanno più circolato e che han trovato l'onore di maggiori citazioni fra i civilisti italiani sono stati e sono i suoi « corsi » universitari sulle obbligazioni e le successioni, esperimenti didattici esemplari per lucidità e chiarezza ma asciutti e sistematizzanti come si addice a tentativi di approccio degli studenti verso aspetti del diritto positivo, può sembrare ancor più singolare l'interesse di uno storico del diritto verso il giureconsulto patavino ⁽²⁾.

(*) Questo saggio sarà pubblicato anche negli « *Studi in onore di Angelo Falzea* ».

(1) F. FERRARA, *Un secolo di vita del diritto civile (1839-1939)*, ora in *Scritti giuridici* — III —, Milano, Giuffrè, 1954, p. 283.

(2) Patavino a più di un titolo: perché a Padova nacque il 10 maggio 1859; perché nell'Università di Padova studiò e si formò come giurista; perché lì, come ordinario di Diritto civile, si svolse e si consumò nell'arco di ben trenta anni — dal 1881 al 1918 — la più gran parte della sua operosità scientifica e didattica. Dal '18 al '26, anno della sua morte, insegnò invece le « Istituzioni di diritto civile » e il « Diritto civile » presso la Facoltà giuridica romana. Per la ricostruzione dell'apporto di Polacco al pensiero

Diverse circostanze si sono, al contrario, assommate in me e mi hanno indirizzato a lui: il primo stimolo lo potevo trovare nel ricordo lontano del mio Maestro universitario di Filosofia del diritto, Alessandro Levi, che nel suo « corso » aveva spesso menzionato in maniera invitante un saggio polacchiano nascosto sotto un titolo obiettivamente invitante: « Le cabale del mondo legale »⁽³⁾; più da vicino premevano due incontri di studio con lui: quando, ricostruendo le vicende di un notevole foglio giuridico ereticale di fine secolo, « La scienza del diritto privato », lo avevo còlto con qualche sorpresa inserito fra i collaboratori ordinari⁽⁴⁾; quando avevo sostato con un po' di attenzione su una sua garbata ma fermissima polemica col Simoncelli⁽⁵⁾.

Questi incontri sembravano smentire la scialbezza del giudizio di Ferrara e avvalorare invece i sollecitanti accenni di Levi, segnalavano talvolta atteggiamenti che potevano liminalmente anche apparire contraddittorii ma sempre una complessità di impianto e di motivazioni culturali meritevole di essere indagata. Per questo l'invito è stato raccolto, e il lungo itinerario riflessivo di Polacco è stato seguito in tutta la sua durata. Un itinerario — anticipiamo pure la principale delle conclusioni — dominato da una indubbia sensibilità

civilistico italiano fra Ottocento e Novecento, il contributo più utile è quello offerto da un suo allievo romano che sarà suo successore nella stessa cattedra romana e uno dei protagonisti del Diritto civile in Italia nel secondo dopoguerra: F. SANTORO PASSARELLI, *Il diritto civile nell'ora presente e le idee di Vittorio Polacco*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, N.S., VIII (1933). Utile anche — ma soprattutto per la abbondante bibliografia polacchiana riportata in calce — il ricordo di A. ASCOLI, *Vittorio Polacco*, in *Rivista di diritto civile*, XVIII (1926).

⁽³⁾ *Le cabale del mondo legale* è il testo del discorso letto in una adunanza dell'Istituto Veneto di Scienze Lettere ed Arti il 24 maggio 1908, pubblicato dapprima negli « Atti » di quel Consesso, poi ristampato in V. POLACCO, *Opere minori* — Parte I — *Problemi di legislazione*, Modena, Università degli Studi, 1928, p. 41 ss. (da dove, per comodità del lettore, citerò). Traccia della considerazione di Alessandro Levi per questo testo polacchiano è anche nella sua *Teoria generale del diritto*, Padova, Cedam, 1950, pp. 195 e 204.

⁽⁴⁾ P. GROSSI, « *La scienza del diritto privato* » — *Una Rivista-progetto nella Firenze di fine secolo* — 1893/1896, Milano, Giuffrè, 1988.

⁽⁵⁾ Nel saggio intitolato: *Interpretazione ed esegesi — Anno 1890 — Polacco versus Simoncelli*, destinato agli « *Studi in memoria di Giovanni Tarello* » e che vede la luce anche in *Rivista di diritto civile*, XXXV (1989).

culturale e politica e insieme da un sentimento profondo della tradizione giuridica e delle sue forze; perciò complesso — si diceva un rigo sopra — , perciò complicato e non privo di annodazioni — si potrebbe aggiungere ora; ma con un pregio che m'è sembrato il primo emergente dalla paziente lettura: la sua specularità, cioè la sua capacità di mostrar chiari, senza infingimenti o mascherature, sulla pelle del giurista spettatore e attore di tante e non piccole vicende, i segni di quelle vicende. Storicità autentica d'un personaggio che riflette nel suo itinerario personale di ricerca quello denso e accidentato della scienza civilistica in Italia dalle prime compiute riflessioni *post-Codicem* degli anni Ottanta alle prime riflessioni cariche di futuro subito dopo la catastrofe della guerra mondiale.

In coerenza con una simile premessa il saggio, dopo aver tentato di individuare alcune costanti della riflessione polacchiana, terrà dietro — passo a passo — al suo continuo divenire cercando di coglierne i momenti più incisivi dalle esperienze della giovinezza alla riposata voce della estrema maturità.

2. Polacco non è un personaggio semplice, unilineare, in cui la disarmante coerenza permette allo storico di fare i conti con una realtà sempre immobile, magari di qualità altissima ma facilmente interpretabile e incasellabile. In lui si giustappongono e si sovrappongono costantemente ispirazioni e motivi diversi in grazia d'una complessa sensibilità, che rende complesso il messaggio e — quel che più vale — disponibile a modificarsi. Il primo passo verso la comprensione sarà di attardarsi su questa sensibilità per dargli un contenuto. Essendo di fronte a un dato caratteriale del Polacco uomo di cultura e giurista, si è così in grado di fissare alcune costanti del suo pensiero che ne orientano fermamente il divenire: gioco vario e composito di movimenti e di aperture mai disgiunti da profonde resistenze.

a) Intanto, un punto fermo: al nostro civilista si farebbe un gran torto se lo si cogliesse come un giurista chiuso, rinserrato nelle sue tecniche e beato soltanto di conoscere i meandri della legislazione positiva mercé i propri strumenti esegetici. Il perenne tratto distintivo di Polacco è, al contrario, la sua disponibilità. Sensibilità,

quindi, ha il primo contenuto di apertura a quanto sta dietro il diritto; quindi, innanzi tutto, apertura alla dimensione culturale del diritto. Per lui, se v'è un'immagine deteriore di giurista da tentar di rimuovere con tutte le forze, anche se purtroppo tanto dannosamente calata nella coscienza comune, è quella del formalista nei due aspetti parimente negativi del causidico ingarbugliante e del puro loico. Combattendo, in un saggio coraggioso del '94, le estenuanti divisioni della colpa proprie della tradizione scolastica in *latissima*, *lata* e *levis*, egli dichiarava infatti programmaticamente di combattere, prima di una soluzione tecnica specifica, un generale atteggiamento patologico — o comunque sforzato — del giurista rappresentato da « le sottigliezze dei casisti e la rigidità dei sistematici » (6).

Impressiva dovette essere su di lui la lezione del suo maestro patavino Luigi Bellavite, un pensatore solitario e appartato che ebbe un ruolo di grossa rilevanza per il rinnovamento degli studi civilistici dopo gli anni Sessanta (7); giurista universalmente dimenticato ma non dimenticabile, e basterebbe — per rendersene conto — vincere la ripugnanza che suscitano i suoi tipograficamente squallidi fascicoli didattici umiliati sotto intitolazioni riduttive esaltanti la loro esclusiva destinazione studentesca (8), basterebbe arrivare ai contenuti e si apprezzerebbe allora pienamente la solidità delle costruzioni apprese dalla familiarità coi tedeschi (9) e, insieme, l'attrezzatura autenticamente filosofica palesata anche da una non equivoca terminologia (10). Dal Bellavite, romanista e civilista (11), traduttore del *Geist*

(6) *La culpa in concreto nel vigente diritto civile italiano*, in *Atti e Memorie della R. Accademia di Scienze, Lettere ed Arti in Padova*, X (1984), princ.

(7) Il Bellavite, nato a Verona nel 1821, è dal 1861 titolare della cattedra di Diritto civile nella Facoltà giuridica patavina dopo avervi ricoperto quella di Diritto romano. Si spengerà a Padova nel 1885.

(8) Ci riferiamo alla preziosa *Riproduzione delle note già litografate di Diritto civile soltanto per l'indirizzo dei giovani studenti*, Padova, Sacchetto, 1873, e alle *Note illustrative e critiche al Codice civile del Regno*, Padova, Sacchetto, 1875.

(9) Uno dei meriti storici di Bellavite nell'itinerario della civilistica italiana è la sua opera pionieristica nell'avvertire un preciso disagio per l'andazzo passivamente esegetico e nel reclamare una dimensione costruttiva nel lavoro del giuscivilista. Decisivo fu l'influsso dei maestri tedeschi, che egli contribuì non poco a far circolare — fra i primi — in Italia come necessario supporto del rinnovamento metodologico del giurista.

(10) Per un esempio di ispirazione prettamente filosofica e di uso disinvolto di linguaggio e concetti specificamente filosofici, vedi quanto si è fatto notare a suo tempo,

jheringhiano e postillatore del *System* savigniano ⁽¹²⁾, Polacco apprese una dignità che non lo lascerà mai: che il diritto è sì regola e sistema, ma affonda — al di sotto delle sue tecniche — in « concetti razionali » che solo una osservazione filosofica e strumenti di riflessione filosofica possono fissare e chiarire ⁽¹³⁾; che esso è, nei suoi punti nodali, « il riflesso dei problemi eterni d'alta filosofia a cui non potrà mai sottrarsi una disciplina morale come la nostra » ⁽¹⁴⁾. Egli sa benissimo di non essere professionalmente un filosofo come invece — beati loro — sono i suoi colleghi civilisti Gabba e Filomusi-Guelfi ⁽¹⁵⁾; sa di essere soltanto un giurista con il suo strumentario limitato; ma questa coscienza

sul terreno dei diritti reali, in P. GROSSI, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, V/VI (1976/77).

⁽¹¹⁾ Ricorda Polacco, nella sua biografia intellettuale di Bellavite, che dal 1879, anno in cui accanto alla cattedra di Diritto civile egli ebbe anche l'incarico di Pandette, « da allora le lezioni dell'una e dell'altra scienza si fusero talmente da non poterle il più delle volte distinguere, tant'era il corredo di sapienza romana onde il Maestro illustrava le disposizioni del diritto vigente, tanto frequente il raffronto con le disposizioni del diritto vigente nell'espone i dettati della romana sapienza » (V. POLACCO, *Luigi Bellavite*, ora in *Opere minori* — Parte II — *Tendenze scientifiche e didattiche della scuola italiana di diritto civile dopo il 1850* — Fasc. I, Modena, Università degli Studi, 1929, p. 47 (è la commemorazione tenuta a Padova nell'85 e pubblicata nel vol. XXV dello « Archivio giuridico »).

⁽¹²⁾ Con vari saggi, ma soprattutto con la *Succinta esposizione della dottrina di Savigny sul diritto internazionale privato e sulla non retroattività della legge*, in *Giornale per le scienze politico-legali*, I (1850) « ond'egli diede per il primo veste italiana ad una parte del *Sistema* del Savigny, mediante un'esposizione succinta delle teorie di quel sommo intorno ai conflitti delle leggi nello spazio e nel tempo » (POLACCO, *Luigi Bellavite*, p. 44).

⁽¹³⁾ V. POLACCO, *Francesco Filomusi-Guelfi* (1923), ora in *Opere minori* — Parte II — *Tendenze scientifiche e didattiche della scuola italiana di diritto civile dopo il 1850* — Fasc. II, Modena, Università degli Studi, 1929, p. 63.

⁽¹⁴⁾ *Le cabale del mondo legale*, pp. 63-64, dove la disputa sulla nozione di persona giuridica viene ricondotta a « l'antico e pur sempre vivo dissidio fra nominalismo e realismo », dove il problema giuridico del caso fortuito trova lume nella nozione filosofica di caso, dove i problemi novissimi suscitati anche nella pratica da quella realtà affatto nuova che è l'elettricità attingono chiarimenti dalle riflessioni filosofiche su concetti fondamentali come cosa, materia, energia, forza. La filosofia è veramente, agli occhi di Polacco, « scienza delle scienze » (*ibidem*, p. 65).

⁽¹⁵⁾ Sia Gabba che Filomusi insegnano per lunghi anni, come titolari, rispettivamente a Pisa e a Roma, anche la Filosofia del diritto.

non gli impedisce, anche se all'insegna della più sincera umiltà⁽¹⁶⁾, di guardare e saccheggiare in un terreno situato più in là del diritto. E quando, quasi alla fine del suo lungo itinerario di vita, avrà il compito di pronunciare la commemorazione di Filomusi, suo predecessore sulla cattedra romana, personalità da lui tanto distante, il discorso diventa elogio incondizionato proprio nel profilo della duplice dimensione filomusiana di civilista e di filosofo del diritto⁽¹⁷⁾, per la conseguente capacità del giurista abruzzese di aver potuto e saputo cogliere meglio di altri con felicità di sguardo le fondazioni al di là delle forme.

Fondazioni però non soltanto teoretiche ma assommantisi ne « le fonti razionali e la genesi storica »⁽¹⁸⁾; fondazioni che sono radici, che non allignano in un cielo vuoto e lontano, ma sul terreno concreto della storia dove le intelaiature speculative divengono realtà vitale: « è così veramente che noi sfuggiremo alla taccia di un vaporoso e sterile vaniloquio, perché, tenendoci costantemente in contatto con la storia, ai principii guarderemo non con l'astrazione di quel filosofo antico che, tutto assorto nella contemplazione dei cieli, precipitò nel fossato, ma con l'occhio acuto del navigante che regola dietro le stelle il suo corso »⁽¹⁹⁾. Storia vuole dire soprattutto rifiuto di un presente senza radici⁽²⁰⁾ e individuazione di radici del

⁽¹⁶⁾ Si leggano le parole di scusa che egli, *inter vere philosophantes minimus*, rivolge ai *vere philosophantes* nella sua prolusione romana del '18 (cfr. *La scuola di diritto civile nell'ora presente*, in *Opere minori* — Parte II - Fasc. II, cit., p. 10). Ma si constati pure come, per capire a fondo Filomusi-Guelfi di cui redige un esemplare ricordo, egli maneggi disinvolatamente i messaggi filosofici di Hegel e di Vico, degli hegeliani napoletani, di Augusto Vera, di Bertrando Spaventa (*Francesco Filomusi-Guelfi*, pp. 51-62).

⁽¹⁷⁾ *Francesco Filomusi-Guelfi*, p. 61. Si veda anche il preciso riferimento al Filomusi civilista-filosofo (e al benefico scambio di apporti tra filosofia del diritto e diritto civile coltivati dallo stesso personaggio).

⁽¹⁸⁾ *Prelezione ad un Corso di Istituzioni di diritto civile* (1884), ora in *Opere minori* — Parte II — Fasc. I, cit., p. 5.

⁽¹⁹⁾ *La scuola di diritto civile nell'ora presente*, p. 7.

⁽²⁰⁾ Per Polacco, che è estremamente sensibile al fascino di suggestioni nazionalistiche, la storia ha anche una precisa funzione in questa specifica direzione, giacché « ogni richiamo alla indagine storica delle patrie istituzioni giuridiche segna pur sempre un passo notevole nello sviluppo della coscienza nazionale » (*Commemorazione di Antonio Pertile*, in *Atti del R. Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti*, t. LV (1896/97), p. 671).

presente ⁽²¹⁾, quella storia di radicazioni giuridiche complesse — romaniche, germaniche, canoniche — cui l'avevano abituato maestri amati e ammirati come il Pertile e lo Schupfer ⁽²²⁾, ma significa in primo luogo richiamarsi al diritto romano. Le sottili persuasioni del « romanista » Bellavite e quelle ancor più sottili dei grandi pandettisti che ha studiato con amore e conosce alla perfezione condizionano il pluralismo culturale di Polacco; non v'è dubbio che egli rispetta ed apprezza la ricchezza del passato nella sua complessità, ma non v'è ugualmente dubbio che il messaggio « classico » subisce una assolutizzazione; e tra la ridda delle forze storiche relative si profila il modello ⁽²³⁾; e quando gli capita fra mano il primo *Entwurf* di un Codice civile del *Reich*, la prima tentazione è di vedere quanto di « romano » sia rimasto nelle bozze dei 2164 paragrafi, e il sentimento conclusivo è di compiacimento nel constatarne un influsso prevalente ⁽²⁴⁾.

La scienza giuridica di Polacco è, dunque, certamente qualcosa di ben distante da un'entità fumosa od eterea, anzi radicatissima; solo che è munita, per così dire, di doppie radici: verso il basso, ed è il territorio né sopprimibile né riducibile della storia; verso l'alto,

⁽²¹⁾ E si respinge l'idea che la storia indispensabile al civilista possa essere « una galleria di pezzi archeologici, sia pure preziosi, anziché una raccolta di materiali, utili alla costruzione del moderno edificio scientifico » (*Prelezione ad un Corso di Istituzioni di diritto civile*, p. 12).

⁽²²⁾ Lo confesserà nella sua *Commemorazione di Antonio Pertile*: « io non so concepire lo storico del diritto, in ispecie del nostro, che non sia ad un tempo buon canonista » (p. 679); « la conoscenza del diritto germanico è oggi di fatto necessaria per la illustrazione del diritto vigente » (p. 678).

⁽²³⁾ « non può addirittura non essere romanistico il sistema » (*Il diritto romano nel progetto di Codice Civile germanico* (1889), ora in *Opere minori* — Parte I, cit., p. 11). E, dietro il Kuntze, ripete volentieri che l'obbligazione « è una creazione propria del genio romano » (*ibidem*, p. 15), una volta per tutte.

⁽²⁴⁾ Nel saggio citato alla nota precedente. Dove emerge tuttavia una padronanza perfetta anche degli istituti della tradizione germanica e germanistica (come, per esempio, quando parla (p. 18) dei concetti di *Besitz* e di *Inbabung* tenuti rigorosamente distinti nel progetto) e dove, accanto a qualche incomprendimento per le soluzioni del pianeta giuridico germanico (vedi un cenno eloquente a p. 9 sulla indistinzione fra azioni personali e reali, e a p. 26 sulla « nebulosità » degli schemi giuridici della *Genossenschaft* e della *gesamnte Hand*), sono elencate una minuziosa serie di critiche ad atti di ossequio verso la tradizione romanistica non più giustificabili alla fine del secolo XIX (soprattutto pp. 19-20 e 24).

ed è il cielo assoluto ma concretissimo dei supremi principii morali. Dietro Unger ⁽²⁵⁾ non esita a vedere nella prediletta « parte generale », nell'indispensabile reticolato fondante di « principî e nozioni fondamentali » e di « teorie generali », niente più che « l'atmosfera spirituale, nella quale si agitano gli istituti giuridici » ⁽²⁶⁾. E il respiro culturale, che è un carattere perenne dell'approccio polacchiano al diritto, diventa un'apertura che si apre e sfocia a un più alto livello.

b) Una seconda costante può e deve essere individuata e definita: l'idea — ripetuta con parossistica fedeltà dalla prima prelezione del giovane venticinquenne ⁽²⁷⁾ a quello che sembra essere stato l'ultimo ampio intervento in Senato ⁽²⁸⁾ — che nell'ordine giuridico, accanto al diritto mutevole della nostra vita quotidiana, sussistono « principî di un ordine elevatissimo » ⁽²⁹⁾, « taluni assoluti principî così del diritto come della morale » ⁽³⁰⁾, « qualche cosa di eterno nel diritto » ⁽³¹⁾, un insieme cioè di « idealità » ⁽³²⁾ che funge da fisso e stabile punto orientatore di riferimento.

⁽²⁵⁾ Il grande giureconsulto austriaco è con Jhering uno dei mentori più seguiti da Polacco, e il monumentale « System des oesterreichischen Privatrechts » rappresenta un breviario da mettere accanto agli « Jahrbücher für die Dogmatik » e al « Geist ».

⁽²⁶⁾ *Prelezione ad un Corso di Istituzioni di diritto civile*, p. 5.

⁽²⁷⁾ È la già citata *Prelezione ad un Corso di Istituzioni di diritto civile*, del 1884.

⁽²⁸⁾ È l'elevato discorso *Per la libertà di coscienza e la tutela delle minoranze religiose* pronunciato nella tornata del 7 febbraio 1925 nella discussione del bilancio della istruzione pubblica per l'esercizio 1924/25, Roma, tip. del Senato, 1925.

⁽²⁹⁾ *Prelezione ad un Corso di Istituzioni di diritto civile*, p. 16.

⁽³⁰⁾ « sin dal principio della mia qualsiasi vita scientifica affermai recisa fede in taluni assoluti principî così del Diritto come della Morale, che sussisterebbero, io diceva, anche se mai non fossero stati avvertiti e praticati dall'uomo, simili a certe forze della natura esistite ognora ed operanti ancor prima che l'uomo giungesse a scovrirle, non mutevoli ma sempre uguali a se stesse, anche se ne variarono, col variare dei luoghi e dei tempi, la comprensione e l'apprezzamento. Rimasto fedele dopo tanti anni a cotali principî... » (*La Filosofia del diritto* di Vincenzo Lilla, in *Atti e Memorie della R. Accademia di Scienze, Lettere ed Arti in Padova*, anno CCCLXII, N.S. XIX (1902-03), p. 226).

⁽³¹⁾ Sia consentito, anche questa volta, riportare per esteso l'eloquente testo polacchiano: « l'animo si allietta per la sicura affermazione di una idea madre, l'idea di Diritto e di Giustizia, che torna così a rivelarsi nella sua universalità. Ed io particolarmente me ne compiaccio, che sempre ad essa ho guardato come a faro inestinguibile nel procelloso mare della vita, ribellandomi con tutte le mie forze ad una certa corrente pseudorealistica, che dalle mutevoli vicende delle istituzioni giuridiche nel corso dei

In proposito, Polacco, per temperamento — come si vedrà — incline alla cautela e alla mediazione, non teme le affermazioni icastiche e gli atteggiamenti coraggiosi. E coraggio ci voleva, in una cultura dominata da un variegatissimo ma deciso positivismo, a respingere fin dai primi anni Ottanta la diffusissima febbre « darwinistica »⁽³³⁾ dove l'unico assoluto pareva essere il materialistico condizionamento ai fenomeni biologici, a proclamare la propria « adesione alla scuola spiritualista »⁽³⁴⁾ e ad autoqualificarsi uno spiritualista impenitente⁽³⁵⁾, a non esitare a richiamarsi con provocatoria franchezza al diritto naturale e al giusnaturalismo in un momento in cui tali richiami formavano ben spesso, nello scientismo imperante fra Ottocento e Novecento, oggetto di facile ironia⁽³⁶⁾. Ma v'è di più: questo diritto naturale, che, se assunto nella diffusa accezione della tradizione postilluministica, avrebbe potuto costituire una accettabile risposta alle inquietudini filosofiche sempre restando su un piano di analisi razionale, questo diritto naturale è invece assai più simile a quello della tradizione cristiana nel momento in cui si differenzia profondamente da « quella concezione atomistica, che, prendendo le mosse dall'individuo configurato *a priori* come tipo immutabile, costruiva la mitologia... dello stato di natura e del contratto sociale »⁽³⁷⁾.

secoli e dal continuo variare dell'assetto sociale conclude alla negazione di qualche cosa di eterno nel Diritto, tutto riducendovi a serie di fenomeni contingenti » (*La scuola di diritto civile nell'ora presente*, p. 8).

(32) Vedi, per esempio, le monotone ripetizioni della *Prelezione ad un Corso di Istituzioni di diritto civile*, pp. 16-17.

(33) *Prelezione ad un Corso di Istituzioni di diritto civile*, pp. 13-15.

(34) *Contro il divorzio* — Lezione tenuta il 2 maggio 1892 nella R. Università di Padova, Padova Drucker, 1892, p. 12.

(35) « Sono spiritualista troppo impenitente.. » (*Per la libertà di coscienza e la tutela delle minoranze religiose* (1925), p. 4 (dell'estratto).

(36) « Se a tale altezza non giungono le leggi dello Stato, un'altra legge vi giunge, e quella che vi giunge si terrà sempre al disopra di loro » (*Prelezione ad un Corso di Istituzioni di diritto civile* (1884), p. 17; *La scuola di diritto civile nell'ora presente* (1918), p. 9).

(37) *Commemorazione di Antonio Pertile*, pp. 683-84 (dove è rimarchevole la ripetuta citazione di Igino Petrone e di Icilio Vanni come punti di riferimento speculativo per Polacco, due personaggi esprimenti una rimeditazione in chiave storicistica — rispettivamente — dell'idealismo e del positivismo). Un pari pensiero egli ribadisce più

La dimensione religiosa è in Polacco fortissima ⁽³⁸⁾, ed è pertanto uno dei più penetranti strumenti di comprensione della sua complessa personalità, che non tralascia mai di esserne intrisa: si pensi alla ripetuta ⁽³⁹⁾ battaglia contro il divorzio (che non è certo il solo giurista a combattere, ma che più degli altri combatte su questo piano); si pensi alle sue attente e minuziose biografie intellettuali di giuristi — da quelle risalenti dei suoi maestri Bellavite e Pertile e del filosofo Vincenzo Lilla a quelle più tarde di Giacomo Venezian, di Carlo Francesco Gabba, di Francesco Filomusi-Guelfi —, dove sempre sorprende lo spazio financo eccessivo concesso alla adesione fideistica del commemorato e la minuzia con cui si segue nella vita la ricerca religiosa sottolineandola come virtù somma « nell'odierna fungaia di frolle coscienze » ⁽⁴⁰⁾; si pensi al rispetto che lui, israelita, per sua fortuna assai distaccato dall'idea pernicioso del popolo eletto, ha portato per manifestazioni anche pesantemente confessionistiche della presenza cattolica nelle scuole italiane ⁽⁴¹⁾, o alla sua

tardi nella commemorazione del « filosofo » Filomusi-Guelfi, riferendosi al « vieto concetto del Diritto naturale desunto da un fantastico originario stato di natura e culminante nel più atomistico degli individualismi e nel contrattualismo assunto a base della Società e dello Stato (*Francesco Filomusi-Guelfi*, p. 55).

⁽³⁸⁾ Le citazioni dovrebbero essere numerosissime. Esempio, questa, contenuta ne *La funzione sociale della legislazione civile* (1885), ora in *Opere minori*, Parte II — Fasc. I, cit., p. 30: « Una cosa sola io riconosco ed è che ai ben pensanti incombe di tenerlo desto questo principio religioso, che nella grande generalità esiste pure, in onta alle clamorose negazioni della nuova scuola, e nel quale io ravviso, meglio che nelle leggi, la più salda ancora di sicurezza contro l'uragano che ne minaccia ».

⁽³⁹⁾ Il libello *Contro il divorzio*, edito da Drucker nel 1892, ebbe una seconda edizione nel 1902 (che è stata, di recente, nel 1970, ristampata anastaticamente, con una premessa di Alberto Trabucchi, dalla Cedam di Padova).

⁽⁴⁰⁾ La frase è tratta dalla *Commemorazione di Antonio Pertile*, p. 687. Per Bellavite, cfr. *Luigi Bellavite*, pp. 58-60; per Vincenzo Lilla, cfr. *La « Filosofia del diritto » di Vincenzo Lilla*, p. 226; per Venezian, cfr. *Giacomo Venezian*, in *Opere minori* — Parte II — Fasc. II, cit., soprattutto p. 41; per Filomusi, cfr. *Francesco Filomusi-Guelfi*, pp. 56-57.

⁽⁴¹⁾ Di fronte al progetto del Ministro Pietro Fedele che consentiva una dominanza cattolica nella scuola, in un coraggioso discorso in Senato, dichiarava il suo « alto rispetto » per questa soluzione pur così unilaterale e coartante del problema dell'educazione religiosa nelle scuole di Stato, e ne traeva occasione per esprimere il fondato timore di contraccolpi antireligiosi, cogliendo il fatto « come un esempio in più di quel fenomeno per cui il pendolo, spinto a forza verso un dato estremo, non appena lasciato

ripugnanza per l'anticlericalismo diffuso ⁽⁴²⁾, o alle sue riserve circa la ferma adesione di Gabba al principio della precedenza obbligatoria del matrimonio civile rispetto a quello religioso ⁽⁴³⁾.

Spirito religiosissimo ma laicissimo, deve probabilmente a questo suo connaturato atteggiamento l'esigenza puntigliosa di separare il sacro dal profano, la percezione di un nucleo inattaccabile in mezzo e accanto a un universo storico in movimento, ma anche la diversità e l'autonomia dei piani su cui si ponevano (fatta salva l'influenza orientatrice del primo in zone rilevanti e delicate del secondo), coscienza lucida di un assoluto che diventa però subito rispetto (e attenzione) verso il relativo, traducendosi la forte consapevolezza del primo in altrettanto forte consapevolezza del secondo. Per di più, ripugnanza a maneggiare il mondo dei soggetti di diritto come un museo statuario di individui astratti o, se vogliamo, di semplici modelli puri: che è il mondo destoricizzato della finzione scenica illuministica.

c) Questo vale a spiegare la complessità di Polacco e a introdurci su un'altra costante meritevole di essere sottolineata ma che, liminalmente e apparentemente, può sembrare un segno di contraddizione: sensibilità per il mutamento e, strettamente connessa, sensibilità per il sociale.

Non è segno di contraddizione, perché il soggetto di cui il civilista patavino si occupa non è l'uomo illuministico, microcosmo isolato, essenzialmente individuo, agente in un paesaggio prestorico. Il suo uomo ha addosso carne ed ossa ed è ben a fondo calato nel tempo e nello spazio; è pertanto carico di storia come di vizi e di virtù, e — quel che più conta — è ben inserito nel sociale. L'esame cronologico delle più significative testimonianze di Polacco con il suo inevitabile sguardo comparativo avrà tra breve il compito di dare efficacemente corpo e voce a un tale rilievo, ma conviene ora

libero, non si arresta al centro ma corre subito all'estremo opposto» (*Per la libertà di coscienza e la tutela delle minoranze religiose*, p. 5, dell'estratto).

⁽⁴²⁾ Per un esempio, cfr. *Le cabale del mondo legale*, p. 54.

⁽⁴³⁾ Nell'ambito di un problema allora dibattutissimo e spesso venato da umori agrissimi in un senso o in un altro. Per il riferimento a Gabba, cfr. *Carlo Francesco Gabba*, p. 26.

anticiparlo nel rapido inventario che si sta redigendo, giacché siamo qui di fronte ad una delle più espressive e caratteriali costanti della sua opera.

Il sentimento della mutazione è una croce e un'ancora di salvataggio che non lo abbandoneranno mai: da quando, ventiseienne, nella sua prima prelezione da docente autonomo fuori del familiare ambiente patavino⁽⁴⁴⁾, esordiva esclamando: « diamo un'occhiata alla storia » e proseguiva con una presa di coscienza storicistica che è, al tempo stesso, la fissazione d'una regola metodica: « l'età nostra, età di transizione e non altro »⁽⁴⁵⁾; a quando, sul finire del primo decennio di questo secolo, contemplando i nuovi assetamenti sociali ed economici e la proliferazione delle leggi speciali, denunciava senza sfumature « le cabale del mondo legale » e insisteva sull'esigenza della armonizzazione tra regola giuridica e rinnovate condizioni della società⁽⁴⁶⁾; a quando, a guerra appena terminata, scansa la scelta di riposati e riposanti temi dommatici per la sua prolusione romana, e preferisce interrogarsi pubblicamente su un presente così gremito di insicurezze ma anche di futuri sviluppi nella consapevolezza — morale prima ancora che intellettuale — che nemmeno « l'insegnante di quella tra le discipline giuridiche che ha titoli di nobiltà antichi e vanta da secoli il nome di ragion civile, si sente più sicuro degli altri di non vederne scosse le fondamenta ed i cardini dalla marea che tutto incalza e travolge »⁽⁴⁷⁾.

Accanto e immediatamente dietro al sentimento della mutazione, e assolutamente conseguenti, la necessità dell'adeguamento e il rischio di non conseguirlo, l'uno e l'altra percepiti a un preciso livello etico più che politico, nel cuore del *Beruf* del giurista; e, soprattutto, un negativo da evitare a ogni costo, quello che — nel secondo dopoguerra — un altro non dimenticabile civilista sensibilissimo al mutamento, Georges Ripert, avrebbe chiamato il vero e

⁽⁴⁴⁾ Quando inaugura il suo insegnamento presso l'Università di Camerino (cfr. più sotto).

⁽⁴⁵⁾ *La funzione sociale della legislazione civile*, pp. 21 e 22.

⁽⁴⁶⁾ *Le cabale del mondo legale*, p. 42.

⁽⁴⁷⁾ *La scuola di diritto civile nell'ora presente*, p. 1.

scandaloso « *déclin du droit* »⁽⁴⁸⁾. Affiora perennemente la dialettica fra due contrarii, l'uno e l'altro da schivare accuratamente: ciò che, nell'84, è la contrapposizione fra « il pericoloso fascino » di « certe costruzioni giuridiche, speciose.. cresimate da inveterato consenso della scuola e del fôro » e « l'andazzo.. di tutto sottoporre a disamina per iscuotere con vantata novità di vedute quanto la scienza ci ha fin qui tramandato »⁽⁴⁹⁾, diventa, nel 1908, l'opposizione fra « le creazioni arbitrarie e i detriti storici »⁽⁵⁰⁾, ambedue « elementi perturbatori »⁽⁵¹⁾ — anche se di segno contrario — proprio perché compromettono la storicità del giuridico, ambedue antistorici anche se, da un lato, si corre con troppa fretta e, dall'altro, con troppa pigrizia non si vuol compiere un passo innanzi. Terminologie diverse per esprimere l'identica convinzione che il diritto è dimensione della vita, per ribadire la « sua vera essenza, non già di artificioso meccanismo, ma di organismo animato »⁽⁵²⁾.

È ovvio che, inscindibilmente connesso a questa realtà vitale di cui si coglie la storicità trascurando le infatuazioni biologistiche, emerga un fascio di contrassegni storici taluni fisiologici e tal altri patologici. Gli individui-modello e modelli di individuo, calati dai loro stalli illuministici, sono anche sorpresi come donne e uomini, malati e minorenni, ricchi e poveri, padroni e lavoratori, carichi cioè dei loro attributi positivi e negativi di vita quotidiana. È comprensibile, allora, che « l'età di transizione » riveli ed esalti al giurista che la guarda con occhi esigenti il problema della « questione sociale »⁽⁵³⁾, e che l'urgenza d'un siffatto enorme problema un altro ne generi, immediato, per l'ordine giuridico, e cioè la coerenza al divenire in movimento, e cioè il complicarsi della generica e semplicissima regola codificata (costruita a misura dell'individuo-modello) in un sistema costellatorio di fonti legislative con una

(48) G. RIPERT, *Le déclin du droit-Etudes sur la législation contemporaine*, Paris, Pichon, 1949.

(49) *Prelezione ad un Corso di Istituzioni di diritto civile*, p. 10.

(50) *Le cabale del mondo legale*, p. 46.

(51) *Loc. ult. cit.*

(52) *Prelezione a un Corso di Istituzioni di diritto civile*, p. 10.

(53) « la questione sociale oggidì ci si impone, grave, poderosa, impreteribile » (*La funzione sociale della legislazione civile*, p. 22). Ma è questo tutto il tema della prelezione camerte.

proliferazione crescente di leggi speciali integranti e lentamente svuotanti l'effettività della norma-madre unitaria. Polacco è infatti uno dei civilisti italiani che, malgrado la sua estraneità al positivismo socialeggiante della frangia più estrema dei neoterici, più sente l'assillo d'una versione giuridica della « questione sociale » e delle nuove leggi speciali.

Se lo si contempla, lui che ha in uggia tutti i positivismi sociologismi e darwinismi imperversanti, sedere fra i costanti « collaboratori ordinari » dell'unico foglio veramente progettuale dei civilisti eretici che è « La scienza del diritto privato »⁽⁵⁴⁾; se egli dedica (e vedremo in quale direzione) la sua prima prelezione autonoma a « la funzione sociale della legislazione civile »⁽⁵⁵⁾; se è il primo civilista italiano a elevare una ferma, motivata, organica deplorazione su « l'ibrida unione della locazione di cose con quella cosiddetta di opere sotto il comune concetto di locazione in genere », giacché « non è chi non vegga quanto sia repugnante all'umana dignità il pareggiare il profitto che si ritrae dall'attività di un uomo al godimento che possiamo fare di un oggetto »⁽⁵⁶⁾; se è il primo civilista italiano a combattere e a demolire come sottigliezza giuridica tralatzia ma socialmente e culturalmente immotivata la tripartizione dalla colpa in lata, lieve e lievissima⁽⁵⁷⁾; se dimostra attenzione, disponibilità e un relativo coraggio sul tema della estensione alle donne della capacità di fungere da arbitri in base alla legge speciale sui probiviri del 1893⁽⁵⁸⁾ e sulla estensione della obbligazione alimentare per gli inabili al lavoro⁽⁵⁹⁾, tutto ciò non desta

(54) È la — da noi già citata — Rivista fiorentina di Tortori e D'Aguanno, vitale dal 1893 al 1896, manifesto d'una civilistica che, guardando con soggezione alla scienza madre sociologica ecletticamente intesa in chiave storicistica e naturalistica insieme, vuol costruire il « codice privato sociale ». Per maggiori riferimenti, si veda GROSSI, « *La scienza del diritto privato* », cit., *passim*.

(55) È la prelezione camerte dell'85, già tante volte citata.

(56) V. POLACCO, *Appunti sulle locazioni (in ispecie sui Cap. I, II, III del Tit. IX, Lib. III del Cod. civ. del Regno)*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, IV (1887), p. 409.

(57) *La culpa in concreto nel vigente diritto civile italiano*, cit.

(58) *La nuova legge sui probi-viri con particolare riguardo alla capacità giuridica della donna e dei minorenni*, in *Monitore dei tribunali*, XXXIV (1893), p. 721.

(59) V. POLACCO, *Gli inabili al lavoro e l'obbligazione alimentare fra congiunti*, in *La scienza del diritto privato*, I (1893), p. 167.

sorpresa dopo quanto s'è detto. Esigenze filosofiche, consapevolezze storicistiche, certezze etico-religiose, sensibilità sociali possono essere espressioni non antinomiche d'uno stesso personaggio, certamente complesso e dalla figura certamente assai sfaccettata; pur con tutte le sue sfaccettature, l'unità del personaggio è ricomponibile.

d) Chi avesse letto, prima di queste pagine, le recenti affermazioni — da me fatte in occasione di due precedenti e recenti esperienze di studio intorno al civilista patavino — di un Polacco che nutre in sé plagi tenaci della cultura giusnaturalista ⁽⁶⁰⁾ e che mostra « una fondazione di pensiero rigidamente legalista e codicistica » ⁽⁶¹⁾, sarebbe legittimato a pensare o a una sua schizofrenia o a un mio brusco mutamento d'opinione; e non sarebbe veritiera né l'una né l'altra ipotesi.

Una prima necessaria precisazione è che, mentre nel presente contributo l'attenzione è sulla vicenda polacchiana nella sua interezza, i due precedenti mettevano a fuoco soltanto segmenti ridotti di quel lungo itinerario scientifico; senza contare che, di quei segmenti l'uno — concernente soprattutto le prime prelezioni — conteneva una polemica serrata contro il darwinismo giuridico alla Vadala-Papale e contro la spasmodica idea di « codice privato sociale » ⁽⁶²⁾, il secondo — concernente un episodio specifico e limitato — appuntava polemicamente i suoi strali contro certe disinvolute affermazioni del Simoncelli in tema di interpretazione della legge ⁽⁶³⁾.

Nei tempi lunghi e nel complesso di una ricca consecuzione dei materiali le puntualizzazioni polemiche e le precisazioni rigide ad esse conseguenti si diluiscono, e il personaggio e il suo messaggio si misurano piuttosto sull'ampiezza dell'arco, dove procedono arricchimenti e inserimenti culturali, ripensamenti e accettazione di fatti

⁽⁶⁰⁾ GROSSI, « *La scienza del diritto privato* », cit., p. 42.

⁽⁶¹⁾ Così scrivevo, or non è molto, nel saggio destinato ad analizzare i termini di una vivace polemica con Vincenzo Simoncelli. Cfr. *Interpretazione ed esegesi (Anno 1890 — Polacco versus Simoncelli)*, cit.

⁽⁶²⁾ Per chi volesse saperne di più, cfr. GROSSI, « *La scienza del diritto privato* », cit., p. 15 ss.

⁽⁶³⁾ GROSSI, *Interpretazione ed esegesi*, cit.

nuovi. Nell'ampiezza a tutto campo dell'arco le affermazioni legalistiche e filocodicistiche restano, ma perdono di virulenza e di assolutezza, appaiono quello che sono: punto d'una linea, ma soprattutto si giustificano entro la cornice di un ulteriore atteggiamento caratteriale di Polacco, talmente caratteriale da poter essere assunto a costante del suo pensiero.

Si potrà continuare a parlare di complessità, si potrà dire che questa complessità è segnata sul piano sincronico anche da incoerenze, ma qui ci si dovrà arrestare. Più sopra abbiám parlato di relativo coraggio, e la frase sarà parsa al lettore un po' sibillina, ma si deve riprenderla qui, per avere una chiave fondamentale di comprensione. Certamente, Polacco è lo spiritualista convinto, il giurista dotato di non comune sensibilità culturale e sociale; certamente queste doti sono presenti sin dall'inizio, anche se diventano assai più rilevanti con la pienezza della maturità sì che l'itinerario del giurista è da vedersi ascensionale anziché piatto; certamente, in grazia di queste doti è in grado di scorgere spessori che l'esegeta non coglie e portare avanti anche intuizioni coraggiose (si pensi alla sua riflessione sul genere contrattuale *locatio-conductio*), ma sempre questo coraggio sarà mitigato in lui dalla virtù (vizio?) della prudenza.

«Nec timide nec temere» scriverà chiudendo la significativa prelezione romana del '18⁽⁶⁴⁾ e proponendoci una insegna che avremmo potuto utilizzare proficuamente per intitolare questo saggio, se non ci avesse rattenuto la desolante constatazione di un mondo in cui nemmeno i preti cattolici conoscono più l'abecedario latino. Meno preziosamente ma con pari efficacia il significato della insegna è espresso da quel «coraggio della moderazione», che campeggia nel nostro titolo e che appartiene al frasario della stessa prelezione romana⁽⁶⁵⁾. Un coraggio relativo, sempre condito dalla prudenza, un coraggio che il naturale sentimento di equilibrio fa sovente apparire allo stesso giurista come temerarietà; e un filo continuo lega la «temperanza di vedute» di cui parla nella prelezione camerte dell'85⁽⁶⁶⁾ al buonsenso invocato nella prelezione del

(64) *La scuola di diritto civile nell'età presente*, p. 18.

(65) *Ibidem*, p. 11.

(66) *La funzione sociale della legislazione civile*, p. 29.

'18 ⁽⁶⁷⁾. È il buon senso a cementare il suo legalismo e a portarlo ad avversare il nuovo verbo giusliberistico, perché è il buon senso ad avvertirlo che si stava toccando e incrinando la colonna portante non solo dell'edificio tecnico-giuridico ma dello stesso edificio costituzionale; e per Polacco *oportet ut scandala non eveniant*.

Il segreto di Polacco è qui, è qui la sua cifra: presentimenti, intuizioni, percezioni, disponibilità ma sempre frenati dal fastidio per gli eccessi, per le novazioni brusche, per le operazioni di rottura. Se è forse eccessivo parlar di plagio, come ci è capitato di fare, v'è in lui un peso rilevante della tradizione, e un convivere singolare di appetiti e resistenze, nonché una sua perenne tensione a mediare. Più evidente nel primo Polacco, quello degli anni Ottanta e Novanta su cui si erano incentrate le nostre precedenti indagini, una diagnosi siffatta deve continuare anche per il civilista che accompagna le trasformazioni del nuovo secolo con uno sguardo disponibile e sensibile, che abbandona certe dommatiche, che rivede con probità intellettuale a tutta prova il proprio bagaglio consolidato. Sempre la sua divisa sarà un coraggio moderato, quando non è addirittura, nella rissa incompota delle novità grossolane, il coraggio della moderazione.

3. Nel giro di due soli mesi, tra fine '84 e inizio '85 Polacco pronuncia ben due prelezioni, ma situate su piani diversi e con scopi profondamente diversi; questo giustifica anche la varietà di messaggio che dalla stessa voce proviene in un pressoché identico momento.

La « Prelezione ad un Corso di Istituzioni di diritto civile » letta nella Università di Padova il 26 novembre 1884 ⁽⁶⁸⁾ si identifica soprattutto nella esposizione di un programma didattico, anche se sembra doveroso aggiungere che, in un docente autenticamente universitario come Vittorio Polacco, l'insegnante non è mai separabile dallo scienziato che dà vitalità e inconfondibilità alla lezione. Il problema è quello di dare un volto alle « Istituzioni di diritto civile », una disciplina oggi felicemente presente in ogni piano di studi di Facoltà giuridica ma, in quel tempo, ancora infrequente

⁽⁶⁷⁾ *La scuola di diritto civile nell'ora presente*, p. 18.

⁽⁶⁸⁾ Padova, tip. del Seminario, 1885 (ora in *Opere minori* — P. II, Fasc. I, cit.).

anche se da molti auspicata quale necessaria integrazione del « Diritto civile ».

Tre anni prima se ne era occupato, sulle pagine dell'« Archivio giuridico », il romanista Brini con una proposta assai elaborata e originale⁽⁶⁹⁾, ed è rispetto a questa che il progetto polacco vuole esplicitamente confrontarsi⁽⁷⁰⁾ e anche differenziarsi. L'esigenza prima di un simile corso istituzionale autonomo risiede nella insoddisfazione verso il diffuso esperimento di « istituzioni di diritto romano comparato col diritto civile patrio » di cui Filippo Serafini aveva dato già nel '58, con la prima edizione del suo « manuale », un modello fortunatissimo. Culturalmente significative le ragioni del rifiuto da parte del Nostro: percezione della antistoricità dell'accostamento di « due anelli isolati » e delle possibili conseguenze « funeste » nella psicologia d'un giovane discente che rischia di persuadersi della intima artificiosità dell'ordine giuridico⁽⁷¹⁾; percezione della incapacità di poter trovare « nel diritto del Lazio » tutte le linee e tutti i principii necessari alla costruzione di un diritto autenticamente moderno (e si fa l'esempio del diritto internazionale privato, del diritto delle persone, del regime della pubblicità), affermazione così riduttiva da destar sorpresa se constatata su una bocca bellavitianamente apologetica del diritto romano⁽⁷²⁾.

Tutto dovrà essere all'insegna del buonsenso, di quella virtù somma per Polacco che è la moderazione: né eccessiva « smania del nuovo »⁽⁷³⁾, né ripetizione inconsapevole di nozioni cadu-

⁽⁶⁹⁾ G. BRINI, *Saggio d'istituzioni del diritto civile italiano — Introduzione e programma*, in *Archivio giuridico*, XXVI (1881).

⁽⁷⁰⁾ Al Brini espressamente si richiama a p. 9.

⁽⁷¹⁾ A proposito di « questo sistema comparativo » non esita a confessare che « la nuda contrapposizione di questi due anelli isolati ingenererà nelle menti giovanili la funesta opinione che gli istituti giuridici, anziché modificarsi per un necessario processo evolutivo e sotto l'influenza di coefficienti vari nello spazio e nel tempo, siano puramente frutto dell'umano capriccio, che li può modellare quando in una forma e quando in un'altra senza ragione opposta. Invece così le Istituzioni di diritto civile, collocandosi a fianco a quelle di Diritto romano ed alla Storia del diritto, vengono ad integrare la catena e permettono a quei due insegnamenti di restare ciascuno nell'orbita che più particolarmente gli è propria » (*Prelezione ad un Corso di Istituzioni di diritto civile*, p. 4).

⁽⁷²⁾ « ... ne rimarrebbero fuori quei molteplici istituti, i quali nel diritto del Lazio o non hanno affatto, od hanno troppo fievole e remoto un riscontro » (*ibidem*, p. 4).

⁽⁷³⁾ *Ibidem*, p. 11.

che⁽⁷⁴⁾; ricorso alla storia degli istituti ma senza « peccare per eccesso »⁽⁷⁵⁾; volontà di « trasportare il diritto in mezzo alla vita, sì che balzi fuori nella sua vera essenza, non già di artificioso meccanismo ma di organismo animato »⁽⁷⁶⁾, però fermamente resistendo « alle seduzioni dell'equità » per un verso⁽⁷⁷⁾, alle partigianerie e ai dommatismi della « scuola positivista » per l'altro⁽⁷⁸⁾.

Questi sono i momenti fondanti della prelezione, i perni orientatori del didatta e del suo « corso », sui quali — enunciazioni programmatiche — egli sente il bisogno di parlar chiaro. Polacco liquida spicciativamente (e con qualche inconsapevolezza per la sua reale portata affrancatrice) la dialettica allora vivissima fra « sistema » ed « esegesi »⁽⁷⁹⁾ e respinge anche come rischioso il progetto di Brini tendente a costruire una architettura al di là delle partizioni del Codice civile⁽⁸⁰⁾. Con alle spalle gli autorevoli insegnamenti di Muratori e di Scialoja⁽⁸¹⁾, fermissimo è il richiamo alla stretta legalità⁽⁸²⁾ fino al punto da non concepire una esposizione che non sia pedissequa del Codice stesso⁽⁸³⁾.

Il suo non è certamente un diritto di pure forme, privo di radici, giacché lo spiritualista Polacco reclama che l'ordine giuridico si

⁽⁷⁴⁾ *Ibidem*, p. 10.

⁽⁷⁵⁾ « peccare per eccesso, considerando lo studio storico e il diritto romano in specie non come strumento, ma come fine a se stesso » (*ibidem*, p. 12).

⁽⁷⁶⁾ *Ibidem*, p. 6.

⁽⁷⁷⁾ *Ibidem*, pp. 6-7.

⁽⁷⁸⁾ *Ibidem*, p. 13 ss.

⁽⁷⁹⁾ « mi è sempre apparsa tanto oziosa la disputa sulla preferenza da darsi al metodo sistematico od all'esegetico, quanto lo sarebbe il ricercare se valga più nella scienza l'analisi ovvero la sintesi » (*ibidem*, p. 9).

⁽⁸⁰⁾ Almeno in un « corso » istituzionale « il seguire, così com'è, il Codice parmi preferibile a qualunque fra i tanti riferimenti razionalmente escogitabili ed escogitati in fatto » (*ibidem*, p. 9 ma anche p. 8). È importante « il conoscere il Codice, anche nella sua struttura esteriore, per poco non dissì nella sua topografia » (p. 10).

⁽⁸¹⁾ Il Muratori, ovviamente, del *pamphlet* « Dei difetti della giurisprudenza » e lo Scialoja della prolusione camerte (1880) « Del diritto positivo e dell'equità »; vedili citati a p. 7.

⁽⁸²⁾ Quanto al sistema, « ciò ch'esso domanda non è altro che il rispetto alla legge » (p. 7); il « corso » consisterà dunque « nell'affacciare il testo legislativo.. nell'imperativa sua rigidità » (p. 8); giacché « l'ideale degli ideali in uno Stato retto a liberi ordinamenti è e sarà sempre la stretta, spassionata applicazione della legge » (p. 18).

⁽⁸³⁾ Cfr. le citazioni di nota 80.

agganci e si fondi con un ordine superiore. La polemica durissima con i « positivisti » — una polemica volutamente urlata e sottolineata come più non si potrebbe ⁽⁸⁴⁾ — è contro il loro immanentismo, è per il recupero del giuridico a una vita intesa in tutta la complessità delle sue dimensioni, da quella puramente biologica a quella etico-religiosa. E la certezza di fondo è che il nucleo ispiratore di ogni manifestazione giuridica non sta racchiuso nell'ordine positivo ⁽⁸⁵⁾. Ma non si creda che sia questa la strada per far breccia nella legalità e posto all'equità. Al contrario, l'interpretazione e l'applicazione della legge restano rigorosamente « commesse alla mente e non al cuore » ⁽⁸⁶⁾, restano atti di pura conoscenza e non di volontà, e l'accordo con Scialoja è totale quando questi propone come regola costituzionale del diritto moderno l'inversione dei termini e del concetto contenuti nell'antico brocardo secondo cui *ius legislatori, aequitas iudici magis convenit* ⁽⁸⁷⁾. L'equità, che è il regno delle idealità in conflitto con la norma scritta, che è lo straripamento della giustizia nel recinto chiuso dello *strictum ius*, è auspicata e benvenuta purché sia strumento nelle mani del produttore e non dell'interprete-applicatore. E questo, anche se equità può significare permeazione di quei valori religiosi tanto cari al nostro civilista.

L'adesione convinta alla costituzione legalitaria dello Stato moderno di diritto rende Polacco convintissimo di questa suprema e doverosa rinuncia, senza una perplessità: « questa idealità, che con tutta l'anima io invoco a salvezza di non ancora travolti principi, che vagheggio provvida Egeria per chi è chiamato a dettare le leggi, con altrettanta forza io respingo, se pretenda ispirare e dirigere l'interpretazione della legge che già esiste » ⁽⁸⁸⁾. E non esita a condannare certe decisioni giurisprudenziali che, pur affermando idealità a lui care sui temi delicatissimi del prossenetico matrimoniale e della

⁽⁸⁴⁾ « a questa scuola io non accordo, valga per nulla, il mio voto », perché « dove non possiamo seguirvi... è nella vostra pretesa, aprioristica, e quindi contraddizione essa stessa di quel metodo di cui vorreste essere zelanti e non siete che malaccorti paladini, la pretesa cioè che quest'esame dei fatti ci conduca poi alle vostre preconcepite negazioni » (*ibidem*, pp. 15 e 14).

⁽⁸⁵⁾ Si vedano le ampie considerazioni svolte nelle pp. 13-18.

⁽⁸⁶⁾ *Ibidem*, pp. 6-7.

⁽⁸⁷⁾ *Ibidem*, p. 7.

⁽⁸⁸⁾ *Ibidem*, pp. 17-18.

missione propria e specifica della donna, incarnavano ai suoi occhi un eccesso di poteri e uno strappo alla loro rigida ripartizione fra le potestà dello Stato ⁽⁸⁹⁾.

Accanto a questo atteggiamento, che lo vede perfettamente allineato ai massimi campioni della scuola esegetica ⁽⁹⁰⁾, la sensibilità culturale e sociale di Polacco affiora invece in maniera limpidissima quando scende a delineare i contenuti sostanziali del « corso » imperniantesi su « taluni concetti fondamentali » ⁽⁹¹⁾. Fra questi si deve registrare la sottolineatura marcata dal Nostro de « il concetto dell'individualità umana di fronte al diritto, il concetto di stato civile, il concetto dei diritti civili e politici » ⁽⁹²⁾ ma soprattutto « la determinazione della natura e funzione giuridica del danaro, ch'è infine il punto a cui mettono capo, sotto qualunque aspetto configurate, tutte le relazioni di diritto patrimoniale » ⁽⁹³⁾. Il civilista, attento all'evolversi della dimensione economica della società moderna, distoglie lo sguardo dal fondo rustico, o, comunque, dal bene immobile, espressione tipica della ricchezza di ieri, per incentrarlo su quella ricchezza mobiliare che è ormai il vero sangue della sempre meno stagnante circolazione economica. Significativa la dichiarata utilizzazione di un

⁽⁸⁹⁾ Così in tema di prossenetico, a proposito di un giudicato della Cassazione torinese: « sublime è, per esempio, il concetto che la santità del matrimonio rifugga dall'opera di mercenarie mediazioni, e tale ch'io vorrei vederlo dal legislatore solennemente affermato: ma dirò che esorbitarono dal loro ufficio, e si son fatti legislatori quei giudici che hanno negata all'appoggio di siffatte considerazioni l'efficacia del promesso prossenetico matrimoniale » (*ibidem*, p. 18). Ribadendo, di rincalzo, nella nota: « Ragioni così il legislatore e non il giudice, sancisca egli il divieto, come lo si leggeva al § 879 del Codice austriaco, e noi saremo interamente con lui ». Così in tema di possibilità per la donna di esercizio della avvocatura, sempre a proposito di una sentenza della Cassazione di Torino: « se potrei applaudire per questo al legislatore, che con opportuni divieti riconducesse la donna alla sua più propria missione, non saprei sottoscrivere invece, per quanto emanata dal più autorevole consesso, a quella recente sentenza, che, senza poter invocare un solo testo preciso di legge, si arbitrava sbarrarle la via all'esercizio di un titolo che la legge stessa le aveva consentito di assumere » (*ibidem*, p. 18).

⁽⁹⁰⁾ Per esempio, al Laurent, che aveva recentemente ribadito su una Rivista giuridica italiana la sua posizione rigorista avverso le idee sostenute da un pratico di ingegno non grosso ma di spirito un po' grosso, il Lozzi.

⁽⁹¹⁾ *Ibidem*, p. 7.

⁽⁹²⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽⁹³⁾ *Ibidem*, p. 8.

classico della letteratura giuridica moderna sulla moneta, il saggio pionieristico di Gustav Hartmann ⁽⁹⁴⁾ « Ueber den rechtlichen Begriff des Geldes und den Inhalt von Geldschulden » ⁽⁹⁵⁾, saggio valorizzato appieno sia nella ricca analisi storica sia nella coraggiosa costruzione dogmatica dalle successive ricerche del nostro Ascarelli ⁽⁹⁶⁾, in cui si condensava l'altissima capacità della Pandettistica a tener dietro e a corrispondere pienamente alle esigenze di un mondo percorso e diretto oramai da regole capitalistiche.

4. Decisamente su un altro piano si pone la prelezione che Polacco pronuncia il 22 gennaio 1885 per inaugurare il suo « corso » di « Diritto romano e Codice civile » nella Università di Camerino. Lo sguardo spazia ben oltre i problemi espositivi di un singolo segmento didattico per divenire momento di riflessione che impegna un'intera comunità universitaria di giuristi ⁽⁹⁷⁾.

La scelta del tema è coraggiosa, perché affronta direttamente il problema spinoso del rapporto fra il disincarnato sistema civilistico e le incarnatissime forze sociali ed economiche emergenti, il modo di corrispondere (o di resistere) da parte del Codice civile alla non più eludibile questione sociale, e, ancora più nello sfondo ma stringente,

⁽⁹⁴⁾ Gustav Hartmann (1835-1894), dal 1864 professore ordinario a Basel, poi a Freiburg i.Br., Göttingen e Tübingen, ha analizzato i temi principali e più ardui del diritto delle obbligazioni e delle successioni *mortis causa*, incarnando, con le sue altissime capacità di teorizzazione unite a una vigile attenzione verso la realtà economica e verso l'esperienza del *common law*, l'immagine vitale di una Pandettistica tesa a costruire un diritto adeguato alla società tedesca del maturo secolo XIX.

⁽⁹⁵⁾ Braunschweig, Leibbroch, 1868.

⁽⁹⁶⁾ T. ASCARELLI, *La moneta — Considerazioni di diritto privato*, Padova, Cedam, 1928; *Studi giuridici sulla moneta*, Milano, Giuffrè, 1952; nonché *Obbligazioni pecuniarie*, Bologna, Zanichelli, 1959.

⁽⁹⁷⁾ Camerino, tip. Savini, 1885 (poi in *Opere minori*, P. II, Fasc. I, cit.). Nella avvertenza, che si trova premessa alla stampa originaria camerte dell'85 ma che malauguratamente non è riprodotta (cosa che troppo spesso avviene nelle ristampe di frettolosi editori) nella raccolta delle « Opere minori » da cui pur citiamo per comodità del lettore, nella « avvertenza » il Polacco, anche se in esordio dichiara di considerare questa prelezione « quasi appendice ad altra di uguale natura ed origine, in cui esposi gli articoli principali del mio *credo* scientifico », viene lui stesso a confessare la sostanziale diversità di piano quando, poco più sotto, precisa che in essa è delineato « il mio modo di concepire quelle discipline morali, a cui è consacrata la povertà dei miei studi ».

il nodo dell'assetto delle fonti civilistiche, della dialettica tra Codice e leggi civili speciali. È una scelta che denota coraggio, o almeno un vivo senso di responsabilità professionale, perché Polacco non appartiene al manipolo di giuristi piazzaioli disposti a inneggiare alle conquiste del quarto stato pur di conseguire un facile applauso. È piuttosto la sua sensibilità per i segni dei tempi a muoverlo, e, insieme, l'attenzione per tutto quanto sta al di là del diritto, delle sue forme e delle sue regole; è la coscienza del ruolo del giurista e della sua chiamata a ordinare e definire l'incompostezza dei fermenti sociali.

Polacco certamente non appartiene « a quelle menti piccine o retrive, che o non lo avvertono questo problema dei tempi nostri, o pensano che sia male il portarlo alla piena luce del giorno e che si possa soffocare tacendo »⁽⁹⁸⁾, come lui dice con schiettezza, in esordio, proprio con riferimento alla questione sociale. Di fronte a chi tace per pigrizia o per miopia, di fronte a chi — già da qualche tempo — cede volentieri all'andazzo sociologizzante, e cavalca di buon grado senza freni la tigre delle riforme, la prelezione camerte è null'altro che l'adempimento d'un dovere, l'assunzione pubblica d'una precisa responsabilità.

Il giurista non nasconde il suo volto complesso: la sua educazione liberale e le sue convinzioni liberali⁽⁹⁹⁾, che si mescolano e si armonizzano con un forte spirito religioso e con un altrettanto forte sentimento della mutazione⁽¹⁰⁰⁾. Egli è cosciente, in positivo e in negativo, che qualcosa si deve fare, da un lato perché è la richiesta effettiva d'una società in crescita, dall'altro perché è l'unico mezzo per togliere armi alle incitazioni più eversive. La prelezione corre proprio su questo filo doppio: da un lato, si invocano (ed è apertura significativa) quelle « Lettere meridionali » di Pasquale Villari, che sono la prima consapevole denuncia da parte di un intellettuale di aberrazioni sociali che la propaganda di regime celava accurata-

⁽⁹⁸⁾ *La funzione sociale della legislazione civile*, p. 22.

⁽⁹⁹⁾ Affermazioni schiettamente liberali possono reperirsi *ibidem*, pp. 23-24 e 30-31.

⁽¹⁰⁰⁾ Già abbiamo fatto esplicite citazioni. Cfr. *ibidem*, p. 30 per emersioni di smaccato afflato religioso, e p. 22 per percezioni precise del mutamento in atto.

mente sotto i trionfalismi delle conquiste politiche ⁽¹⁰¹⁾; dall'altro, si afferra l'occasione per rifiutare senza appello l'organicismo dei Cimbali, dei Cogliolo, dei Vadalà-Papale ⁽¹⁰²⁾ che, soffocando l'individuo nella costrizione d'una società concepita come un tutto-organico, esaltava troppo e pericolosamente la dimensione sociale ⁽¹⁰³⁾.

Occorre correggere il vecchio individualismo di conio illuministico, sia perché è antistorico, sia perché è moralmente discutibile; occorre elaborare una proposta che sappia di concretezza e che venga a incarnare un progetto giuridico credibile. Da qui la scelta, encomiabile, per la franchezza; l'esorcismo del silenzio, infatti, vecchia arma spuntata e ignobile della classe dirigente italiana, non giova più. Giova demitizzare, interrogarsi, proporre; ovviamente, evitando — perché sterili e insensati — i salti nel buio e le iconoclastie. All'osservatore acuto della realtà giuridica e sociale non sfuggiva la « concatenazione » del giure privato coi fenomeni dell'ordine pubblico » ⁽¹⁰⁴⁾, né sfuggiva che sarebbe stato contrario al suo prediletto buonsenso continuare a pretendere uno Stato indifferente ⁽¹⁰⁵⁾. Lo Stato non poteva non giocare un ruolo nel momento in cui lo si riconosceva ben volentieri come unico depositario della produzione giuridica; ed infatti allo Stato si doveva domandare dei misurati interventi di indole legislativa.

Per il solido legalismo polacchiano la legge speciale è l'insostituibile strumento di adeguazione dell'ordinamento nella transizione

⁽¹⁰¹⁾ Vedi la citazione di Villari, *ibidem*, p. 22. Le « Lettere meridionali » di Pasquale Villari, pubblicate nel 1875 e poi ristampate con altri scritti nel '78 a Firenze, restano nella letteratura meridionalistica italiana il primo limpido tentativo di scrollarsi di dosso pesanti luoghi comuni.

⁽¹⁰²⁾ Il discorso, anche se sempre misurato com'è nello stile del Nostro, ha punte di asprezza, che fanno il paio con quelle rivolte due decenni dopo contro il giusliberismo. Si legga l'esplicito riferimento a Pietro Cogliolo, che appena quattro anni prima — nel 1881 — aveva salito lo stesso stallo di Polacco per recitare una prolusione entusiasticamente « darwinistica » (*ibidem*, p. 25), o a Vadalà-Papale e a Enrico Cimbali (pp. 28-29).

⁽¹⁰³⁾ « questa socialità.. minaccerà di riassorbire il cittadino nello Stato.. restringendo, sino a interamente sopprimerlo, il campo della libertà individuale, massima conquista del mondo moderno » (*ibidem*, pp. 30-31).

⁽¹⁰⁴⁾ *Ibidem*, p. 24.

⁽¹⁰⁵⁾ « vedremo... quanto sconverga il ridurre lo Stato ad una funzione puramente negativa » (*ibidem*, p. 31).

verso un nuovo modello economico, perché è l'autentico strumento ordinante, il più immune dalle passioni contingenti e dai particolarismi, che più rispecchia in sé — anche quando ha da regolare un oggetto speciale — quel privilegio sommo della ragion civile che è l'astrattezza.

Si può pensare, allora, a una legislazione speciale capillare e invadente da intendersi come prodromo di un futuro « codice privato sociale » esautorante il vecchio codice civile pisanelliano? È questa la strada che tentano di percorrere Enrico Cimbali e i suoi seguaci, ma non è la strada di Polacco. « La portata dell'elemento industriale » non va enfatizzata ⁽¹⁰⁶⁾; di leggi speciali c'è bisogno, ma di interventi limitati che integrano senza intaccare il nucleo solidissimo della codificazione civile ⁽¹⁰⁷⁾; che resta, e che deve restare nella sua natura squisitamente formale ed astratta, impermeabile al mutamento perché disegnata su modelli di individuo e su modelli di comportamento. Tener dietro al mutamento e soddisfarvi sarà compito di atti normativi carichi di materiale transitorio e per loro natura provvisorii ⁽¹⁰⁸⁾. Al Codice civile è riservato l'ufficio di rappresentare non solo l'unità civilistica ma la stabilità civilistica, la radicazione su cui si possono via via innestare — rimanendogli esterne — propaggini speculari ai bisogni emergenti. L'esempio del *Landrecht* prussiano, riempito soprattutto nella sua terza parte di contenuti troppo fattuali, è deterrente: quella zavorrazione ha causato la sua condanna alla caducità ⁽¹⁰⁹⁾.

Il rimedio, dunque, è da vedersi in poche leggi esterne al Codice, che attutiscano gli attriti fra regola astratta e fatti sociali nuovi. Si aggiunga: che non costituiscano una violenza per l'assetto sociale, una troppo vistosa forzatura per le strutture « naturali » della società, né tanto meno un capovolgimento ⁽¹¹⁰⁾; che servano

⁽¹⁰⁶⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽¹⁰⁷⁾ « resti pertanto il Codice nella sua essenza qual è, e i pochi provvedimenti di legislazione industriale sociale, per avventura necessari, vi si accolgano intorno sotto forma di leggi singole, quasi pianeti intorno al sole » (*loc. ult. cit.*).

⁽¹⁰⁸⁾ « lungi da noi tuttavia l'accusa di volere immobilizzato il diritto, mentr'è in un continuo divenire la società ch'esso governa » (*loc. ult. cit.*).

⁽¹⁰⁹⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽¹¹⁰⁾ « Non saranno dunque ardite riforme, con istituti nuovi di pianta, non leggi eccezionali che applichino in favore di una od altra classe sociale norme contrarie

anzi a dirigere la transizione e anche a frenarla. Ecco una frase confessoria: « il punto capitale adunque non consiste nell'escludere ogni ingerenza della legislazione civile, ma nel dirigerla in modo ch'essa secondi la natura »⁽¹¹¹⁾. Qui sul solidarista prevale l'uomo dell'ordine borghese che è portato a identificare con la *natura* della società le conquiste storiche della borghesia, qui si dimostra continuo il filo rosso che lega Polacco ai grandi mentori dell'illuminismo giuridico settecentesco. La percezione del mutamento si mescola con la sua coscienza giusnaturalistica, e la legislazione speciale appare — anche e soprattutto — come una minestra di lenticchie per il quarto stato e l'occhiuto espediente per gestire e governare intieramente e ordinatamente la situazione.

Una smentita, dunque, all'immagine del Polacco spiritualista e storicista, ma anche questo è fino a un certo punto veritiero. Se si scende ai contenuti di questa legislazione sociale, il discorso — come sempre nel nostro civilista — si complica, le fonti di ispirazione si intrecciano e il messaggio segnala quell'incoerenza progettuale che è tipica di chi sta seduto in mezzo a un quadrivio con disponibilità ad incontri che giungano da parti diverse. Nella indicazione proposta di un'area « civilistica » dove la legislazione speciale potrebbe — provvidamente perché *naturalmente* — incidere, il discorso si fa per più aspetti interessante. Presupposto che i Codici, la grande codificazione civilistica del secolo XIX, sono il frutto e il documento di una duplice operazione affrancatoria, degli individui e dei beni, liberati i primi dai soffocamenti di chiusure cetuali e di corpi intermedi, liberati i secondi da condizionanti stratificazioni storiche di oneri reali⁽¹¹²⁾ di questi due territori del giuridico redenti, su uno — i beni e la proprietà individuale — non sono pensabili interventi se non irrisorii « salvo che si voglia infrangere la libertà per fare

all'universa giustizia, od introducano un'ingerenza coattiva dello Stato in materie abbandonate sin qui alle libere contrattazioni degli individui » (*La funzione sociale della legislazione civile*, p. 34).

⁽¹¹¹⁾ *Ibidem*, p. 32.

⁽¹¹²⁾ « I Codici moderni, specie a partire dalla Rivoluzione francese, si può dire abbiano avuta da compiere sovra ogni altra una duplice missione: liberare le persone e liberare i beni da vincoli ed oneri avuti in retaggio dalle età precedenti e condannati da nuovi criteri non meno morali che giuridici, di ordine politico non meno che di pubblica economia » (*ibidem*, pp. 37-38).

unicamente del socialismo » (113), affermazione dove appare intatta e pesante l'eredità d'un pensiero che ha legato indissolubilmente libertà e proprietà individuale facendo di quest'ultima una nozione prima di tutto etica.

Resta il territorio dei soggetti, e qui lo spiritualismo-solidarismo di Polacco consente l'ingresso di leggi speciali e la complicazione dello scarno, essenziale paesaggio giuridico del Codice. Sulla scena di questo due sono i protagonisti installati, l'individuo e lo Stato, mentre le persone giuridiche restano relegate senza incidenza nel disegno nomenclativo dell'art. 2 del Libro primo: è facile constatare che perdura nel Codice, anche se meno assolutizzato, il vecchio sfavore rivoluzionario-napoleonico verso gli enti collettivi. Con Polacco lo sfavore, anche se non si muta in entusiasmo (114), viene accantonato.

Un ammaestramento di Renan — proprio lui, quello della « vita di Gesù » (115) —, l'insegnamento di Bellavite che aveva tanto insistito sulle persone collettive del diritto romano « come modello di legislazione civile » (116), una sincera istanza solidaristica, la contemplazione di un fenomeno cooperazionistico in crescita cospicua (117), stanno alla base dell'elogio polacchiano « sui vantaggi della

(113) La proprietà individuale è ben all'interno di quei « nuovi criteri non meno morali che giuridici » di cui Polacco parla nel testo citato alla nota precedente. Il passo citato ora nel testo è a p. 38.

(114) Si tratta soltanto di « far buon viso », come confessa a p. 34.

(115) Leggendo — lui sempre avido di opere religiose — di Ernesto Renan il volume circolantissimo *Les Apôtres*, Paris, Levy, 1866, rimane colpito da questa frase preveggenza (p. 384); « L'Association en dehors de l'Etat, sans détruire l'Etat, est la question capitale de l'avenir ». Egli non ha esitazioni a sottolineare la fonte del suo pensiero, anche se di fonte singolarissima si tratta essendo Renan soltanto un felicissimo scrittore di cose storico-religiose.

(116) Nel saggio *Delle persone collettive volontarie secondo il diritto romano dei tempi classici*, in *Atti del R. Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti*, S. I, IV (1879), poi Verona, Drucker e Tedeschi, 1881, che Polacco cita esplicitamente e con grande evidenza (p. 33).

(117) Di cui si faceva portatore in Italia Luigi Luzzatti, un personaggio che Polacco ha sempre collocato fra i suoi mentori (vedi la significativa affermazione de *La scuola di diritto civile nell'ora presente*, p. 2, nota 1). Proprio in quel 1885 che è l'anno della prelezione camerte, il teorico delle istituzioni cooperative, l'economista Ugo Rabbeno, diffonde in Italia, con i risultati di un suo viaggio in Inghilterra, il verbo cooperazioni-

cooperazione », dell'invito per « la riunione intorno a centri d'interesse comune, la formazione di corpi durevoli »⁽¹¹⁸⁾. La legislazione speciale dovrà concretarsi in « provvedimenti atti a favorire quell'associazione, estranea e tuttavia non antagonista né ribelle allo Stato »⁽¹¹⁹⁾ dovrà « rinsanguare istituti e corpi sociali che già esistono e che possiedono al massimo grado l'attitudine a fungere da insormontabile diga contro l'imperversare di prave passioni, ma ad agire in pari tempo quale valvola di sicurezza per lo sfogo di bisogni e di aspirazioni legittime »⁽¹²⁰⁾.

Abbiamo, di proposito, voluto indulgere nella trascrizione di passi polacchiani per acquistarne in chiarezza. Non v'è dubbio che il paesaggio giuridico di Polacco si complica come avviene in tutte le proposte solidaristiche; il risultato — una popolazione di soggetti collettivi che vengono ad aggiungersi ai soggetti fisici — è lo stesso che domina « la nuova fase del diritto civile » di quel Cimbali e di quei neoterici sociologizzanti verso cui il patavino nutre più di un sospetto⁽¹²¹⁾. Solo che qui il solidarismo si condisce di una visione accentuatamente mediatrice, forse anche di un calcolo furbastro: i vecchi corpi intermedi, che nell'85 odorano ancora in modo repellente di antico regime, sono riesumati per essere, in parte, avviliti a valvole di sfogo o addirittura a mali minori. Sentimento solidaristico e sentimento di autotutela, dimensione conoscitiva e dimensione ideologica, si mescolano. Per il buon conoscitore di tutto quanto bolle nella pentola italiana di quegli anni la pagina di Polacco evoca con precisione le dispute contemporanee e prossime-future in tema di proprietà collettiva, le ammirevoli costruzioni legislative in seno al Parlamento italiano di Giovanni Zucconi, prima, e di Tom-

stico (cfr. U. RABBENO, *La cooperazione in Inghilterra*, Milano, 1885). Sul Rabbeno e sul movimento cooperativo nell'Italia di quegli anni cfr. R. ZANGHERI, *Nascita e primi sviluppi*, in R. ZANGHERI, G. GALASSO, V. CASTRONOVO, *Storia del movimento cooperativo in Italia — 1886/1986*, Torino, Einaudi, 1987.

⁽¹¹⁸⁾ *La funzione sociale della legislazione civile*, p. 33.

⁽¹¹⁹⁾ È la parafrasi della affermazione di Renan riferita alla nota 115.

⁽¹²⁰⁾ *Ibidem*, p. 34.

⁽¹²¹⁾ Com'è noto, « la nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali » è la intitolazione del libro-manifesto che il giovane civilista siciliano Enrico Cimbali pubblica alla fine dell'84, un libro che è la espressione più matura e più alta della civilistica « eretica » in Italia.

maso Tittoni, poi, dove il problema schiettamente avvertito di una ritrovata giustizia per le comunità espropriate e di un più corretto angolo d'osservazione metodologico si confonde con l'urgenza di inventare una « valvola di sicurezza » — la proprietà collettiva, appunto, riesumata da una remota urna preromana — che valga a dare sfogo al quarto stato e a salvare l'ordine esistente da tante parti minacciato ⁽¹²²⁾.

Correndo su questo filo doppio ma intimamente intrecciato il panorama del mondo del lavoro si popola di « Società di mutuo soccorso », di « libere coalizioni operaie » ⁽¹²³⁾, di « casse cooperative raffeisiane » ⁽¹²⁴⁾, mentre la famiglia, rafforzata, riacquista il suo carattere di autentica società intermedia ⁽¹²⁵⁾. Accanto alla architettura generale del Codice, norma fondamentale dotata in grazia della sua purezza di una irripetibile capacità ordinante, possono ben collocarsi specifici atti legislativi, specifici non solo perché pensati come atti isolati anziché una sorta di sistema alternativo, ma specifici in primo luogo per la specialità degli oggetti che si propongono, perché integrano l'ordinamento positivo senza incrinarne le ossature teoretiche. È l'atteggiamento di fondo che spiega la piena accettazione del progetto di legge che attribuisce la personalità giuridica alle società di mutuo soccorso e il rifiuto di quello concernente la

⁽¹²²⁾ Sulle vicende della « proprietà collettiva » in seno al Parlamento italiano non ci resta che rinviare a una nostra precedente ricerca: « *Un altro modo di possedere* » — *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria*, Milano, Giuffrè, 1977, p. 326 ss.

⁽¹²³⁾ *La funzione sociale della legislazione civile*, p. 34.

⁽¹²⁴⁾ Cooperative rurali di credito note — dal nome del fondatore Friedrich Wilhelm Raiffaisen (1818-1888) — come *Raiffaisenvereine*, diffuse in Germania e trapiantate in Italia da Leone Wollemborg, concittadino di Polacco e suo amico (p. 37). Il Nostro è bene informato sul movimento cooperativo, che aveva nel Veneto un terreno d'elezione, come è informato della più recente libellistica solidaristica (cita l'opuscolo di Domenico BERTI, *Le classi lavoratrici e il Parlamento*, Roma, Voghera, 1885).

⁽¹²⁵⁾ Qui c'è uno slancio intieramente sincero di Polacco, che è un accanito antidivorzista; infatti « rafforzare la famiglia significa resistere alla tendenza dissolvitrice di chi vorrebbe il matrimonio ridotto in tutti gli effetti suoi alla stregua dei semplici contratti », oltre che « ricostruire sopra solide basi la patria potestà troppo oggi esautorata... accrescere nella successione testamentaria il numero dei legittimari... provvedere alla stabilità del focolare domestico, impedendone lo smembramento ad ogni nuova successione » (*ibidem*, pp. 35-36).

responsabilità dei padroni per gli infortuni del lavoro « in quanto contravvenga ai canoni generali del diritto civile e giudiziario con l'invertire l'onere della prova »⁽¹²⁶⁾. Una costellazione di pianeti — per riprendere l'immagine usata da Polacco — che rispettano la centralità di una stella fissa con tutto il suo bagaglio di principi, concetti, schemi ordinanti, profondamente pensati ed eretti in sistema; e uno spazio ben definito — l'unico — assegnato alla loro azione: « la massima funzione sociale odierna della legislazione civile consiste nel dare impulso e forza all'associazione privata »⁽¹²⁷⁾.

La proprietà invece resta terreno interdetto, resta il santo dei santi della ragion civile, ed è giusto — in forza della sua intima valenza costituzionale — che sia il Codice sua norma esclusiva, una norma che i clamori delle piazze, le passioni degli uomini, gli opportunismi delle parti politiche e dei governi lasciano indenne. Polacco, attentissimo alla fucina legislativa, è certamente a conoscenza di quel che accade nell'aula di Montecitorio sulla dialettica fra proprietà individuale e proprietà collettiva nel momento in cui redige la prelezione, ma si guarda bene dal farvi cenno. Le finalità di Zucconi sono, in fondo, le sue, ma non arrivano ad essere così assorbenti da poter penetrare nel sacrario estremo. La rigidità della sua coscienza borghese vince sullo storicismo dell'uomo di buon-senso disposto a mediare su tutto, su quasi tutto. La conquista della liberazione della proprietà non è una conquista storicamente relativa, ma ultima e definitiva: « se, assicurata la libertà civile agli individui, rimane ancora il compito di agevolarne l'associazione, alla proprietà invece resa libera non resta altro ufficio da chiedere alla legislazione civile, la quale non potrebbe infatti che nuovamente asservirla »⁽¹²⁸⁾.

Così si chiude la prelezione lasciandoci un bilancio complesso da analizzare, mostrandoci una confluenza di motivi che rende ricco ma non nitido il messaggio. Su un punto anche il lettore più esigente non può però non darsi d'accordo: essa è lo specchio delle sensibilità e delle chiusure, delle disponibilità e dei timori del giurista italiano che faccia della intelligenza e del buon-senso le armi da usare e

⁽¹²⁶⁾ *Ibidem*, p. 34.

⁽¹²⁷⁾ *Ibidem*, p. 37.

⁽¹²⁸⁾ *Ibidem*, p. 38.

l'armatura con cui proteggersi. Il guaio è che il buonsenso può rivelarsi anche un intralcio alla intelligenza.

5. Questo complesso di disponibilità e timori, di aperture e resistenze continua a contrassegnare il filo della riflessione polacchiana anche negli anni successivi. Si accentuano però le disponibilità e le aperture; e il ricco movimento di fatti e di idee, che rende assai vivo il paesaggio socio-giuridico dell'ultimo decennio del secolo in Italia, ha la sua eco fedele nel pensiero di Polacco, un personaggio che possiede la giovanile virtù di essere spettatore curioso della vita e pertanto il pregio raro di ripensare.

Già nell'87 cominciano ad apparire i suoi « Appunti sulle locazioni », in cui, come sappiamo, si avvia una analisi del *genus* contrattuale *locatio-conductio* che vuol essere senza mezzi termini tentativo di liberarsi dei vecchi schemi romani e di fornire strumenti tecnici adeguati ad ordinare la nuova realtà dei rapporti di lavoro e a cominciare ad affrancarli da condizionamenti tradizionali ⁽¹²⁹⁾.

Ma, nell'89, un accuratissimo e dottissimo esame del primo *Entwurf* del Codice imperiale germanico lo porta a ripetere il suo entusiasmo per il Codice ⁽¹³⁰⁾, per un Codice come regola formale e astratta ⁽¹³¹⁾, per un Codice che sarà — ancora a fine Ottocento, anche in area tedesca — « monumento eretto al genio giuridico romano » ⁽¹³²⁾.

È del '90, poi, una sua vivace polemica con Vincenzo Simoncelli, di cui abbiamo distesamente parlato in altra sede e che riafferriamo qui per il significato che ha nell'itinerario polacchiano ⁽¹³³⁾: il Nostro, che è disponibilissimo a rivedere il tessuto tecnico-giuridico di un singolo contratto onde crearvi un varco per i fatti sociali novissimi (vedi il problema locazione-contratto di lavoro); che è disponibilissimo a registrare all'interno dell'ordina-

⁽¹²⁹⁾ Basti rinviare ai cenni, che abbiamo dato più sopra (cfr. p. 144).

⁽¹³⁰⁾ *Il diritto romano nel progetto di Codice Civile germanico*, p. 3.

⁽¹³¹⁾ « io temo che questo grand'astro della socialità si trovi ancora circonfusa da troppe nebbie, perché possa rendere almeno distinti i contorni delle cose... né quindi si presti ancora a lasciarsi inquadrare nelle linee precise d'un codice, quale criterio direttivo fondamentale » (*ibidem*, p. 25).

⁽¹³²⁾ *Ibidem*, p. 27.

⁽¹³³⁾ Vedine più sopra la citazione precisa.

mento giuridico isolati interventi di legislazione sociale (vedi, fra poco, la sua calda accoglienza della legge sui probiviri), si irrigidisce immediatamente quando vede messe in discussione le fondazioni teoriche di quello, quando non di integrazioni, aggiornamenti, valvole di respirazione verso l'esterno si tratta ma di incrinature che pregiudicano la stabilità dell'edificio. A Simoncelli, che, canonizzando il principio della « potenziale elasticità della legge » e ingigantendo la funzione dell'interprete-applicatore ⁽¹³⁴⁾, compromette la rigidità del principio di legalità e provoca scompiglio sul geloso terreno del sistema delle fonti, Polacco replica duramente richiamando il collega a quello che è « veramente ufficio nostro di civilisti, presentare un'esposizione sistematica del diritto vigente », e a una lettura più umile dell'art. 3 delle preleggi « che pone fra i criteri ermeneutici l'indagine della *intenzione del legislatore* » ⁽¹³⁵⁾; gli sottolinea cioè — della sua ipotesi e proposta — « il lato pericoloso, perché trascendente l'ufficio dell'interprete » ⁽¹³⁶⁾. Di fronte a tanto eversive enunciazioni, lui, così aperto alla dimensione filosofica del diritto e — diciamolo pure — così distante da un esegeta, non ha esitazione nel contrapporre un « corso esclusivamente filosofico sul diritto civile » ⁽¹³⁷⁾ dove le idee simoncelliane possono ben trovare ospitalità a un « corso » strettamente civilistico dove quelle stesse idee sono inammissibili perché aberranti.

Tre anni dopo, nel 1893, la legge sui probiviri, proprio perché intervento specifico e delimitato, ci mostra un Polacco seguire « con amore i progressi della cosiddetta legislazione sociale » e vederla « come uno dei passi più notevoli in questa nuova via aperta al genio giuridico nazionale » ⁽¹³⁸⁾. Secondo la legge 15 giugno 1893, n. 295 possono essere istituiti, nei luoghi dove esistono imprese industriali, dei collegi di probiviri per la conciliazione delle controversie fra imprenditori e operai in relazione all'esercizio delle stesse imprese e

⁽¹³⁴⁾ *Sull'interpretazione della legge e sulle obbligazioni naturali — Cenni critici a proposito di uno scritto del prof. V. Simoncelli*, cit. p. 813.

⁽¹³⁵⁾ *Ibidem*, p. 814.

⁽¹³⁶⁾ *Ibidem*, p. 813.

⁽¹³⁷⁾ *Ibidem*, p. 814.

⁽¹³⁸⁾ *La nuova legge sui probi-viri con particolare riguardo alla capacità giuridica delle donne e dei minori*, cit., p. 721.

in dipendenza dei rapporti di operaio o apprendista, nonché per la definizione in via giudiziaria di controversie di analogo contenuto purché non eccedenti il valore di Lire duecento. Polacco non soltanto non ha alcuna diffidenza verso l'inserimento di un corpo tanto estraneo nell'organismo del diritto positivo italiano, ma vi plaude preconizzando nella empiricissima giurisprudenza dei collegi probivirali una sorta di laboratorio sperimentale dove si elaborerà « il materiale prezioso per una buona legge sui... contratti di lavoro e di tirocinio »⁽¹³⁹⁾, una legge che dovrebbe scaturire non come alata Minerva dalla testa di Giove ma dalla lezione delle cose, dall'esperienza quotidiana, dalla prassi.

Per definire la posizione polacchiana non è privo di interesse rilevare due opposte conclusioni a cui il Nostro perviene, su due innovazioni qualificanti, nel suo commento al testo legislativo: il plauso incondizionato per la affermata capacità della donna di fungere da arbitro e il rifiuto incondizionato della regola sancita nell'art. 34 secondo cui « il minore che abbia compiuto i 15 anni è considerato come maggiorenne per tutte le controversie relative alle locazioni d'opera da lui contratte e contemplate nella presente legge ». Mentre il plauso trae origine dalla sincera disponibilità verso innovazioni che rispettino l'evolversi della coscienza sociale senza mettere in pericolo le strutture del regime positivo, il rifiuto nasce dalla constatata negazione che si viene ad affermare di uno dei principii razionali dell'ordinamento, essendo « la prima volta che una persona incapace di stipulare da sé e per sé un contratto è proclamata tuttavia capace a stare da sé e per sé in giudizio a trattarvi controversie relative al contratto medesimo » e costituendo pertanto « una vera anomalia quella che si contiene nell'art. 34 »⁽¹⁴⁰⁾. Non è la paura del nuovo a portarlo al rifiuto, è la paura di creare inconsapevolmente delle brecce che compromettano la stabilità dell'intero edificio.

Non può essere taciuto, lungo l'itinerario polacchiano, il grosso saggio sulla colpa, che è del '94. La condanna delle sottili distinzioni elaborate da un passato remoto, lo sguardo attento al passo innanzi rappresentato dal Codice civile unitario e ai passi da compiere

⁽¹³⁹⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽¹⁴⁰⁾ *La nuova legge sui probi-viri*, cit., pp. 726-27.

ancora nella futura revisione del Codice stesso, si motivano tutti in « una larghezza di vedute che ci allontani sempre più dalle indagini metafisiche e dal pericolo di ricadere nelle vecchie cabale, per accostarci un po' meglio alla realtà della vita »⁽¹⁴¹⁾. Il sentimento della necessaria storicità delle forme giuridiche è persistente; ed è persistente il timore di quelle metafisiche che al giurista ben piantato nel positivo ma anche ben consapevole della metafisica autentica appaiono come *cabale*; ed è da sottolineare la comparizione di un termine carissimo a Polacco e peculiare al suo vocabolario, su cui non si potrà non tornare.

Non può essere taciuto, infine, nella piena maturazione della riflessione polacchiana, all'incirca nei primi anni del secolo, l'emergere di una condanna severa « della morta gora dell'esegesi »⁽¹⁴²⁾, di qualche accenno di revisione sul tema dei rapporti fra socialismo solidarista e legislazione fino ad arrivare a una considerazione benevola del già aborrito « Codice privato sociale »⁽¹⁴³⁾; e prende campo un atteggiamento di insofferenza rispetto a una legislazione speciale divenuta ormai strumento abusato e — quel ch'è peggio — negativamente subdolo quando consente surrettiziamente l'ingresso nell'ordinamento positivo di principii dall'indubbio valore dirompente⁽¹⁴⁴⁾.

⁽¹⁴¹⁾ *La culpa in concreto nel vigente diritto civile italiano*, cit., p. 30.

⁽¹⁴²⁾ In una commemorazione di Emanuele Gianturco, del 1907, il merito che egli rivendica allo stesso Gianturco e alla civilistica neoterica italiana degli anni Ottanta è proprio quello di avere contribuito « a trar fuori il Diritto civile dalla morta gora della esegesi » (*In memoria di Emanuele Gianturco*, ora in *Opere minori*, Parte II, Fasc. I, cit., p. 52).

⁽¹⁴³⁾ « pur non accogliendo il verbo socialista — confessa in un saggio del 1903 — non si può disconoscere com'esso abbia giovato e giovì quale potente propulsore nella gran macchina sociale e particolarmente nella legislazione, per far sì che si attuino umanitarie riforme. (*La « Filosofia del diritto » di Vincenzo Lilla*, cit., p. 226). Nella commemorazione di Gianturco all'Istituto Veneto, che è di quattro anni dopo, il civilista napoletano è qualificato « così felice nel saper piegare alle esigenze sociali il rigore del diritto civile ». E più sotto, riferendosi alla famosa prolusione gianturchiana del '91 su « l'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale », esce in queste frasi, che la consueta sincerità di Polacco ci impedisce di cogliere come ipocrite dichiarazioni apologetiche: « che severa condanna di un diritto contrattuale affatto individualistico, che sacrifica al dottrinarismo la realtà palpitante e dolorosa! Come ardente l'anelito a trasformare [sono sue parole] in Codici di diritto privato sociale i Codici di mero diritto privato! ». (*In memoria di Emanuele Gianturco*, p. 64).

⁽¹⁴⁴⁾ È il lamento che egli eleva nella nota su *Il progetto di legge sull'emigrazione e*

6. Al fondo di questo itinerario riflessivo si colloca un saggio che non merita di essere confuso nel fascio dei molti altri, perché rappresenta una sosta nello svolgimento del pensiero di Vittorio Polacco, sosta senza velami e artifici, che si propone al tempo stesso quale bilancio e progetto, situata com'è in una sorta di spartiacque fra passato e futuro, fra le certezze incriniate del diritto di ieri e le speranze e i timori che segnano il diritto di domani. Sosta in cui il pensoso viandante si arresta per contemplare a ritroso il cammino fatto attraverso un accidentato terreno e per trovare le forze a procedere oltre in un terreno che sente con qualche disagio nuovo e insicuro.

È questo il messaggio inespresso del discorso che il 24 maggio 1908 Polacco pronuncia nell'adunanza solenne dell'Istituto Veneto, dandogli un titolo che vuol essere il primo segnale del suo ripensare, del suo interrogarsi in un momento percepito con precisione come autentico crocevia storico per il giurista liberale intimamente plagiato dalle mitologie dell'assolutismo giuridico: « le cabale del mondo legale ».

Ma che c'è di tanto nuovo per il giurista in quel 1908, che potrebbe sembrarci appartenere ancora, in Italia, « agli ultimi momenti della vecchia storia » — solida, quieta, immutabile — , come nota Capograssi in una celebre pagina dedicata a descrivere i suoi anni universitari ⁽¹⁴⁵⁾? Per tentare di capirlo partiamo pure dal titolo. Di cabale Polacco ha parlato recentemente più di una volta (lo abbiamo or ora visto) con riferimento al mondo del diritto e ha, con questo termine intrinsecamente spregiativo, inteso bollare le sottigliezze talmudiche, gli scolasticismi, gli artificiosi equilibrismi, le prefabbricate oscurità di un ceto di giuristi (soprattutto di dottori) negativamente valutato perché còlto ad arruffare le carte e le regole del gioco e mantener così l'esclusività del potere. È importante sottolineare che ora, nel 1908, il termine cabale viene riferito anche alla legge e al legislatore; anche queste due entità venerate ed

l'art. 11, 1° comma, n. 3 del Codice civile, in Atti del R. Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti, a.a. 1900/1901, t. LX — P. II.

⁽¹⁴⁵⁾ G. CAPOGRASSI, *Il problema di V.E. Orlando*, ora in *Opere*, V, Milano, Giuffrè, 1959, p. 359 (« correvano gli anni dodici e tredici. Stavamo agli ultimi momenti della vecchia storia »).

intoccabili vengono coinvolte sul banco degli accusati ed analizzate con spregiudicata disinvoltura. C'è un mutamento palese nella psicologia dell'autore, e ci sono — dietro — fatti rilevanti che premono sulla coscienza di chi, come Polacco, fa della attenzione e disponibilità al divenire delle cose una divisa metodologica (sofferta, magari, ma sentita).

Si impone una prima constatazione: nel 1908 il sistema legislativo civilistico è sempre più dominato da una malattia inguaribile, la profluvie di leggi speciali, che stanno sostanzialmente espropriando il Codice con integrazioni e novazioni, alterando e confondendo il sistema; la stella fissa — per riprendere ancora una volta l'immagine polacchiana dell'85 — è soffocata da una sempre più soffocante stratificazione di minuscoli ma non innocui pianeti. Quanto appariva, ventitre anni prima, come una conseguenza inevitabile della « transizione » e anche come un provvido rimedio, è diventato un andazzo patologico.

Si impone anche una seconda constatazione: la data del discorso non è casuale. Il 1908 è infatti un anno di coincidenze significative. Raffaele Majetti, un colto e battagliero giudice del Tribunale di Campobasso⁽¹⁴⁶⁾, quello stesso che nel 1901 aveva tradotto la

⁽¹⁴⁶⁾ Raffaele MAJETTI (Napoli 1860-Roma 1930), laureato in Giurisprudenza all'Università di Napoli, magistrato dall'86, dopo aver peregrinato in diversi uffici pretorili, è nominato giudice al Tribunale di Campobasso dal 1900; trasferito a Roma nel novembre del 1907, fu quasi subito Presidente della sezione minorile del Tribunale, occupandosi poi fino alla morte dei problemi della delinquenza minorile e della assistenza ai minori. Dopo essersi assai legato, per affinità culturali e professionali, al suo collega francese Paul Magnaud (delle cui sentenze si fa traduttore e annotatore: cfr. la nota seguente; e di cui scrive in termini entusiastici: cfr. R. MAJETTI, *Le phénomène Magnaud*, in *Revue socialiste* del 15 giugno 1903), intesse vincoli con Joseph Kohler e soprattutto con Hermann Kantorowicz, dei quali sarà traduttore e divulgatore (cfr. G. KOHLER, *Il diritto penale cinese — Contributo alla storia universale del diritto penale*, Campobasso, tip. Degaglia e Nebbia, 1907; per la traduzione di Kantorowicz cfr. alla nota 149). Di Majetti è interessante: *L'opera di Enrico Cimbali nella riforma del diritto privato* — Discorso tenuto il 30 giugno 1912 al « Circolo giuridico » di Roma nel XXV anniversario della sua morte, Torino, Utet, 1912. Su di lui esiste un volume del figlio, Michele MAJETTI, *La delinquenza dei minorenni ed « il buon giudice italiano » — Vita — Scritti — Opere — Lineamenti di pedagogia emendativa*, Roma, tip. della Camera dei Dep., 1932, non molto ricco di dati biografici e invece pesantemente agiografico.

raccolta di sentenze del « bon juge Magnaud »⁽¹⁴⁷⁾, traduce in italiano il programma più maturo e più lucido del giusliberismo, « Der Kampf um die Rechtswissenschaft », pubblicato appena due anni prima dallo storico tedesco del diritto Hermann Kantorowicz⁽¹⁴⁸⁾, traduce e munisce di una ampia introduzione che è un palese tentativo di propagandare e diffondere il nuovo verbo anche in Italia⁽¹⁴⁹⁾. Sempre nello stesso anno, già un misurato richiamo condito di disponibilità ma soprattutto di gravi perplessità, prima ancora che uscisse la traduzione di Majetti, l'aveva lanciato, il 14 gennaio, nella prolusione con la quale saliva la cattedra palermitana di Diritto civile, Leonardo Coviello, scegliendo di parlare « De' moderni metodi d'interpretazione della legge » e dedicandosi interamente a discutere dei nuovi movimenti affiorati in Francia, in

⁽¹⁴⁷⁾ *Le sentenze del presidente Magnaud riunite e commentate da E. Leyret*, trad. da R. Majetti, S. Maria Capua Vetere, Cavolta, 1901 (un'altra traduzione — assai ridotta e con funzione divulgativa nell'ambito di una propaganda chiaramente socialista — appare in questo stesso anno: P. MAGNAUD, *Il « buon giudice » e il diritto alla vita: sentenze e scritti*, trad. di Garzia-Cassola, Firenze, Nerbini, 1901). Paul Magnaud (1848-1926), il « Président Magnaud », il « bon juge Magnaud », Presidente del Tribunale di Chateau-Thierry dal 1887 al 1906, data della sua elezione a deputato, è il magistrato che più incarna — a fine Ottocento — la figura del giudice d'equità, dell'interprete disinvolto della legge per supreme ragioni equitative. Le sue sentenze ebbero l'onore di essere subito raccolte in delle sorta di breviarii come accadeva un tempo per alcuni insigni Presidenti di Parlamenti francesi dell'antico regime: P. MAGNAUD, *Les Jugements du Président Magnaud*, Réunis et commentés par H. Leyret, Paris, Stock, 1900 (donde la traduzione del Majetti); H. LEYRET, *Les Nouveaux Jugements du Président Magnaud*, Paris, Schleicher, 1903. Per una interpretazione meno banalizzante dell'opera giudiziale di Paul Magnaud, cfr. R. WEYL-M. PICARD WEYL, *Socialisme et justice dans la France de 1895: le « bon juge Magnaud »*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3/4 (1974/75) — *Il « socialismo giuridico » — Ipotesi e letture*, p. 367 ss.

⁽¹⁴⁸⁾ Com'è notissimo, sotto lo pseudonimo di Gneo Flavio: GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Winter, 1906.

⁽¹⁴⁹⁾ H.U. KANTOROWICZ (GNAEUS FLAVIUS), *La lotta per la scienza del diritto*, Milano, Sandron, 1908; la prefazione è datata: agosto 1907 (recentissimamente, per iniziativa intelligente di Pietro Rescigno, il volume curato dal Majetti è stato opportunamente ristampato (Bologna, Forni, 1988) e munito di una attenta e documentata introduzione alla lettura da parte di Federico Roselli). Il 15 febbraio 1908 lo stesso Majetti tiene una seguita conferenza presso il « Circolo giuridico » di Roma su « Il diritto libero ed un moderno Gneo Flavio » (cfr. M. MAJETTI, *La delinquenza minorile ed « il buon giudice italiano »*, cit., p. 40).

Germania e in Austria⁽¹⁵⁰⁾. Coviello dava corpo alle perplessità riferendosi espressamente e dettagliatamente al volume di François Geny del '99⁽¹⁵¹⁾ « un'opera veramente ponderosa, che sollevò gran rumore anche altrove »⁽¹⁵²⁾, e al sostanziale assenso di Saleilles⁽¹⁵³⁾, allo « importante opuscolo »⁽¹⁵⁴⁾ di Ehrlich⁽¹⁵⁵⁾ « alla sintesi ed al programma radicale della nuova scuola » contenuti nel libello di Kantorowicz⁽¹⁵⁶⁾ alle buone accoglienze — se non addirittura entusiastiche — date in Italia dal Vadalà-Papale⁽¹⁵⁷⁾ e da Matteo Galdi⁽¹⁵⁸⁾.

⁽¹⁵⁰⁾ Vedila pubblicata in *La Corte d'Appello*, IV (1908), p. I ss. Coviello, che fa espresso riferimento al libello di Kantorowicz, annota che « durante la stampa del presente discorso è stata pubblicata la traduzione italiana a cura di R. Majetti » (p. 2, nota 3). Leonardo Coviello (1869-1939) insegnò Diritto civile nelle Università di Messina e di Palermo, indi dal 1919 in quella di Napoli.

⁽¹⁵¹⁾ E cioè alla prima edizione del classico *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif-Essai critique*, Paris, Chevalier-Marescq, 1899 (ne uscirà una seconda edizione nel 1919).

⁽¹⁵²⁾ L. COVIELLO, *De' moderni metodi d'interpretazione della legge*, cit., p. 2.

⁽¹⁵³⁾ Anche se con qualche riserva, ma con la ferma coscienza che « ce livre de Geny est avant tout une oeuvre de franchise ». Di Raymond Saleilles, cfr. il *préface* alla prima edizione di *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (da cui è tratta la citazione) e la relazione *Méthode historique et codification*, in *Atti del Congresso Internazionale di Scienze Storiche* (Roma, 1-9 aprile 1903) — vol. IX, Roma, tip. Accad. dei Lincei, 1904, p. 3 ss. (relazione citata dallo stesso Coviello).

⁽¹⁵⁴⁾ L. COVIELLO, *loc. ult. cit.*

⁽¹⁵⁵⁾ E. EHRLICH, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1903 rist. (insieme a *Soziologie und Jurisprudenz*, Czernowitz, 1906), Aalen, Scientia, 1973).

⁽¹⁵⁶⁾ L. COVIELLO, *loc. ult. cit.*

⁽¹⁵⁷⁾ G. VADALÀ — PAPALE, *Dei metodi d'interpretazione giuridica per il novello indirizzo degli studi di diritto privato*, in *Atti del V Congresso Nazionale Giuridico-forense*, Palermo, tip. Borravecchia, 1903 — vol. I, p. 107. Su questa singolare figura di filosofo del diritto-civilista, tanto immerso nelle dispute culturali che investono — dagli anni Ottanta — la scienza giuridica italiana, cfr. GROSSI, « *La scienza del diritto privato* », cit., *passim*.

⁽¹⁵⁸⁾ Di Matteo Galdi, un modesto civilista di scuola napoletana, che, come libero docente, ha tenuto per tanti anni dei corsi di Diritto civile nell'Ateneo di Napoli, conosciuto soprattutto per molte opere a carattere tecnico-pratico diffusissime nel fóro, Coviello cita la prolusione al corso pareggiato di Diritto civile letta a Napoli il 15 novembre 1906 (*La riforma della legislazione del diritto privato, e la scuola del diritto libero*, in *Rivista giuridica e sociale*, III (1906), p. 481 ss., e autonomamente: Napoli, tip. Priore, 1906) e il successivo saggio *La scuola del diritto libero*, in *Rivista giuridica e sociale*, IV (1907), p. 145 ss., e autonomamente: Napoli, tip. Priore, 1907.

Il 1908, è, insomma, il momento in cui non si può non uscire allo scoperto da parte di un personaggio — come Polacco — sensibilissimo al problema delle fonti e informatissimo della pubblicistica giuridica a livello europeo: la traduzione di Majetti e la prolusione covielliana vengono probabilmente a convalidare⁽¹⁵⁹⁾ una determinazione già presa, giacché « il tema è... di tale attualità, che di continuo compaiono nuovi scritti sull'argomento »⁽¹⁶⁰⁾. Il discorso all'Istituto Veneto ha il pregio, rispetto — per esempio — al testo di Coviello, di non esaminare isolatamente le proposizioni del giusliberismo per aderirvi o per combatterle, ma di osservarle come il segno di una crisi che investe l'intero ordinamento giuridico nel suo più intimo meccanismo di produzione e di adeguamento, e pertanto con uno sguardo che, per esser più vasto, si munisce di un grado più elevato di problematizzazione e di comprensione. Crisi della legiferazione come strumento normale — se non essenziale — di produzione giuridica e crisi dei criteri ermeneutici tradizionali alla cultura dello Stato borghese di diritto sono posti in strettissimo contatto, quasi in posizione di interdipendenza, e il respiro del civilista è piuttosto quello di una autointerrogazione senza riserve alla luce di tanti e sconcertanti fatti anziché una scelta tramutantesi subito in una condanna o in una apologia.

La diagnosi sul sistema legislativo civilistico è impietosa: è caduta « la illusione di un diritto semplice »⁽¹⁶¹⁾ « la legislazione si è fatta pletorica »⁽¹⁶²⁾, « un arruffo di norme »⁽¹⁶³⁾ che « specie in questi ultimi tempi, sono state progettate discusse e formulate » in un « modo affrettato, incoerente e irrazionale »⁽¹⁶⁴⁾, e, per di più,

⁽¹⁵⁹⁾ Polacco stesso ha cura di informare circa la prolusione di Coviello: « pervenutami quando io mi disponeva a leggere il presente discorso » (*Le cabale del mondo legale*, p. 59, nota 4).

⁽¹⁶⁰⁾ *Le cabale del mondo legale*, p. 57, nota 3.

⁽¹⁶¹⁾ *Ibidem*, p. 42.

⁽¹⁶²⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽¹⁶³⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽¹⁶⁴⁾ *Le cabale del mondo legale*, p. 50. Le aggettivazioni, « il crescendo di epiteti », sono presi di sana pianta dal saggio di un collega patavino di Polacco, l'amministrativista Federico Cammeo che dal 1905 insegnava nella Facoltà giuridica di Padova la « Procedura civile ». Il saggio, cui Polacco fa espresso riferimento (cfr. nota 3), è: *L'interpretazione autentica*, in *Giurisprudenza italiana*, LIX (1907).

« il malvezzo, purtroppo frequente, di far penetrare di sbieco in leggi di portata apparentemente secondaria e locale emendamenti ed aggiunte che hanno ripercussione in ampie zone del diritto », « quelle cosiddette leggine, che si votano a vapore quando la canicola infuria »⁽¹⁶⁵⁾. « Ben vengano le leggi speciali » « ma dove effettivamente lo esigano i rapporti di vita reale »⁽¹⁶⁶⁾, e soprattutto senza far sorgere « un sistema così tumultuario di innovazioni e di rabberciature »⁽¹⁶⁷⁾. Il florilegio polacchiano, volutamente abbondante, segnala lo sgomento del civilista ma anche la sua ferma rinuncia a ogni edulcorazione, a ogni occultamento. Il legislatore ha tradito la fiducia degli operatori, e questo va detto senza complimenti; il lettore illuminato della natura delle cose e l'interprete oggettivo della pubblica felicità viene trascinato giù dal suo trono illuministico per essere valutato e giudicato.

È rilevante che ciò non avvenga « per accademica idolatria di un classicismo architettonico, non per un ideale di euritmia », non per motivazioni « estetiche »⁽¹⁶⁸⁾, bensì per due ragioni assai più sostanziali e sostanziose riducibili a quelle « creazioni arbitrarie » e a quei « detriti storici » cui abbiám fatto cenno parlando più sopra delle costanti del pensiero polacchiano⁽¹⁶⁹⁾: le prime portano a uno snaturamento della *regula iuris*⁽¹⁷⁰⁾, a una sua eccessiva particolarizzazione, a una sua riduzione a « cabala » negativa; i secondi a una morte per inanizione, almeno sul piano dell'effettività, della stessa *regula*. Con una universale conseguenza pesantissima a livello di psicologia collettiva, pesantissima anche su quella dimensione post-illuministica che è una delle venature non smentibili dell'animo di Polacco: « la legge guardata in generale non più con affetto ma con sospetto », « generalmente scemato, come il principio di autorità, così il rispetto della legge »⁽¹⁷¹⁾.

⁽¹⁶⁵⁾ *Ibidem*, p. 51.

⁽¹⁶⁶⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽¹⁶⁷⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽¹⁶⁸⁾ È Polacco stesso a parlare di « esteti del diritto », fra i quali non si ascrive (*loc. ult. cit.*).

⁽¹⁶⁹⁾ *Le cabale del mondo legale*, p. 46.

⁽¹⁷⁰⁾ « il capriccio, o l'inesperienza o la fretta portano sovente il legislatore a denaturare la *regula iuris* » (*ibidem*, p. 47).

⁽¹⁷¹⁾ *Ibidem*, p. 42.

È scritto — quest'ultimo rilievo — in esordio del saggio, ed è il primo e il più grave dei torti che il giurista contesta al potere legislativo dello Stato liberale, perché è il crollo del consenso, è la frattura fra Stato e società civile che si viene a produrre in modo forse irreparabile. E affiora lo spettro del *déclin du droit*, un costo troppo grosso. L'inventario dei « detriti storici » investe in pieno anche il prediletto « Codice civile » tutto imperniato su una enfaticizzazione stantia della proprietà fondiaria e su una miope indifferenza verso la crescente e invadente ricchezza mobiliare⁽¹⁷²⁾; il civilista maturo, che, ai suoi verd'anni, nell'ormai lontano 1884, aveva collocato la natura e funzione giuridica del danaro al centro del suo « corso » istituzionale⁽¹⁷³⁾, vi si ribella.

Quindi, non più « feticismo della legge », perché sarebbe ormai inammissibile. Forse « feticismo per la dottrina giuridica e per la libertà del giudice, soverchianti, se occorre, la legge scritta »⁽¹⁷⁴⁾, come nel 1908 si conclama da molte parti quale nuovo verbo della scienza nova? Polacco, intellettualmente sempre curioso, conosce assai bene quel verbo, e lo provano le molte citazioni di Kantorowicz, di Bülow, di Wurzel, di Bozi, di Zitelmann che costellano le note⁽¹⁷⁵⁾. È una familiarità vecchia con questo filone di

(172) « a ritroso dei tempi, in tanto fiorire ed espandersi della ricchezza mobiliare, il Codice civile persiste a circondare di cure particolari e persino ingombranti la proprietà fondiaria » (*ibidem*, p. 47). È notevole il plauso per le proposte che, in seno alla discussione parlamentare sui patti agrari, « un deputato assai colto di parte estrema », il socialista Leonida Bissolati, fa in tema di enfiteusi, di demani comunali, di diritto corporativo, proposte esorbitanti i vecchi schemi della tradizione romanistico-civilistica. Dice Polacco: « se proprio non ci sia verso di alligare bisogni che incalzano entro il casellario tradizionale, non si arresti il legislatore per questo, ma proceda animoso nella costruzione di schemi giuridici nuovi » (*ibidem*, p. 48). Frase che il Nostro, nell'85, non avrebbe pronunciato.

(173) Cfr. più sopra, a p. 152.

(174) *Le cabale del mondo legale*, p. 43.

(175) Su questi personaggi, sulle loro affinità e diversità basti rinviare a L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967, opera utile e per molti versi chiarificatrice ma che tuttavia si palesa assai carente, da un punto di vista rigorosamente storico-giuridico, nell'analisi della genesi e dell'articolazione del complesso movimento giusliberista in Europa (un condizionamento scaturisce anche dall'aver ristretto lo sguardo alla situazione tedesca, anche se è indubbio che è lì la fioritura più ampia e matura di posizioni giusliberistiche).

pensiero fin dal tempo in cui polemizzava con Simoncelli e dimostrava di aver letto attentamente le pagine di Kohler, un antesignano del giusliberismo, e di averle ammirate pur nella registrazione di un cospicuo dissenso di fondo⁽¹⁷⁶⁾. Ma non ci si attenda oggi una palingenesi, una inversione di rotta. Oggi, 1908, c'è uno scoppio e una diffusione della nuova corrente a tal punto che sarebbe sterile e dannoso ignorarla; tanto più che questa diffusione è concomitante alla sempre più diffusa coscienza degli arbitrii e delle incapacità del legislatore. Oggi si può e si deve analizzare con disponibilità, tentare una comprensione, partendo dal presupposto del crollo di due illusioni, quella di poter risolvere tutto per legge quasi che l'opera del legislatore avesse qualcosa di taumaturgico, quella di poter ridurre l'incredibilmente complicato ordine giuridico della società moderna « in poche formule, generali e duttili, pur rimanendo sobrie e precise »⁽¹⁷⁷⁾.

Il saggio polacco del '908 è l'esame di coscienza di un uomo dotato di straordinaria probità intellettuale e quindi anche di straordinaria sincerità, che parla e scrive nel momento in cui quel crollo ha creato un vuoto psicologico e, insieme, un cumulo di incertezze, e, insieme, l'esigenza di imboccare strade nuove. La diffidenza del vecchio giurista venato di illuministica legolatria verso « questa cosiddetta scuola libera del diritto »⁽¹⁷⁸⁾ permane, solo che ora non la si respinge in blocco come uno scandalo o la si condanna come un'eresia; si tenta di capirla magari per esorcizzarla almeno nelle sue manifestazioni estreme e nei suoi pericolosi entusiasmi acritici, quelli per esempio del buon giudice Majetti troppo innamorato del « Président Magnaud » e dei suoi giudicati d'equità⁽¹⁷⁹⁾.

La proposta che ne esce è all'insegna della mediazione, com'è nello stile di Polacco. Certamente, nel lettore ammirato di Montesquieu, di Diderot, di Muratori, nell'oppositore accanito delle vecchie cabale della *interpretatio prudentium*, le soluzioni giusliberisti-

⁽¹⁷⁶⁾ « il Kohler, il quale sviluppò questo principio, che può dirsi della potenziale elasticità della legge, con una diffusione ed una precisione, per quanto so io, insuperate » (*Sulla interpretazione della legge e sulle obbligazioni naturali*, cit., p. 813).

⁽¹⁷⁷⁾ *Le cabale del mondo legale*, p. 65.

⁽¹⁷⁸⁾ *Ibidem*, p. 58.

⁽¹⁷⁹⁾ Vedi (*loc. ult. cit.*) il preciso riferimento a certe affermazioni del Majetti.

che non riescono a far breccia nella iconoclastia del loro genuino messaggio; anacronistica è l'evocazione del pretore romano e insoddisfacente l'affidamento a un giudice che è troppo condizionato dal particolare e che corre costantemente il rischio di non riuscire a immettere quel particolare nel tessuto generale dell'ordinamento. Anche per la realizzazione degli stessi ideali solidaristici portati innanzi dal movimento inadeguata si presenta l'opera del giudice, mentre riforme « sancite per legge, avrebbero una efficacia universale »⁽¹⁸⁰⁾. L'osservatorio di Polacco, che è ben collocato al di dentro dello Stato borghese di diritto, non gli consente l'elementare rilievo auto-critico che egli stava commettendo una imperdonabile idealizzazione e che la legge, di cui si vantava l'universalità, era pur sempre l'espressione del potere e della classe detentrica di esso, come mostravano la storia giuridica recentissima — quella che lo stesso Polacco aveva vissuto con partecipazione — e le sue conquiste sociali tutte estorte, tutte combattute, tutte concesse a malincuore. Il discorrere sempre per modelli e su modelli, che è il tipico atteggiamento della ragione giuridica borghese, continua a comprimere le aperture storicistiche del patavino e a condizionare l'approccio col verbo giusliberistico.

In quel 1908, che vede il dilagare di questo anche in Italia e vede lo stesso giurista costretto a redigere il mesto inventario delle miserie del legislatore italiano, la proposta mediatrice di Polacco è di lasciare intatto il sistema moderno delle fonti inteso come baluardo e conquista dell'età ultima ma di sforzarlo quel tanto che basta senza infrangerlo per consentire l'apertura di qualche finestra sull'esterno. In altre parole si trattava di consentire un minimo di pluralismo ma solo entro la legge o, per utilizzare la frase famosa di Jhering a proposito del diritto romano, di andare oltre la legge ma per il solo tramite della legge.

Le direzioni sono due: utilizzare più spregiudicatamente « quei canoni generali di ermeneutica che stanno, *lex legum*, sul vestibolo del Codice civile » e puntare di più sulle clausole generali, su quegli « organi che vorrei dire respiratori » che sono « nel corpo delle

⁽¹⁸⁰⁾ *Le cabale del mondo legale*, p. 59.

patrie leggi »⁽¹⁸¹⁾. In tutti e due i casi concedendo uno spazio assai più ampio e una funzione decisamente attiva al giudice.

Relegata in nota — e questo è significativo perché attesta il pudore, quasi il rossore, con cui il giurista tocca certi tasti e parla di certe cose — ecco una affermazione oltremodo rilevante: « essi [Polacco nel testo ha parlato appunto dei canoni ermeneutici delle preleggi] in verità non mi sembra si oppongano allo sviluppo di quei germi che in un dato testo di legge stanno racchiusi e sbocciano, per così dire, al contatto e in rispondenza a circostanze e bisogni nuovi della vita reale. L'*intenzione* del legislatore si ha a credere infatti che investe anche tali circostanze e bisogni ch'egli per verità non poté avere immediatamente sott'occhio, semprché si tratti appunto non di deviazione da quel testo di legge, ma di progressiva sua esplicazione: proprio come nel seme del generante sta non solo il figlio immediato, ma tutta la successiva discendenza »⁽¹⁸²⁾.

Qui rispetto alle credenze degli anni Ottanta si è fatto un grosso passo innanzi o — se si preferisce — si è modificato sensibilmente la dirittura della linea di discorso. Al di là della salvaguardia « che si tratti appunto non di deviazione da quel testo di legge » (un modo ipocrita di salvarsi l'anima, e che sia ipocrita lo dimostra l'esempio efficace del generante e della catena successiva dei generati), la nozione che vi si offre della intenzione del legislatore *ex art. 3 disp. prel.* è più vicina a quella kohleriana della potenziale elasticità della legge (già respinta nella polemica del '90 con Simoncelli) che non a quella rigorista dallo stesso Polacco propugnata nella stessa polemica.

Lì la conclusione, pur con qualche inefficace ammissione⁽¹⁸³⁾, poggiava sulla impossibilità per il cultore del diritto positivo italiano di « porre da un canto le idee filosofiche, siano pure antiquate, ch'ebbe il nomoteta »⁽¹⁸⁴⁾, qui, a proposito del patrimonio di idee del legislatore, più che di quello presente nel *dies legis* e

⁽¹⁸¹⁾ *Ibidem*, p. 60.

⁽¹⁸²⁾ *Ibidem*, p. 60, nota I.

⁽¹⁸³⁾ *Sull'interpretazione della legge e sulle obbligazioni naturali*, p. 814, col. prima, in principio, dove, con frase più permissiva, sembra che « si adatti pure la legge, fino al punto in cui il testo lo consenta, ai nuovi bisogni e alla corrente nuova di idee »; frase smentita subito dopo.

⁽¹⁸⁴⁾ *Ibidem*, p. 814, col. prima, in calce.

inserito nella legge, si parla — con linguaggio che ricorda proprio il lessico tipico di Kohler — di « progressiva sua esplicazione », di una legge che è un contenitore aperto e disponibile a riempirsi di fatti nuovi, a subire i fatti nuovi; ed assume rilevanza, come nella concezione kohleriana, la vita della legge nello spazio e nel tempo, come assume rilevanza la catena ininterrotta delle generazioni rispetto al seme del primo generante, ad esso legate da un vincolo sempre più tenue man mano che ci si distanzia dall'atto iniziale della generazione prima. L'immaginario Polacco, così proclive a colorire di buona retorica la sua pagina tecnica, si confessa nel confezionamento della immagine: il disegno dice ciò che non dicono le parole, o lo dice più efficacemente.

Sono, queste, significative ammissioni di un non-giusliberista che ha assorbito non poco, forse più inconsciamente che consciamente, da quanto circola nell'aria dei primi anni del Novecento. Lo schermo della legge resta, ed è schermo necessario anche se non più impenetrabile; la legge appare qui più come un filtro ordinante che come una fonte esclusiva. Analoga conclusione si deve trarre dall'altra direzione segnalata da Polacco, quella delle cosiddette « clausole generali » che costituiscono « nel corpo delle patrie leggi degli organi che vorrei dire respiratori perché gli consentono di alimentarsi di sempre nuovo ossigeno, sì che si adattano con sufficiente elasticità e rapidità di ricambio al variare dell'atmosfera che lo circonda »⁽¹⁸⁵⁾; ossia i riferimenti al buon costume, all'ordine pubblico, alla buona fede, e via dicendo. Finestre aperte sul divenire sociale e strumenti adeguati in mano al magistrato per « sviluppare » il diritto vigente senza « calpestarlo »⁽¹⁸⁶⁾.

Due sono per Polacco, giurista aggiornato che vuol vivere con sintonia il proprio tempo, gli spettri da rimuovere: il riscicchiamento di forme legislative sempre più separate dalla realtà; il grossolano calpestio della legge scritta come è accaduto per taluno di quei singolarissimi organi giurisdizionali che sono, in Italia, dopo la legge del '93, i collegi probivirali⁽¹⁸⁷⁾. Una via mediana da percorrere può

(185) *Le cabale del mondo legale*, p. 60.

(186) Il contrappunto dei due verbi è usato precisamente da Polacco (*ibidem*, p. 61, nota I).

(187) Talvolta « i nostri collegi probivirali esercitarono un ufficio pretorio nel senso

essere rappresentata da quegli inserimenti di dati morali, sociali, di mero costume che il legislatore stesso provvede a compiere; Polacco cita l'art. 1124 Cod. civ. ⁽¹⁸⁸⁾, ma pensa anche — lui, conoscitore provetto del BGB sin dai tempi del primo *Entwurf* — ai « königliche Paragraphen » 157 e 242 sulla buona fede ⁽¹⁸⁹⁾.

Notabile il linguaggio polacchiano: « organi respiratori ». Il giurista non cita una fonte precisa, ma questa è chiaramente individuabile in quei *Ventilbegriffe* che sono un termine tipico coniato da un giusliberista conosciuto assai bene ed utilizzato da Polacco, il giurista austriaco Karl Georg Wurzel ⁽¹⁹⁰⁾ e che diventano un *topos* circolante in tutta la letteratura del movimento; un linguaggio che è larvato tributo alla « cosiddetta scuola libera del diritto ». Anche il concreto risultato è avvicinamento ad essa, giacché è proprio per il tramite di siffatti organi respiratori che si consegue « una sufficiente latitudine per un'azione del magistrato socialmente benefica » ⁽¹⁹¹⁾. Tutto deve però passare attraverso il filtro della legge per essere accettabile; si potrà anche concepire un giudice munito di una determinata sfera di libertà e non soltanto come soggetto sillogizzante; si potrà anche arrivare alla amara e psicologicamente assai costosa diagnosi che gli attuali rigorosissimi freni legalistici alla sua azione possano e debbano essere rivisti, e possano e debbano essere rivisti e mutati i tradizionali canoni ermeneutici « dato che quelli in vigore rivelino la loro impotenza » ⁽¹⁹²⁾, ma tutto dovrà essere

romano, calpestando e non semplicemente sviluppando norme di diritto vigente, il che è sempre male » (*loc. ult. cit.*).

⁽¹⁸⁸⁾ « quel precetto del Codice che, nella deficiente disciplina del contratto di lavoro, fu come il germe di tutta una lussureggiante fioritura di massime ad opera dei proibiviri, il precetto cioè che debbano i contratti eseguirsi di buona fede ed obblighino, oltre a quanto vi è espresso, alle conseguenze che ne derivano secondo l'uso e l'equità » (*ibidem*, pp. 6061).

⁽¹⁸⁹⁾ Cfr. sul punto D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1970, *passim* ma soprattutto p. 195 ss.

⁽¹⁹⁰⁾ K.G. WURZEL, *Das juristische Denken. Studie*, Wien, Perles, 1904 (Oesterreich. Zentralblätte für die juristische Praxis, XII Jahrg.) pp. 83-93 (una seconda edizione dell'opera è stampata a Vienna venti anni dopo). Secondo la testimonianza retrospettiva di Hermann Kantorowicz, Wurzel è da ascrivere — insieme a Ehrlich e a Steinbach — tra i fondatori austriaci del movimento già nel 1902 (cfr. H. KANTOROWICZ, *Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre*, Mannheim, Bensheimer, 1925, p. 4).

⁽¹⁹¹⁾ *Le cabale del mondo legale*, p. 61.

⁽¹⁹²⁾ *Ibidem*, p. 62.

instaurato mediante la legge « sì che nulla vi possa il capriccio dei singoli » e non si cada nell'anarchia « sperduti senza guida nel pulviscolo dei casi singoli »⁽¹⁹³⁾.

La legge, ovviamente, non perde il carattere di insostituibile strumento ordinante, l'unico in grado di garantire una « guida » che superi il particolare grazie alla sua capacità di percepire i valori universali della società, ma è già molto che si ipotizzi una possibile impotenza della imperante dommatica ermeneutica e si offra dello stato presente del sistema delle fonti un quadro affatto demistificato, forse addirittura impietoso. Agli occhi di Polacco, il « bon juge Magnaud », così immerso nella dimensione episodica dell'equità e della giustizia spicciola, resta un nemico da combattere, ma un animo nuovo sembra leggere diversamente l'art. 3 delle preleggi, mentre occhi rinnovati cercano aperture in un sistema legislativo ora avvertito come troppo angusto e chiuso.

I segni dei tempi gremiscono il discorso di Polacco e ne fanno un saggio indimenticabile, anche se troppo dimenticato, nel paesaggio fortunatamente non sterile della riflessione civilistica italiana del primo Novecento; un saggio non dimenticabile perché inquieto, tormentato, venato di perplessità, collocato sul terreno labile della mutazione. *Inquietum est cor nostrum*: la confessione di Agostino si addice a questo giurista di cinquant'anni, certamente non apostata ma certamente segnato dalla insoddisfazione, che prende lo spunto da un discorso *extra moenia* (in una generica sede accademica, l'Istituto veneto, e con un pubblico prevalente di non-giuristi) per inseguire con sincerità il filo dei suoi pensieri e redigere una sorta di pubblica confessione; che, come tutte le confessioni, parte da un accurato esame di coscienza. Sotto questo profilo, le « cabale » di Polacco fanno spicco non soltanto sugli incontrollati entusiasmi dei neofiti giusliberisti⁽¹⁹⁴⁾ ma anche sulla sorda impermeabilità di Francesco Ferrara, che è pure una delle figure più complesse e più significative della civilistica all'inizio del secolo⁽¹⁹⁵⁾.

⁽¹⁹³⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽¹⁹⁴⁾ Come Raffaele Majetti, e basta a convincercene la sua prefazione alla traduzione italiana del manifesto di Kantorowicz (cfr. *supra*, p. 231).

⁽¹⁹⁵⁾ Il riferimento è soprattutto al saggio su *Potere del legislatore e funzione del giudice*, che Ferrara pubblica nel 1911 sulla neonata « Rivista di diritto civile e che è tutto

7. I decreti-legge del Governo italiano in data 3 gennaio 1909 in conseguenza del terremoto calabro-siculo non lasciano indifferente Polacco sempre così attento e preoccupato per la normazione speciale ed eccezionale dello Stato e per il suo attrito col sistema codificato, e gli offrono di proseguire e confermare analisi e proposte avanzate l'anno prima ⁽¹⁹⁶⁾.

Un dato saliente viene sottolineato e accolto con aperto favore, ed è la espressa concessione al giudice di ampii spazi equitativi ⁽¹⁹⁷⁾. Il lettore ne rimarrà sorpreso e penserà a una impreveduta conversione al già rifiutato verbo magnaudiano; ma non è così; anzi, qui si calca ancor più la mano contro il crescente giusliberismo ⁽¹⁹⁸⁾. Polacco non è entusiasta del giudice d'equità; è entusiasta invece che al giudice l'equità sia data dal legislatore e mediante una legge dello Stato. Il suo stato d'animo non è dissimile da quello che sorreggeva l'articolato discorso su « le cabale »: percezione d'una necessità di aperture e, quindi, di una corrispondenza maggiore fra sistema normativo e società in movimento, percezione anche dell'esigenza di un relativo pluralismo che valga a integrare l'insufficiente monocrazia della legge, quindi anche percezione di un ruolo maggiore da attribuirsi al momento applicativo. A una non transigibile condizione, tuttavia: che queste finestre sui fatti fosse il legislatore ad aprirle, che ciò avvenisse entro il quadro di riferimento fornito dalla legislazione positiva. In tal caso, si può anche sforzare il concetto dell'art. 3 o i richiami del Codice civile alla buona fede, perché in tal caso continua a esser salvo il principio « costituzionale » del primato della legge.

una requisitoria contro « l'insano movimento » giusliberistico (vedilo ora in F. FERRARA, *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1954; la frase surriportata si legge a p. 11).

⁽¹⁹⁶⁾ *Di alcune deviazioni dal diritto comune conseguite al terremoto calabro-siculo*, in *Rivista di diritto civile*, I (1909).

⁽¹⁹⁷⁾ « la prima cosa che favorevolmente colpisce chi consideri attentamente i decreti in esame è il richiamo all'equità che vi si legge frequente » (*ibidem*, p. 339).

⁽¹⁹⁸⁾ « esiste e sempre più tende a rafforzarsi una corrente detta del *Diritto libero* che tale facoltà [di temperare il diritto vigente] reputa sempre tacitamente compresa fra gli attributi dei giudicanti. Pericolosa tendenza, per quanto ammantata di umanitarismo, contro la quale insieme con altri ho cercato anch'io, non è molto, di reagire con tutte le mie forze » [cita il saggio su « le cabale »] (*ibidem*, p. 341).

Sotto questo profilo, i decreti-leggi del 1909 sono benvenuti perché intesi come conferma d'una ipotesi scientifica ⁽¹⁹⁹⁾. Il giudice può anche esser fornito di poteri d'equità, ma non perché ciò consegua alla sua natura, per un carattere interno alla sua funzione, bensì per una attribuzione che gli piove addosso dall'esterno e dall'alto, come esige una retta applicazione del principio costituzionale della divisione dei poteri. Urla Polacco rivolto ai giusliberisti: « se vero fosse che il giudice ha già di per sé la facoltà di temperare il diritto vigente adattandolo alla varietà delle circostanze coi dettami della equità, più che mai si sarebbe dovuto sottintendere un simile potere nel caso attuale.. e invece tanto poco si ravvisò connaturale al suo ufficio una tal facoltà, che si credette dovergliela espressamente attribuire con ripetute statuizioni » ⁽²⁰⁰⁾.

Il plagio illuministico riemerge in tutta la sua virulenza e non permette a Polacco di rendersi conto della incredibile ingenuità del discorso proprio sul piano logico, sul quale appare come autentica petizione di principio. Il legislatore non poteva che presupporre il principio costituzionale, il diritto positivo già esistente, l'ideologia giuridica imperante, ribadire l'idea di un giudice *servus legis*, concedere i poteri d'equità come circostanza eccezionale senza nessuna implicazione per le regole del sistema, tanto più che il legislatore era la voce che esprimeva quella « costituzione », quel diritto positivo, quella ideologia.

Al di là di questi rilievi, il saggio del '909 è notevole perché ribadisce la scelta per la legge ma anche per gli « organi respiratorii » di essa, il timore per una separatezza che può cambiarsi tosto in risecchimento. Atteggiamento costante di Polacco, che negli anni successivi — per vicende personali del giurista e per vicende dell'intera società italiana che su lui si ripercuotono — tenderà ad acuirsi. Il 26 gennaio 1910 il Nostro è nominato Senatore del Regno, ed ha inizio per lui non una sonnacchiosa presenza sui seggi di Palazzo Madama ma una attività intensissima nel procedimento di legiferazione con interventi e Relazioni su molti disegni di legge ⁽²⁰¹⁾, con risultati di profonda incisività per temi rilevantissimi

⁽¹⁹⁹⁾ « ecco ora questi decreti-legge venire in nostro aiuto... » (*ibidem*, p. 341).

⁽²⁰⁰⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽²⁰¹⁾ Per convincersene, basta dare una scorsa alla bibliografia polacchiana ripor-

come la cittadinanza, o il nuovo ordinamento del notariato⁽²⁰²⁾. Come « legislatore » il giurista Polacco si trova, per così dire, a cavalcioni fra diritto positivo e mondo dei fatti, o — se si vuole, per riprendere un'immagine già usata — affacciato alla finestra che prospetta sui fatti, a uno di quegli « organi respiratorii » di cui lui ha parlato dietro Wurzel. Posizione ideale per intensificare una dialettica interiore che è stata sempre vivissima. E poi, la guerra, la vicenda nazionale della guerra che investe il paese, che impone una legislazione eccezionale sotto l'urgenza di tanti fatti nuovi. Leggi occasionali ma assai incarnate, grevi di fattualità e di idealità, che costituivano un cumulo allarmante di smagliature, incrinature, integrazioni, e anche smentite delle regole del Codice; che lo smentivano soprattutto come legge formale ed astratta progettata per sempre.

La prima guerra mondiale è, sotto il profilo dei molti provvedimenti provvisori ed eccezionali, un evento che solca e modifica la continuità della storia giuridica, che marca un prima e un dopo quali paesaggi qualitativamente e non solo cronologicamente diversi per il giurista. Polacco, il senatore Polacco, ne è investito in pieno; direi di più: si lascia investire. Talora il suo sempre latente nazionalismo lo fa troppo remissivo a una retorica bassa e insopportabile, ma, se si riesce a sfrondare la testimonianza da questi orpelli aduggianti, la consapevolezza della transizione, di qualcosa di profondo che sta maturando per il divenire del diritto italiano, è il sentimento prezioso che affiora con maggiore vivacità. Fra i varii temi di cui il « senatore » si occupa, uno ci sembra da sottolineare, e per la sua intrinseca rilevanza, e per la sua idoneità a rivelarci lo stato d'animo del civilista: il problema del risarcimento dei danni di guerra; è ad esso, d'altra parte, che Polacco profonde attenzione ripetutamente⁽²⁰³⁾.

tata in calce alla commemorazione tenuta da ASCOLI e menzionata alla nota 2, dove sono segnalati i suoi discorsi e le sue Relazioni in Senato.

⁽²⁰²⁾ Il riferimento è alle leggi 13 giugno 1912, n. 555 e 16 febbraio 1913, n. 89.

⁽²⁰³⁾ Innanzi tutto, con la Relazione presentata al Presidente del Consiglio dei Ministri l'11 febbraio 1918 *Sul risarcimento dei danni di guerra* e che pubblica sulla *Rivista di diritto civile*, X (1918); poi, con la conferenza detta al Circolo giuridico di Roma, il 26 maggio 1918, *Risarcimento dei danni di guerra*, in *Bollettino del Circolo giuridico di Roma*, VI (1918); infine, con *Schema di un disegno di legge sul risarcimento dei danni di guerra* (redatto in collaborazione con Francesco Carnelutti) riprodotto in *Rivista del diritto commerciale*, XVI (1918) — P.I., p. 346.

Siamo nella prima metà del 1918; la guerra volge al termine, ed è già tempo di bilanci e di progetti. « Redentrica di secolari ingiustizie, questa guerra, che non ha l'eguale nella storia, è il crogiuolo ardente in cui tanta parte del pubblico e del privato diritto si riplasma e si rinnova »⁽²⁰⁴⁾.

Si mondi idealmente la frase dal vieto linguaggio stentoreo, e ne resterà la sostanza solida di un giurista che non si straccia le vesti di fronte all'euritmia calpestata del Codice ma che prende atto speranzoso e curioso delle vistose innovazioni cogliendole non come scandalose ferite bensì come anticipazione di futuro. Il salvataggio di sempre — la coscienza della transizione — è anche qui presente e salvante, solo che il macro-evento della guerra e della pioggia di decreti delegati la rende immediata come non mai⁽²⁰⁵⁾.

È singolare il richiamo insistente alla « coscienza giuridica » come « coscienza popolare » — in una accezione che molto ha di populista e molto poco di romantico — e l'intendimento della improvvisa alluvione di novità legislative come una registrazione a livello formale della non resistibile evoluzione di quella⁽²⁰⁶⁾. E la coscienza popolare è il tramite sicuro per l'ingresso nel mondo del diritto di idealità e principii di natura squisitamente morale. L'eccezionalità del momento, vissuto con una caldissima partecipazione dal nazionalista Polacco, consente qualche smagliatura populistica — tutto sommato assai stonata — in una linea di approccio con la dimensione socio-politica che è costantemente di distacco e di rifiuto di umoralità, ma consente anche allo spiritualista di sempre di vedervi il « crogiuolo » — ripetiamo pure la sua immagine di prima

⁽²⁰⁴⁾ *Risarcimento dei danni di guerra*, cit., p. 4 (estr).

⁽²⁰⁵⁾ Lo storico del pensiero civilistico novecentesco sa bene che questo non è un privilegio del solo Polacco. Basti pensare alle riflessioni di Pietro Cogliolo, Roberto De Ruggiero, Francesco Ferrara, Filippo Vassalli; ad Alfredo Ascoli, che tiene banco proprio su questo tema con apposita rubrica sulla « Rivista di diritto civile » (per la « rubrica » di Ascoli e, in genere, per un esame di quanto avviene nel laboratorio della « civile » negli anni '15-20, cfr. ora G. FURGIUELE, *La « Rivista di diritto civile » dal 1909 al 1931*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVI (1987), p. 577 ss.), e a Gino Segrè, che scrive ripetutamente nella « Rivista del diritto commerciale » « su alcuni provvedimenti in materia di diritto privato emessi in occasione della guerra ».

⁽²⁰⁶⁾ *Risarcimento dei danni di guerra*, pp. 3-4-5.

— in cui si rompono vecchie chiusure, si superano vecchie «cabbale» e si ha un rapido processo di osmosi fra giuridico e metagiuridico, altrimenti lentissimo fra mille invincibili resistenze.

La guerra — « questa guerra, che non ha l'eguale nella storia » — come momento liberatorio dai troppi misonesismi che popolano il pianeta del diritto, perché permette, nell'allentarsi della consueta vigilanza del potere politico, l'inserimento di forze morali estranee all'ordine attuale ma anticipatrici di un ordine futuro. Qui c'è accordo pieno anche con Gény: la pressione dello « elemento ideale » « come coefficiente di creazione e sviluppo del diritto positivo di un popolo »⁽²⁰⁷⁾, mentre « vengono così acquistando via via cittadinanza nel vero e proprio dominio giuridico istituti e principî che non l'avevano in passato »⁽²⁰⁸⁾.

Un siffatto discorso introduttivo è per Polacco preparatorio di un più specifico discorso, che, calando nel tessuto del diritto positivo, coglie un certo ideale morale che diventa istituto giuridico, un patrimonio della coscienza morale che lo diventa anche della coscienza giuridica, e giustifica lo zelo del giurista-legislatore ad agevolargli l'ingresso nell'ordinamento statale come legge positiva. Nel 1918, il problema — eticamente e giuridicamente più grave — che il civilista ha di fronte è quello del risarcimento per i danni arrecati dalla guerra, risolto fino a ieri in una visione che privilegiava la maestà dello Stato rispetto alle situazioni dei privati; da ultimo, era stato così in un Regio Decreto del 1913 conseguente alla guerra coloniale di Libia⁽²⁰⁹⁾. « Ma è tale... il rivolgimento che un siffatto cataclisma mondiale ha già apportato e più apporterà... nei tradizionali concetti giuridici, che... non sarà da stupirsi, che, a distanza di soli cinque anni, la legislazione nostra muterà diametralmente indirizzo »⁽²¹⁰⁾. E lo muterà per l'opera congiuntamente scientifica e parlamentare del senatore Polacco: oggi, stante il grado raggiunto dalla comune coscienza etico-politica, il giurista ha il dovere profes-

⁽²⁰⁷⁾ *Ibidem*, p. 9, dove si cita, con piena adesione, pagine della più recente sistemazione di Gény « Science et technique en droit privé positif », che è del 1915.

⁽²⁰⁸⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽²⁰⁹⁾ È il Regio Decreto 13 maggio 1913, n. 441 relativo ai danni di guerra in Tripolitania e in Cirenaica (su cui POLACCO, *Risarcimento dei danni di guerra*, pp. 10-11.

⁽²¹⁰⁾ *Loc. ult. cit.*

sionale di parlare ormai di « autolimitazioni dello Stato moderno inconcepibili un tempo », di ammettere « autoobbligazioni », « obbligazioni che lo Stato giuridicamente contrae verso i cittadini » pur in rapporto a suoi legittimi atti di imperio quali quelli connessi alla guerra ⁽²¹¹⁾, con la conseguenza novissima che alla pretesa del privato non può che esser dato « il carattere di diritto a risarcimento, non di semplice assistenza o soccorso » ⁽²¹²⁾. E questo è un grosso passo innanzi verso una costruzione dello Stato di diritto meno turlupinatoria di quella compiuta dietro le oleografiche facciate post-risorgimentali.

Resta il problema squisitamente tecnico dello sforzo dottrinale « per incasellare in uno od altro dei vecchi schemi il diritto in questione » ⁽²¹³⁾, sforzo encomiabile e segno indubbio che il principio circola nella pubblica coscienza e chiede una definizione, anche una definizione legislativa ⁽²¹⁴⁾. Questa « impaziente catalogazione giuridica » ⁽²¹⁵⁾, se è sempre professionalmente un fatto positivo che testimonia l'entusiasmo e l'attenzione dei giuristi, può però tramutarsi, se troppo impaziente e non sorretta da una coscienza precisa della transizione, in una operazione culturalmente improvvida e vanificante. Qui il civilista ha bisogno di coraggio, del coraggio di scrollarsi di dosso i luoghi comuni e un insano patriottismo di disciplina. Guai se egli tenta di risolvere il problema soltanto con gli strumenti della sua specifica tradizione e del suo laboratorio esclusivo, perché rischia di ripetere forme senza vita, geometrie inadeguate a descrivere nuove figure. E Polacco non esita a respingere l'ipotesi di chi propone lo schema della *negotiorum gestio* « a cui nella sistematica così di frequente si ricorre come all'asilo dei trovatelli » ⁽²¹⁶⁾, di chi « pesca nell'armamentario civilistico la figura ormai frusta del quasi contratto » ⁽²¹⁷⁾ compromessa ai

⁽²¹¹⁾ *Ibidem*, p. 9.

⁽²¹²⁾ *Ibidem*, p. 10.

⁽²¹³⁾ *Ibidem*, p. 12.

⁽²¹⁴⁾ « quando i giuristi si affannano a trovare la nicchia meglio adatta ad accogliere un fenomeno nuovo, segno è ch'esso batte in modo prepotente alle porte dell'edificio legislativo » (*loc. ult. cit.*).

⁽²¹⁵⁾ *Ibidem*, p. 13.

⁽²¹⁶⁾ *Ibidem*, p. 12.

⁽²¹⁷⁾ *Ibidem*, p. 13.

suoi occhi soprattutto dalla riesumazione fattane in seno al detestatissimo « solidarismo giuridico »⁽²¹⁸⁾. Quando, invece, l'unica scelta sensata è la constatazione della impotenza delle categorie civilistiche a inquadrare senza costrizioni la materia dell'indennizzo per danni di guerra, della natura eminentemente pubblicistica del rapporto e, quindi, della doverosa « classazione » — dietro l'insegnamento del suo amico Cammeo — « fra i diritti subiettivi civici compatibili con atti legittimi dello Stato »⁽²¹⁹⁾. Coraggioso realismo d'un civilista, che è lettore attento dei segni dei tempi.

8. Tutto l'itinerario seguito con attenzione fino ad ora ha il suo culmine e la sua conclusione nella prolusione con cui Vittorio Polacco, il 17 dicembre 1918, prende possesso di quella che, allora, sembrava essere una definitiva mèta accademica, la cattedra romana di Diritto civile. I motivi, gli sviluppi, gli intrecci di una vicenda scientifica singolare, che abbiám cercato di disegnare tentandone una effettiva comprensione, sono ricomposti in questo documento scritto nella estrema maturità del Maestro, quando la burrasca della

⁽²¹⁸⁾ Detestatissimo soprattutto in ragione della sua ipocrisia: è ipocrita perché è soltanto un mantello perbenistico per coprire istanze socialistiche (« il socialismo cosiddetto giuridico — aveva detto ne *Le cabale del mondo legale*, p. 66 — e quel solidarismo che ne è, si può dire, il fratello germano »); è ipocrita per quel suo metodo artificioso di operare una revisione dell'ordine giuridico esistente continuando a usare — magari stravolgendoli — i vecchi arnesi dello strumentario civilistico quasi per non intimorire troppo i benpensanti (ne *Le cabale del mondo legale*, pp. 66-67, egli soggiungeva dopo il discorso or ora riportato: « o non sono anzi anche più artificiosi gli sforzi loro, o per plasmare la società nello stampo del quasi contratto o per ridurre la lotta di classe al tipo civilistico di due opposte ragioni di credito, più artificiosi, io dico, che non fossero quelli di Bartolo e dei suoi per inquadrare nel Digesto i dibattiti fra la potestà laica e la pontificia? »). Lo stesso malcelato atteggiamento ironico del 1918 è già il sale del saggio di dieci anni prima. Qui, a conclusione, scriveva: « Non discuto... noto solamente ed ammiro. Noto questi tentativi di ritorno al vetusto arsenale giuridico, per trarne strumenti di redenzione, quelle armi istesse che malediceansi poc'anzi come asservite agli oppressori. Ammiro questa eterna giovinezza della scienza del diritto, dalla cui tecnica, mirabilmente flessibile, si invoca la formula, che fughi lo spettro di sanguinose ruine, che ridoni salute all'umanità sitibonda di giustizia e di pace » (*loc. ult. cit.*). Pagina dove convivono un cumulo di comprensioni e incomprensioni, ma felicissima per un fine sentimento di sottile ironia che la pervade.

⁽²¹⁹⁾ Densa e significativa tutta la pagina 13.

guerra è ormai passata e sembra giunto il tempo di un bilancio consuntivo e preventivo non effimero e non fallace.

La tragedia della guerra ha liberato forze che l'ordine tradizionale manteneva sopite e represses, ma ha generato insicurezza scuotendo l'edificio da capo a piedi; il sentimento della transizione rapida e violenta porta Polacco a riaffermare, al di sopra della mutazione quotidiana, l'esigenza di punti fermi orientativi, quel « diritto naturale sociale e progressivo » il cui contenuto egli non precisa, che vuol essere un continuo inserimento di valori nella storia e, come tale, differenziarsi nettamente dalle inservibili favole del giusnaturalismo settecentesco ⁽²²⁰⁾. Anche in quest'ultima solenne lezione accademica, è il contrappunto di sempre fra eterno e variabile, ideale e storia, a dominare la scienza. E, sempre, la riaffermazione di una visione né formalistica né riduttiva dell'ordine giuridico. Le recenti esperienze, soprattutto quella socio-politica della guerra e quella culturale del giusliberismo, complicando il vecchio paesaggio delle fonti volutamente scarno ed essenziale, rendono più complessa la coscienza del giurista, inseriscono perplessità nelle sue scelte.

Se non è più condivisibile l'idea della *onnipotenza* della legge e la visione ingenua (o ideologicamente guidata) del legislatore tau-maturgo; se è respingibile perché disfattista l'idea opposta della *impotenza* della legge ⁽²²¹⁾; è suadente e conquistante invece la concezione mediana di una legge non compatta e non chiusa, dotata di molte aperture verso l'esterno, verso il mondo dei fatti; e ritorna con compiacimento l'immagine wurzeliana — felicemente adoperata ne « le cabale » — « di quegli organi respiratori che già la legislazione vigente possiede (ebbi altra volta a notarlo) per poter vivere e conservarsi pur salendo ad altezze ove l'aria si fa sempre più ossigenata e frizzante » ⁽²²²⁾.

Ma qui vi è qualcosa di più rispetto al saggio di dieci anni prima. Non si tratta soltanto di guardare con favore alle clausole in bianco della buona fede e del buon costume, ma di « incoraggiare il legislatore ad aprire ancora qualche altro di siffatti spiragli attraverso

⁽²²⁰⁾ *La scuola di diritto civile nell'ora presente*, pp. 5-8.

⁽²²¹⁾ *Ibidem*, p. 11.

⁽²²²⁾ *Ibidem*, p. 13.

i quali passino la luce e il calore necessari eventualmente allo sviluppo di germi economici nuovi » (223). Il monopolio del legislatore rischia di provocare una separazione isterilente fra società civile e sistema normativo, mentre il giudice, immerso nel particolare, se risente tutti i condizionamenti del particolare, gli è anche così vicino e partecipe da rendersene fedelissimo. Il giudice, ieri aborrito perché dominabile dalle passioni e coinquinato nelle risse delle parti, subisce una indubbia rivalutazione ed è chiamato a cogestire la produzione dell'ordinamento in una visione che dà finalmente un ruolo attivo al momento della applicazione.

Polacco non si nasconde dietro inutili foglie di fico, è totalmente disinibito da ciò che è avvenuto in questi primi anni del Novecento così gremiti di fermenti. Se il giusliberismo resta un'eresia e se i giudici alla Magnaud restano per i suoi occhi una perversione (224), la visione del sistema positivo privatistico, che propone, è profondamente innovata. Egli supera infatti il discorso sulle clausole generali e arriva a chiedere apertamente « poche e sobrie leggi di diritto privato, che concedano esse stesse al giudice libertà di movimento entro l'orbita di taluni veramente capitali principii e senza ingombro di eccessiva casistica » (225). Più che un sistema legale fornito di adeguate aperture, la legislazione civile appare, in questa estrema versione, ridotta al rango di un nucleo essenziale di leggi-quadro nella cui cornice il giudice spazia dotato di un autentico potere discrezionale (226).

Se il giusliberismo è un'eresia e se eretico è il giudice Magnaud, eretica è anche questa conclusione almeno rispetto alle dommatiche costituzionali che governavano e comprimevano il diritto privato. È che non è più tempo di dommatiche. È che la guerra del 1915-18 ha eroso certezze e valori prima assoluti, ha reso discutibile e disponi-

(223) Vedi le esplicite affermazioni alle pp. 13 e 14.

(224) *Loc. ult. cit.*

(225) Polacco precisa che egli si riferisce al diritto privato in senso stretto, cioè al campo dei rapporti fra privati. Nel territorio delicatissimo dei rapporti fra Stato e privati una minuziosa legislazione appare invece maggiormente garantistica. Nell'ambito della prima ipotesi — ribadisce il Nostro — « non si tratta di tutelare i singoli contro il temuto soverchiar dello Stato, ma di allargare la potestà del giudice che siede fra i singoli posti in perfetta parità a lui dinanzi » (*La scuola di diritto civile nell'ora presente*, p. 15).

(226) *Ibidem*, p. 14.

bile quanto sembrava appartenere a un sacrario più che a un laboratorio sociale. Innanzi tutto il principio di rigorosa divisione dei poteri progressivamente sostituito dall'idea della reciproca loro « permeabilità... per una specie di fenomeno capillare »⁽²²⁷⁾. E il giurista è lì a constatare senza molti rimpianti che « quella ripartizione rimane sì tra le massime guarentigie costituzionali, ma più non si ha la pretesa di poter separare con un taglio netto l'un potere dall'altro »⁽²²⁸⁾, e a contemplare la legislazione speciale recentissima tutta dedicata a istituire commissioni giudicanti in materie privatistiche secondo i dettami dell'equità.

In questo momento pare a Polacco di assistere a un fenomeno di attenuazione (se non di abbattimento) di tante confinazioni tradizionali: anche lo steccato che separava il diritto pubblico e il privato cede a una osmosi continua; invece delle due *positiones iuris* ulpiane individualisticamente pensate fino ad allora come due linee che corrono parallele e non si toccano, è la loro « parentela... sempre più stretta », è « la mutualità dei servizi. fra loro » che viene sottolineata e stimolata⁽²²⁹⁾. Lo stillicidio di leggi speciali, l'analisi dissacrante del giusliberismo, l'alluvione della normativa eccezionale di guerra hanno infranto molti idoli e hanno scoperto il volto segreto di parecchie « verità » della vecchia cultura giuridica; ha, in modo particolare, affrancato il giurista più aperto, ne ha mutato la psicologia. È ciò che è avvenuto in Polacco e che la prolusione romana dichiara: ci si inoltra con disinvoltura in territori prima interdetti, si maneggiano idee e soluzioni prima proibite ai benpensanti, si guarda alle innovazioni anche eversive introdotte dalle leggi di guerra non inorridendo di fronte alla tunica della tradizione giuridica ora stracciata e vilipesa, ma contemplando in essa, con curiosità e soddisfazione insieme, i semi lanciati nel futuro.

Questo approccio psicologico mi sembra significativo; che è quello di colui che assiste felicemente a un evento fausto di nascita e non luttuoso di morte. Dei due aspetti di questo momento bifronte di transizione, un passato che si esaurisce e un futuro che si va concependo, è il secondo che prevale e qualifica il momento e lo

⁽²²⁷⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽²²⁸⁾ *Ibidem*, p. 13.

⁽²²⁹⁾ *Loc. ult. cit.*

contrassegna con l'auspicio di istituti nuovi di zecca⁽²³⁰⁾, con lo sguardo attento e ammirato rivolto al Diritto commerciale che in grazia della « snellezza dei suoi saldi garretti » è l'avanguardia del diritto privato⁽²³¹⁾.

La prolusione polacchiana è documento che si proietta per l'innanzi, coraggiosamente, documento non sguaiato, non iconoclasta, non demagogico, com'è nello stile del personaggio, ma coraggioso, venato da qualcosa di più di quel « coraggio della moderazione » che è frase leggibile nel suo seno e che da esso abbiamo trasportata e inscritta nel nostro saggio. Il sistema delle fonti ne esce riveduto, reso più complesso; il legalismo si riduce — con la proposta di una base di leggi-cornice — a una garanzia di uniformità e di un minimo di certezza per l'ordinamento positivo tollerando accanto, come produttive, forze capaci di rispettare la varietà e plasticità della transizione orecchiando le voci del « particolare ». La astrattezza civilistica si condensa in un nucleo intorno a cui e su cui è un brulicare di creature che non nascondono il loro carico di storicità, per le quali si reclama come privilegio quello di esaltare e tutelare la storicità.

(230) « i provvedimenti eccezionali... molti fra essi... sopravviveranno alla guerra perché hanno saputo finalmente attuare principi indarno invocati » (*ibidem*, p. 16). Con un fermo auspicio di rinnovamento: « è tempo finalmente che cessi quel sacro terrore ad affrontare certe questioni e riforme di vitale interesse economico sociale, per cui troppo spesso vedemmo in passato trascinarsi, cadere e riprendersi di sessione in sessione o da una ad altra legislatura importantissimi disegni di legge »; e un riferimento, a mo' d'esempio: quello dei ripetuti disegni di legge sui cosiddetti « beni di famiglia » (*loc. ult. cit.*).

(231) Il « vero bersagliere del diritto privato », come lo chiama Polacco nel suo sempre coloritissimo linguaggio (*ibidem*, p. 17). Avanguardia del diritto privato sotto più di un profilo; da un lato, nel portare avanti una visione nuova e più adeguata ai tempi dei rapporti fra capitale e lavoro nella organizzazione imprenditoriale (è significativa la citazione freschissima del saggio pubblicato sulla « Rivista del diritto commerciale », proprio in quello stesso anno 1918, da Cesare Vivante su « La partecipazione dei lavoratori agli utili delle società per azioni »); da un altro, nel portare avanti una visione maggiormente cosmopolitica dell'ordine giuridico perseguendo la costruzione di un diritto uniforme delle obbligazioni.

OMAGGIO AD ANGELO FALZEA

Parlar di Falzea e della sua opera scientifica non è compito agevole, giacché si tratta di uno di quei personaggi vivi assolutamente non scomponibili in diverse e particolari dimensioni ma rigorosamente unitario pur nella molteplicità e ricchezza dei suoi interessi e della sua ricerca intellettuale: ciò che è il segno della indubbia vivacità del personaggio, del suo privilegio primo, si traduce — per il biografo che cerca di impossessarsi della sua cifra segreta — nella difficile tensione a non deporre mai uno sguardo spazioso e una sensibilità pluridimensionale, a pena di perdere ogni reale possibilità di comprensione.

Negli itinerarii dei giuristi, anche di grandi giuristi, il povero biografo ha spesso il riposo di un discorso meramente tecnico con le sue scelte elementari, con la sua armatura collaudata di termini e concetti, con la solidità della sua logica piana; il terreno da indagare è insomma noto e definito, pur nelle sue eventualità asperità. In Falzea, invece, dimensione culturale, dimensione teoretica e dimensione tecnica (intendo dire tecnico-giuridica) son sempre presenti a sorreggere l'impazienza intellettuale dello scienziato, e non sono mai separabili: il discorso tecnico ha sempre bisogno di sfociare e legittimarsi in un più alto livello, mentre il respiro culturale e teoretico è sempre chiamato a prender forma concreta nell'officina del giurista in tutta la specificità dei suoi strumenti peculiari.

Si parlerà spesso in questa « testimonianza », e sotto varii profili, di unitarietà e insieme di complessità del messaggio scientifico di Falzea, ma intanto ne va segnato qui *in limine* un primo significato: il suo tavolo di lavoro non reca soltanto ben allineati codici, repertorii giurisprudenziali e volumi di dottrina giuridica; al contrario, è un tavolo straripante, dove le fonti consuete del sapere giuridico si mescolano in un intreccio culturalmente inscindibile con volumi di teoria del diritto (particolarmente i grandi « classici ») e soprattutto

con le grosse meditazioni filosofiche di un passato remoto e vicino. È un tavolo ordinatissimo per Falzea, che è avvezzo fin dalla sua prima gioventù a lavoràrvici e che conosce le motivazioni spirituali e culturali più riposte legittimanti questa o quella presenza. È un tavolo, che sgomenta il biografo, il quale capisce di dover fare i conti con un personaggio non facilmente incasellabile, un personaggio che chiede al suo lettore, soprattutto a un lettore retrospettivo che vuol ritracciare fili e sentieri sostanziali, un notevolissimo sforzo di lettura, necessariamente sensibile a un intreccio di dimensioni diverse se vuol essere penetrante ed espressiva.

Se così è, perché affidare questo compito a chi ora vi parla? È una domanda che non ho mancato di pormi, consapevole dell'impegno arduo che avevo ed ho di fronte, consapevole anche delle mie modeste risorse di storico del diritto. Una motivazione oggettiva mi è parsa soddisfacente: ormai da parecchi anni io sono andato sempre più fittamente parlando di pensiero giuridico, avviando in Firenze un Centro di studi e una Rivista scientifica dedicati esplicitamente alla storia del pensiero giuridico moderno ⁽¹⁾. È in questa veste — di colui che si è intensamente occupato in Italia di storia del pensiero giuridico — che gli organizzatori mi hanno voluto in seno al nostro incontro di oggi. Aggiungo: non senza ragione, sempre restando su un piano squisitamente oggettivo, e per due elementari motivi: non v'è infatti dubbio che, fra i giuristi italiani contemporanei, Falzea sia quello che, più d'ogni altro, ha avvertito la capacità della scienza giuridica di attingere a quel più alto e universale grado di comprensione che i filosofi chiamano pensiero, dimostrando egli stesso per primo questa capacità con la propria riflessione personale; non v'è ugualmente dubbio che Falzea è uno dei non molti giuristi, che hanno una collocazione sicura e precisa nell'ambito della storia del pensiero giuridico italiano contemporaneo.

Per tentar d'individuare senza troppe sfocature questa collocazione e di approssimarci al « segreto » del personaggio, cominciamo

⁽¹⁾ Ci riferiamo ai « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », il cui primo volume appare nel 1972, nonché al « Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno », che, anticipato da un informale « Gruppo di studio per la storia del pensiero giuridico moderno », trova la sua cittadinanza formale nello Statuto della Università di Firenze nel 1980.

a vedere se si posson cogliere dei tratti caratterizzanti. Il primo, che è emerso limpidamente alla mia attenzione in questi ultimi mesi in cui mi son riletto l'intera opera di Falzea e che non può non toccare qualsiasi lettore anche se minimamente attento, è la compattezza di quest'opera, intendendo per compattezza il privilegio di una riflessione che, pur nel suo arricchente divenire, mantiene una perfetta unitarietà dai primi scritti giovanili a quelli della vecchiezza, è sorretta da un orientamento metodico e da un progetto culturale che, apparendo già maturi — precocissimamente — nei primi scritti, puntellano costantemente l'itinerario del ricercatore.

Di questa compattezza è consapevole — e forse anche orgoglioso — lo stesso Falzea, dandocene la prova con un comportamento eloquente: nel 1985, varando la terza edizione delle sue « Voci di teoria generale del diritto », egli ritiene di potere — forse di dovere — inserire, mutando il titolo ma conservando immutata la pagina, la parte più sostanziosa della « nota introduttiva » premessa nel 1941 al volume su « La condizione e gli elementi dell'atto giuridico »⁽²⁾; il saggio « Sistema normativo e analitica della norma »⁽³⁾ non è infatti altro che quegli « Elementi e coelementi degli atti giuridici », che il ventisettenne allievo di Salvatore Pugliatti aveva scritto come premessa necessaria di un volume ritenuto particolarmente impegnativo, quasi un fare i conti con sé stesso e con il lettore redigendo una sorta di breviario metodologico.

Si noti: uno stacco di quasi mezzo secolo separa il secondo scritto dal primo, ma l'autore si riconosce ancora pienamente in questo, tanto da riprodurlo *in limine* al volume che raccoglie le riflessioni della maturità conferendogli una intatta validità interpretativa per tutto l'itinerario della sua ricerca. Gioventù e vecchiezza appaiono qui davvero come insignificanti dati anagrafici.

Una siffatta singolarità diventerà più comprensibile, se si constata l'esistenza di un progetto culturale unitario, che ha la fortuna

(2) Dice Falzea, appunto nella « avvertenza alla terza edizione »: « a ciò mi sono deciso perché in quelle pagine, in un rapido tracciato, vi è il preannuncio di una concezione della giuridicità che gli scritti successivi hanno sviluppato e approfondito » (A. FALZEA, *Voci di teoria generale del diritto*, terza edizione accresciuta, Milano, 1985, p. VII).

(3) Vedilo in: *Voci di teoria generale del diritto*, cit., p. 3 ss.

di essere intuito, messo a punto e definito con straordinaria precocità già nei primi esercizi di scrittura e che è poi chiamato a sorreggere e a dar vitalità a tutte le manifestazioni che costellano il lungo cammino dello scrittore. Si pensi alle intitolazioni delle due prime corpose monografie: « Il soggetto giuridico come fattispecie » (che è del 1939) e « La condizione e gli elementi dell'atto giuridico » (che è, come già sappiamo, del '41); due titoli non banali e nemmeno usuali, anzi due titoli tutt'altro che innocui, i quali sembrano aver l'incarico di denunciare senza indugio al lettore l'impegno dell'autore impegnandolo a sua volta in una lettura non distratta, e segnalano una *precisa* concezione del diritto; due titoli che dimostrano lo sforzo a sollevarsi ben al di sopra d'una padronanza della buona tecnica giuridica.

Poi, non molto dopo la guerra, l'avvio di uno scavo teoretico non episodico, che trova la propria palestra naturale e congeniale nella redazione di « voci » per un'impresa prediletta da Falzea, l'*Enciclopedia del diritto* voluta dall'amico Antonino Giuffrè: è del '58 la prima « voce » *Accertamento*, cui segue immediatamente *Apparenza*; indi *Capacità*, *Comportamento*, *Efficacia giuridica* — vasta, complessa, articolatissima —, *Fatto giuridico*, *Manifestazione*. Il laboratorio falzeiano lavora a ritmo intensissimo, ma quel che più conta qui rilevare è che lavora con momenti non slegati, anzi intimamente e inscindibilmente connessi lungo il filo di un progetto culturale unificante: un esempio eloquente di questo lavoro di scavo progressivo e di comprensione sempre più affinata e approfondita è la gestazione delle « voci » *Comportamento*, *Fatto giuridico*, *Manifestazione*, che delineano e sottolineano la faticosa ricerca della verità operata da Falzea nell'arco di un quindicennio, dal '61 al '75, e che sono da cogliersi come veri e propri gradi di approssimazione all'impossessamento autentico di un problema che l'autore sente sostanzialmente unitario ⁽⁴⁾.

(4) Nella preziosa terza edizione — già citata — delle sue *Voci di teoria generale del diritto* (p. 710) — preziosa per lo storico, giacché Falzea, proponendo talora in via definitiva un materiale da lui rimaneggiato e ridotto per l'occasione a una forma più soddisfacente per le esigenze culturali dell'autore, ha cura di chiarire certe stratificazioni ed evoluzioni del pensiero e della ricerca, con notazioni che possono dirsi dei veri e propri contributi a una sorta di autobiografia intellettuale —, in questa preziosa terza

Infine, nel 1975, la pubblicazione della prima parte di un *corso* di « Introduzione alle scienze giuridiche »⁽⁵⁾, che Falzea stava tenendo già da parecchi anni presso la Facoltà giuridica messinese e che aveva fino ad allora circolato in vesti dimesse per uso esclusivo degli studenti; un *corso* affatto autonomo « nel suo contenuto essenzialmente storiografico »⁽⁶⁾, cioè di storia del pensiero giuridico, e nella sua finalità primaria squisitamente didattica, ma in realtà intimamente connesso alla restante operosità, quasi uno dei molteplici banchi di lavoro appartenente a un laboratorio complesso ma unitario. In Falzea, come nei protagonisti autentici della Università di sempre, il momento didattico non è mai separabile da quello della personale riflessione scientifica; in lui la lezione è necessariamente prosecuzione, integrazione, arricchimento, verifica, terreno operativo della solitaria meditazione nel chiuso del suo studio.

Chiarirà egli proponendoci una interpretazione del proprio itinerario e marcando il carattere unitario del proprio multidirezionale impegno: « le voci preparano e approfondiscono i grandi temi dell'Introduzione e questa a sua volta traccia il disegno generale del pensiero giuridico che fa da sfondo agli studi monografici »⁽⁷⁾.

La frase è scritta nel '78, presentando ai lettori la seconda edizione delle « voci ». Il grosso dell'opera può allora dirsi già compiuto, anche se l'itinerario continuava e sarebbe fino ad oggi continuato con straordinaria fertilità; e il giurista messinese può dedicarsi a una *retractatio*, alla redazione d'un bilancio provvisorio. Anche a lui stesso ciò che premeva di segnalare in prima persona e di mettere in rilievo ai lettori come carattere della propria operosità scientifico-didattica è per l'appunto l'intreccio fra saggi monogra-

edizione il nostro civilista chiarisce come da una prima « voce » *Comportamento*, anno 1961, che conteneva « la semplice prospettazione della problematica e la enunciazione di un programma di lavoro », si arrivi alla « voce » *Fatto giuridico* (anno 1967), tappa ancora di non perfetta maturazione del suo pensiero e perciò contenente « un disegno schematico che rifiutava la esposizione articolata della tematica del comportamento », fino a giungere, nel '75, alla compiutezza della « voce » *Manifestazione*.

(5) *Introduzione alle scienze giuridiche* — Parte prima — *Il concetto del diritto*, Milano, 1975.

(6) *Introduzione*, cit., presentazione, p. V.

(7) *Voci di teoria generale del diritto*, cit., avvertenza alla seconda edizione, data: Messina, 3 aprile 1978.

fici, « voci », *Introduzione* quali manifestazioni diverse di un medesimo progetto culturale unitario, che, per esser solido, pretende di non rinunciare all'insostituibile supporto magisteriale e di articolarsi variamente — sul piano dell'analisi scientifica — sia nel tessuto degli istituti sia nelle fondazioni prime, cioè teoretiche, del sapere giuridico.

Una stessa essenziale consapevolezza sembra sorreggere e unificare nella stessa coscienza dell'autore produzioni che appaiono sparsamente orientate, e unitario è il duplice filo conduttore, che lega sincronicamente e diacronicamente le varie epifanie: sincronicamente si può parlare, come ho fatto sopra, di più tavoli di lavoro all'interno di un medesimo complesso laboratorio, diacronicamente si deve parlare di una vita di ricercatore, che non è se non lo svolgimento di intuizioni e presagi precocissimi.

È significativo che, in quella terza edizione delle « voci » in cui Falzea con apparente disinvoltura può permettersi di ristampare, come si è appena detto, una premessa metodica di quasi cinquanta anni prima, egli volutamente ponga accanto la temporalmente remota premessa del volume sulla condizione e la « introduzione generale » da lui pronunciata in apertura del Congresso dell'81 in cui tutta la scienza giuridica italiana contemplando un cinquantennio di esperienza passata pronunciava un pubblico esame di coscienza gettando contemporaneamente lo sguardo ben avanti nel futuro ⁽⁸⁾. Per la *Introduzione* di Falzea, ben collocata nell'anno 1981, espressione fedele delle ansie e delle speranze d'un giurista operante in quel torno di tempo, la contiguità formale con le vecchie premesse non appare tuttavia stonata: il civilista messinese proiettava verso il futuro la trama d'una vicenda intellettuale dalle scaturigini lontane che non si era mai interrotta, un filo che rendeva, nel 1981, assolutamente contemporanee le pagine redatte più di quattro decenni prima.

Quello che per un autore comune appartiene alla propria preistoria e di cui spesso ci si vergogna come di un peccato giovanile o un tributo a giovanile immaturità — e vien quindi ad assumere sapore e valore archeologico —, nella singolare vicenda falzeiana,

⁽⁸⁾ *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia* — Messina/Taormina 3-8 novembre 1981, Milano, 1982.

vissuta all'insegna di una compatta unità, è soltanto e semplicemente storia, storia di un presente spirituale così vivacemente e costantemente presente da non soffrire quasi il logorio del tempo e serbare intatto il suo valore di meditazione efficacemente caratterizzante l'intero personaggio, un personaggio dalla straordinaria compattezza.

All'interno di questo patrimonio compatto di convinzioni, la prima, che sostiene tutto il discorso di Falzea di ieri e di oggi, è che il diritto ha una inabdicabile funzione ordinante, si concreta in un universo di segni non sensibili che mettono ordine, rigore, armonia nel troppo spesso incompasto, disarmonico e riottoso mondo dei rapporti sociali: una sorta di ideale geometria capace di sistemare in un disegno definito e coerente l'incandescenza e la caoticità dei fatti economici e sociali. Un universo — il giuridico — che non può fare a meno di quello strumento per eccellenza ordinante che è il concetto, che non può non essere perennemente percorso dalla tensione a costruirsi in sistema quale realizzazione compiuta d'una azione ordinante; e il giurista dovrà, di conseguenza, maneggiare sapientemente l'armamentario collaudato della logica formale, a cominciare dagli arnesi elementari ma essenziali della analogia e della differenza.

La scienza giuridica ha in Falzea una valenza eminentemente definitoria, dove un tale aggettivo non indica il dedicarsi al rischioso e sterile esercizio di escogitar formulette sempre incapaci a disegnare con fedeltà dei contenuti, ma significa piuttosto l'individuare con precisione l'oggetto che si ha di fronte, ponendo confini legittimi e rigorosi e arrivando sul filo di una indiscutibile correttezza logica a separare o ad unire, ad assimilare o a differenziare. La scienza giuridica, se vuol rispettare la sua intima natura che è altamente definitoria, deve far consistere l'essenza più riposta e più autentica della sua funzione — e anche la garanzia della propria scientificità — in un continuo lavoro intellettuale che consenta di eliminare equivoci e luoghi comuni, scorie insostenibili ma, ancor più, segni di antinomia profonda in una scienza dalla valenza squisitamente ordinatoria.

Si capisce l'insostituibile significato culturale che, da questo osservatorio e con questo orientamento, viene ad assumere il lin-

guaggio⁽⁹⁾ e la sua analisi: la rigorosa correttezza nell'uso dello strumento linguistico diventa uno dei salvataggi e, se non il prevalente, il più affidante per il giurista. Sarà una navigazione sicura e controllata nel mare magno dei segni linguistici a salvare il giurista dall'arenarsi in quelle secche di equivoci e luoghi comuni che comprometterebbero e ridicolizzerebbero le sue pretese ordinarie.

Nella doverosa pulizia intellettuale a cui Falzea richiama tante volte il giurista, la cautela linguistica ha un posto di primo piano, un ruolo epistemico: soltanto a un osservatore superficiale potrebbe apparire un orpello erudito la cura con cui egli segue e delinea l'avventura semantica della nozione/termine « interesse », ben al di là delle costruzioni di Jhering e di Heck nella vicenda romana medievale protomoderna⁽¹⁰⁾, mentre è proprio dalla « tenace resistenza di cui ha dato prova nella nomenclatura di ogni paese » che riesce a ricavare l'« indice di un insostituibile servizio che la voce rende al linguaggio empirico e scientifico di oggi »⁽¹¹⁾; e soltanto un giudizio affrettato potrebbe identificare in uno sfoggio pleonastico l'esigenza, che il giovane Falzea dimostra nella premessa metodica al suo volume sulla condizione, di « fissare in brevi proposizioni » la terminologia usata, definendo gli strumenti linguistici di cui scrittore e lettore dovranno valersi⁽¹²⁾: fenomeno, situazione, fattispecie, norma, causa, concausa, effetto, coeffetto, chiariti sino in fondo, *definiti*, diventeranno gli strumenti intellettualmente efficaci per una appagante costruzione dell'« elemento condizionale come una *concausa della efficacia dell'atto giuridico* »⁽¹³⁾. Al contrario di uno sfoggio, si tratta invece di un gesto di suprema probità verso sé stesso e il lettore, l'uno e l'altro collocati su un terreno solido, su cui si può quietamente far poggiare l'erigenda costruzione.

Da quest'ansia *definitoria* è tutto percorso — e addirittura sollecitato nella sua scaturigine prima — il volume sulla condizione,

(9) Nella visione di Falzea, la società umana — a differenza di altre società animali — ha potuto costituirsi in società giuridica soprattutto « perché possiede un linguaggio di alta potenza espressiva » (*Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., p. 14).

(10) *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., pp. 130-35.

(11) *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., p. 135.

(12) Vedila ora ristampata in *Voci di teoria generale del diritto*, cit., terza edizione, pp. 18-19.

(13) *Ibidem*, p. 19 (il corsivo è dell'autore).

dove, di fronte allo sviluppo ipertrofico e incontrollato del fenomeno condizionale, Falzea tiene a ribadire: « il compito principale che ci siamo proposti nel presente studio è di restituire all'istituto della condizione le sue linee di confine naturali »⁽¹⁴⁾, un problema di confinazione logica tra gli elementi che costituiscono l'essenza dell'atto giuridico — e che da soli danno vita e sorreggono autonomamente un determinato *nomen iuris*, un certo tipo legale — e un elemento che è invece estraneo a quel nucleo essenziale, che gli è marginale, anche se concorre alla efficacia dell'atto stesso. Non basta presupporre la principalità di tali fatti e la marginalità di altri. Perché l'operazione sia soddisfacente sul piano del metodo, occorre non appagarsi in una accettazione supina e procedere oltre, « occorre cioè indagare sulla metodologica legittimità della distinzione ed accertare conseguentemente quale significato abbia quella relazione gerarchica tra principale e secondario nel valore delle cause giuridiche, anzi dei fenomeni giuridici in genere »⁽¹⁵⁾. È per questo che il civilista, pur avendo da maneggiare un modesto strumento dell'esperienza giuridica quotidiana, sente di dover elevare il proprio discorso fino a chiarire certe supreme radici speculative, fino a « porre le basi di una Analitica degli elementi della norma e della correlativa sistematica, come filo conduttore per le ricerche sull'istituto condizionale »⁽¹⁶⁾. È lì che lo conduce non la mania di filosofare a ogni costo, ma l'esigenza sincera di fondazioni epistemologiche sicure per la stessa costruzione giuridica, per lo stesso lavoro e mestiere di giurista. Sarà infatti soltanto in seguito a questa operazione di pulizia logica e soprattutto di recupero epistemologico che si potrà riscattare in tutta la sua nitidezza il disegno tecnico-giuridico dell'istituto e la sua intima struttura.

⁽¹⁴⁾ La frase è in: *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, *Nota introduttiva: Elementi e coelementi degli atti giuridici*, p. 3 (citiamo direttamente dalla edizione originaria in volume, perché la parte iniziale della nota, come quella più introduttiva al volume e ad esso legata, non è stata riprodotta da Falzea nella successiva ristampa in veste autonoma, della quale si parla più sopra nel testo — *in limine* alla terza edizione delle voci di *teoria generale del diritto* —).

⁽¹⁵⁾ Per comodità del lettore citiamo dalla riproduzione fatta in *Voci di teoria generale del diritto*, cit. sotto il titolo: *Sistema normativo e analitica della norma* (p. 4).

⁽¹⁶⁾ *Loc. ult. cit.*

Ma il testo in cui Falzea mette a frutto più che altrove la funzione definitoria che egli affida al diritto è, a mio avviso, la voce *Apparenza* scritta per la Enciclopedia di Giuffrè: probabilmente non è, nel ricco vocario del nostro civilista, quella che gli è più cara (a più riprese, ha riconosciuto nella voce *Efficacia giuridica* un compendio fedele delle proprie convinzioni metodiche) e sicuramente non è quella culturalmente più incisiva (assai maggiore è l'eco e l'influsso della voce *Efficacia* nello sviluppo della civilistica italiana contemporanea); senza dubbio è però quella dove il sapere giuridico come *definizione* emerge in tutta la sua pregnanza.

Punto di partenza della analisi del civilista è l'insofferenza per la « accettazione acritica »⁽¹⁷⁾ di schemi elaborati in altre aree culturali (in particolare, la germanica) e sottoposti a un indiscriminato trapianto nella nostra senza alcun vaglio che servisse da controllo e verifica. Un principio dell'apparenza, così come affiora alla nostra civilistica dopo le scelte per le teorie della tutela dell'aspettativa e del possesso dei diritti⁽¹⁸⁾, si mostra quale operazione culturalmente provincialistica, frutto di entusiasmi incontrollati e, come tale, fiera di conseguenze decisamente negative: il principio fu accolto senza verificarlo nel tessuto del sistema giuridico italiano; peggio ancora, fu ritenuto di applicarlo indebitamente nei campi e negli istituti più diversi, ed avvenne una altrettanto indebita commistione fra apparenza ed altre figure funzionalmente differenti.

L'analisi di Falzea muove proprio dalla presa di coscienza di questo vizio di fondo, mette a nudo la fallacità del trapianto: infatti, se nella dottrina tedesca l'apparenza era intimamente collegata ad un generale *Publizitätsprinzip* con l'intento di tutelare la pubblica fede e in esso tendeva sostanzialmente a risolversi; se cioè veniva a ricomprendere tutti gli atti compiuti dal terzo con un soggetto non-titolare del diritto ma munito di un titolo di formale investitura creante nel terzo una situazione di affidamento; al contrario, nel sistema italiano la necessità della tutela del terzo discende dalla mancanza di un titolo formale e discende da una situazione di buona fede giustificata da una situazione di fatto oggettivamente capace di

⁽¹⁷⁾ *Apparenza*, ora in *Voci di teoria generale del diritto*, cit., p. 97.

⁽¹⁸⁾ Di cui furono portatori, all'inizio di questo secolo, rispettivamente, Giacomo Venezian ed Enrico Finzi.

trarre in inganno qualsiasi terzo ⁽¹⁹⁾. Da qui l'esigenza di riappropriarsi attivamente della operazione di trapianto, bandendo i facili entusiasmi e le provincialissime imitazioni servili; da qui l'esigenza di *definire*, cioè « di identificare il significato giuridico del fenomeno e la relativa categoria teorica », cercando « un quadro sistematico di concetti, che permetta di stabilire le relazioni e quindi le necessarie distinzioni tra la figura giuridica dell'apparenza e le altre figure — possesso, pubblicità, atti di pubblica fede, titoli formali — con cui non infrequentemente essa viene confusa » ⁽²⁰⁾.

È soltanto dopo aver corrisposto pienamente a questa ansia di confinzioni logicamente e tecnicamente legittime e aver compiuta un'opera di impietosa ma teoricamente salvante istologia giuridica che si può arrivare a una rigorosa identificazione del principio, che consiste nello « apparire dell'irreale come reale dentro un campo di pubblica esperienza, in virtù di rapporti socialmente riconosciuti di significazione non simbolica » ⁽²¹⁾. Una formula non innocua, anzi tecnicamente relevantissima, giacché « permette di proporre distinzioni precise tra l'apparenza e le altre figure che un'analisi non attenta ha fatto in essa confluire » — per esempio, il possesso che è un fatto neutro del tutto carente di forza di significazione, o gli atti formali che sono muniti di capacità significativa unicamente simbolica.

Dalla falzeiana *actio finium regundorum* emergono confini e distinzioni ma anche nessi e relazioni: sotto questo profilo è estremamente istruttiva l'analisi del discrimine fra l'apparenza, che è una dimensione oggettiva, e l'errore, che è dimensione soggettiva, ma, nel tempo stesso, « l'intimo nesso » che lega e coinvolge le due figure ⁽²²⁾. Emerge soprattutto la « struttura complessa » dell'apparenza ⁽²³⁾; il suo essere « un *quid* relazionale » ⁽²⁴⁾ e quindi il suo consistere, più che in un apparire, « in un trasparire, l'apparire di un

⁽¹⁹⁾ *Apparenza*, cit., pp. 99-101.

⁽²⁰⁾ *Apparenza*, cit., pp. 101-102.

⁽²¹⁾ *Apparenza*, cit., p. 106.

⁽²²⁾ *Apparenza*, cit., p. 103.

⁽²³⁾ *Apparenza*, cit., p. 102.

⁽²⁴⁾ *Loc. ult cit.*

fenomeno attraverso un altro fenomeno» (25), il suo essere, insomma, se non un « rapporto di significazione sociale » (26). L'inserimento in questo schema generale interpretativo consente a Falzea di poter mettere a profitto alcuni strumenti puntuali della logica formale: la distinzione in ogni rapporto di significazione fra un segno materiale — il fenomeno significante o manifestante — e un significato immateriale — il fenomeno significato o manifestato —, l'aspetto oggettivo-materiale del fenomeno manifestante e l'aspetto oggettivo-immateriale del fenomeno manifestato.

La raffinata analisi teorica, che arriva a utilizzare la dialettica fra segno e significato, non è però un lusso pleonastico che galleggia inerte su tutta la sottostante piattaforma tecnica, ma il chiarimento supremo che si innesta perfettamente su quella piattaforma (27), la legittima a un più alto livello, la giustifica sul piano epistemologico e soprattutto la *definisce* sul piano logico rendendola uno strumento sicuro per il giurista, che può usarla senza il timore di incorrere negli equivoci e fraintendimenti grossolani che condannerebbero a morte il suo sapere come sapere. L'attingimento in alto non è perdita dei disegni nitidi delle costruzioni giuridiche; anzi, è la loro fissazione, il loro ancoraggio per il tramite di una depurazione logica. L'operazione — ripetiàmolò ancora una volta, perché qui sta il punto — è squisitamente epistemologica.

Ho parlato più sopra di rigorose geometrie concettuali, e può darsi che questo sostantivo abbia sorpreso e anche interiormente irritato Falzea così alieno dal ridurre la scienza giuridica a una sorta di *mos geometricus*. Il discorso va infatti immediatamente proseguito e integrato per non offrire una immagine unilaterale e falsante, giacché sempre gli arditi pinnacoli teoretici delle costruzioni falzeiane, lungi dal restar sospesi in un empireo metastorico fatto unicamente di ideali e artefatte figure, hanno radici nel tessuto dell'esperienza. Si pensi, per esempio, alla appena accennata costruzione in tema di apparenza: tutta l'orditura teorica ha origine nella insofferenza del giurista a veder mescolati indebitamente principii e

(25) *Loc. ult. cit.*

(26) *Apparenza*, cit., pp. 104-105.

(27) Si vedano, per esempio, le conseguenze che Falzea ne trae per la teoria del negozio giuridico.

disegni tecnici, che si legittimavano invece in situazioni spazio/temporali assai diverse e assai precisate nella loro diversità; l'orditura teorica è una esigenza di mettere ordine, che nasce però da una analisi comparativa dei regimi positivi tedesco e italiano e trova nella comparazione — cioè in un approccio dialettico di inabdicabile concretezza storica — il suo motivo primo.

Non v'è dubbio che sarebbe riduttivo vedere in Falzea un'avventura intellettuale percorsa soltanto sul filo d'un ammirevole rigore logico. Certamente, è costante nel nostro civilista la tensione a linee teoriche estremamente depurate, metodologicamente soddisfacenti proprio perché vagliate e provate nel filtraggio teorico più rigoroso, ma è questa l'architettura emergente, che impressiona il lettore superficiale perché appariscente e immediatamente percepibile, che tuttavia non esaurisce il messaggio culturale di Falzea sempre all'insegna della complessità. Arrestarsi alla vistosa ed elegante architettura di concetti sarebbe infatti il tradimento d'un pensiero, che ha sempre con insistenza reclamato per quella radici effettuali, radici che pescano ben al di là della logica formale, nel profondo dell'esperienza sostanziale d'una comunità.

Il mondo teorico con cui fa i conti Falzea non è un mondo semplice, anzi complesso; non sono soltanto i cristalli dei concetti a popolarlo, bensì anche le pietre fondanti degli interessi. E, accanto alla tensione epistemologica per una orditura di concetti teoricamente sicuri, si accompagna la tensione — che è epistemologica e morale insieme — a vincolare indissolubilmente la superficie dei concetti alle radici dei valori, legittimando quelli in questi.

E una seconda costante dev'esser qui sottolineata come secondo tratto caratteriale dell'intera opera di Falzea: l'esigenza di tradurre i profili meramente concettuali nel linguaggio proprio delle categorie pratiche fondamentali riflettenti appunto interessi e valori. Interessi e concetti colti in una perfetta simbiosi, quasi in vicendevole sostegno e sempre in rapporto di mutua indispensabilità; il magma vivo ma incomposto di emozioni, passioni, interessi di cui è pregna l'esistenza quotidiana diventa diritto soltanto se ricevuto e inserito in una intelaiatura razionale; infatti «le determinazioni giuridiche.. emergono soltanto rispetto ad una vita divenuta razionale e consapevole, che riflette sui propri interessi e sulle proprie esperienze di valore, ne enuclea gli aspetti costanti e così forma i concetti e le

denominazioni che costituiscono i presupposti indispensabili di ogni legislazione e giurisprudenza » (28). E ripetutamente Falzea segnala che bisogna « trasporre il problema dall'ordine dei concetti all'ordine degli interessi » (29), puntualizzando subito dopo per timore d'esser frainteso: si tratta di trasposizione, non di opposizione » (30).

L'universo giuridico di Falzea è all'insegna della complessità, ma anche di una unitaria armonia funzionale. Siamo all'opposto di una visione dualistica: un mondo sopraelevato di forme purissime, che teme il contatto e l'inquinamento con impurissime realtà fattuali. Al contrario, il concetto ha bisogno di incarnarsi e l'interesse di razionalizzarsi e ordinarsi.

Questi canoni di azione intellettuale, che, così come li ho ora esposti a livello programmatico, possono anche serbare per il lettore un certo sapore di genericità, costituiscono però l'impianto metodologico del volume del 1941 sulla condizione; già nel '41 si inseriscono in un corpo vivo e concreto, son chiamati a diventarne l'anima, rendendolo in tal modo la testimonianza tangibile di un progetto culturale che Falzea si è affrettato a voler realizzare e che ha avuto il privilegio di realizzarsi in azione compiuta. I proponimenti epistemologici, che rimangono tanto spesso sonore esercitazioni vocali nella bocca dei più, qui trovano immediata applicazione.

Il volume giovanile sulla condizione è quindi, allo stesso tempo, un discorso sul metodo, ma anche la sua applicazione, innestandolo nelle trame della ricerca tecnica del giurista a dargli respiro e fondazione. Ecco una prospettiva suadente del nesso fra atto giuridico e condizione: « non più semplicemente un rapporto tra un concetto ed un suo elemento inessenziale, ma un rapporto tra due piani di interessi, l'uno interno e l'altro esterno » (31); ed ecco una altrettanto suadente analisi strutturale: « da un lato l'ordine giuridico definisce e delimita nettamente un proprio piano di interessi, costituendo in base ad esso l'essenza concettuale rigida del *nomen iuris*, d'altro lato ammette l'interferenza di piani di interesse esterni che possono modificare e perfino eliminare gli obiettivi giuridici

(28) *Sistema normativo e analitica della norma*, cit., pp. 9-10.

(29) *Sistema normativo e analitica della norma*, cit., p. 9.

(30) *Loc. ult. cit.*

(31) *Sistema normativo e analitica della norma*, cit., p. 10.

iniziali, e così rinuncia al limite dato, creando figure di elementi accidentali » (32).

Come sopra si diceva, il discorso sul metodo è diventato costruzione, anche costruzione tecnica. L'atto condizionale viene scomposto e ricomposto alla luce di una visione complessa dell'universo giuridico, di quel razionale equilibrio tra sostanza e forma che già l'amico filosofo Rodolfo De Stefano riconosceva come uno dei meriti del pensiero di Falzea (33). Lo stesso Falzea, che è sempre ben sicuro di sé anche se è sempre insoddisfatto di sé, contempla con relativa e provvisoria soddisfazione la conclusione a livello tecnico, la crede un passo innanzi nella comprensione dei segreti riposti dell'atto condizionale, si compiace soprattutto di una impostazione più corretta del problema proprio in grazia di quello sguardo complessivo e comprensivo che riesce ad abbracciare, non disgiunti gli uni dagli altri, interessi e concetti.

Interessi, valori: quante volte questi sostantivi sono ripetuti nelle pagine di Falzea! Taluno potrebbe dire con monotonia; ma è l'autore stesso a volere quella insistenza per far capire al lettore che lì e soltanto lì è il cuore del diritto.

Come si può ben vedere, chi, impressionato dall'intenso notevolissimo impegno teorico del civilista, avesse pensato a un astratto paradiso di concetti, avrebbe sbagliato di grosso: la sempre agguerrita preconstituzione di capisaldi filosofici e la raffinatissima e rigorosissima strumentazione di logica formale non si sposano affatto con la astrattezza. I concetti di Falzea non sono entità paradisiache ma terrene, pretendono un riscontro esistenziale. Il giurista, in grazia della praticità del suo sapere, riesce a condizionare il filosofo e il loico. Diremmo di più: lo straordinario impegno teorico — certamente straordinario anche rispetto a un modello elevato di giurista — non impedisce di constatare che l'attenzione del raffinato architetto non si distoglie per un istante dalle sotterranee fondamenta. I

(32) *Loc. ult. cit.*

(33) Rodolfo De Stefano, per lunghi anni docente di Dottrina dello Stato nella Università messinese, quasi coetaneo di Falzea e con lui in stretto sodalizio di familiarità umana e intellettuale, è l'amico filosofo che, a più riprese, tributa questo riconoscimento all'amico teorico del diritto. Si veda, di De Stefano, soprattutto: *Il problema del diritto non naturale*, Milano, 1955, particolarmente p. 24.

concetti attingono sempre a un mondo di valori e il vero « problema del diritto è il problema dei valori giuridici »⁽³⁴⁾.

Interessi e valori ripropongono però l'immagine del giuridico come dimensione *vitale*, lo inseriscono di prepotenza nella vita. E nelle pagine del nostro un altro sostantivo — questo: vita — trova una ripetuta cittadinanza (assai più che la *esperienza* cara a Capograssi), mentre, all'opposto di quanto potrebbe e dovrebbe accadere in un *Begriffshimmel*, evocati e agganciati da interessi e valori, i fatti popolano — supporto indispensabile dei concetti — il paradiso così terrestre di Falzea.

Singolare paradiso, dunque, disegnato da un singolare teorico, che non abdica per un solo momento al suo essere — sopra tutto ed essenzialmente — un giurista, cioè un personaggio che fa i conti con un sapere incarnato, con un sapere che è scritto soltanto sulla pelle degli uomini, di uomini vivi, tanto vivi da essere sorpresi e pensati mai da soli, nel colloquio con il proprio spirito o con Dio, ma sempre in comunità, stretti l'uno all'altro in un vincolo comunitario.

È per questo che il Falzea sapiente teorico è inappagato per un universo costellato unicamente da statiche forme giuridiche; a lui, al contrario, interessa il flusso filtrante che fa dell'incomposto mondo dei fatti sociali l'ordinato mondo delle forme giuridiche: forme che sono però identificate come il risultato di un processo dinamico. Se mi è consentita l'immagine, Falzea mi appare quasi seduto a cavalcioni di un ideale muricciolo che separa il mondo del diritto da quello dei fatti, dominato da una duplice e opposta tensione interiore: di consentire ai fatti un continuo accesso nel mondo del diritto quale unica garanzia di vitalità per le forme giuridiche, ma, al tempo stesso, di controllarli, setacciarli, ordinarli, se il giurista non vuole abdicare al suo compito primario e quasi alla sua *condicio existendi* e se non si vuol costituire un ordinamento di perniciosa fragilità.

Certo è che l'ordine giuridico trova nella osmosi coi fatti la sua non-arbitrarietà e conseguente effettività; certo è che il teorico del diritto, proprio in forza della sua consapevolezza teorica, lungi dal baloccarsi con un museo di pure forme, riversa sui fatti tutta la sua attenzione. I susseguenti, incalzanti momenti della riflessione scien-

⁽³⁴⁾ *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., p. 26.

tifica della maturità stanno a dimostrarlo: dalla sintesi di grande respiro e apertura rappresentata, nel '65, dalla « voce » *Efficacia giuridica* ⁽³⁵⁾ al saggio del 1970 in tema di *Fatto naturale* ⁽³⁶⁾, alle successive meditazioni del '72 su *Fatto di sentimento* ⁽³⁷⁾, del '78 su *Fatto di conoscenza* ⁽³⁸⁾, dell'82 su *Fatto vitale* ⁽³⁹⁾. Un martello che denuncia il bisogno del giurista di guardare oltre, di non lasciare mai l'approdo epistemologicamente sicuro delle forme giuridiche ma di proiettare lo sguardo anche aldilà, dov'è *tutto il resto* che preme incessante su quelle forme, le plasma, le fonda, le legittima.

La concezione assiologica del diritto — una epifania di forme ben radicate in una basilare realtà di interessi/valori — porta inevitabilmente a una tale attenzione, provoca nel giurista la curiosità verso i fatti come tentativo di acquisizione d'una sempre maggior consapevolezza. E più consapevole sarà l'azione intellettuale del giurista, se vi sarà a sorreggerla una disponibilità vera alla appropriazione di tutta la ricchezza di cui la realtà fattuale è portatrice.

È, per l'appunto, il caso di Falzea. L'attenzione ai fatti lo conduce a registrare tutta la varia e articolatissima realtà vitale e a cercar di trasportarla, precisamente in tutta la sua varietà, senza esclusioni, entro i confini del diritto. Vita materiale, vita spirituale, vita sociale dovranno presupporre a una costruzione non unilaterale dell'ordine giuridico. E come il mondo dei fatti è percorso da interessi differenziatissimi, così anche l'universo giuridico non potrà che rifletterli fedelmente, se vuol costituirsi e restare esperienza vitale. La categoria dell'interesse giuridico ne risulta dilata-ta ⁽⁴⁰⁾, perde la valenza forzosamente economicistica per acquistare uno spessore onnidirezionale; la stessa categoria del soggetto acquista uno spessore, un respiro, una sfera d'azione, che generalmente la

⁽³⁵⁾ Pubblicata nel vol. XIV della *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1965, p. 432 ss.

⁽³⁶⁾ In *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, Padova, 1970, vol. I, p. 399 es.

⁽³⁷⁾ In *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, Napoli, 1972, vol. I, p. 315 ss.

⁽³⁸⁾ In *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, Milano, 1978, vol. I, I, p. 81 ss.

⁽³⁹⁾ Pubblicato con questa intitolazione in *Voci di teoria generale del diritto*, cit., p. 495 ss. (da dove citiamo), e con la intitolazione: *I fatti giuridici della vita materiale*, quale Relazione introduttiva, in *Atti dei Convegni Lincei, 61, Il diritto e la vita materiale* (Roma, 28-29 maggio 1982), Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1984.

⁽⁴⁰⁾ Vedi le rilevanti considerazioni di: *Fatto vitale*, cit., p. 520.

tradizione culturale giuridica occidentale aveva — se non negato — almeno sicuramente ridotto.

Affermerà Falzea dall'autorevole stallo offertogli, nel 1982, dal Convegno linceo su diritto e vita materiale: « il nuovo modello di uomo giuridico che va delineandosi, sempre più divaricantesi dal modello dell'uomo economico, fa già apparire innaturale, nella sua pretesa alla universalità, la prospettiva economica con la quale sono stati ideati e regolati gli istituti giuridici, e specialmente quelli del diritto privato » (41). Il discorso del giurista non suona a vuoto, né i suoi disegni fan da contorno a figure fantomatiche; al contrario, l'osmosi fra diritto e fatti, anche se controllata con vigilanza *ex parte iuris*, consente a una gamma assai differenziata di interessi di penetrare entro il giuridico e condizionarlo, e, vincendo a fatica su una bimillenaria tradizione romanistica che aveva sorpreso e disciplinato il soggetto privato e il suo diritto soprattutto nella proiezione caratterizzante dell'avere, riesce a permettere il profilarsi di un nuovo modello di soggetto giuridico còlto non solo nella sua dimensione economica, e perciò qualitativamente nuovo, che, come tale, abbisogna di incardinarsi in un nuovo modello di diritto maggiormente liberato da visioni tradizionali ormai ottuse e unilaterali e arricchito dalla valorizzazione di tutte le sue dimensioni, da quella della vitalità materiale a quella squisitamente spirituale.

Il porsi a cavalcioni, come ama fare Falzea, sul muro di confine tra diritto e fatti, la sua attenzione curiosa per questi ultimi, la sua reale disponibilità, sono una ricchezza per lo stesso giurista, che può far suoi i grandi problemi costruttivi dell'ordinamento rivisitandoli con occhi nuovi.

Ho spesso parlato di curiosità verso il mondo dei fatti, che trova nella convinzione del diritto come realtà assiologica il proprio motivo primo. Ne è emerso un giurista non formalista, non astratto, cosciente del divenire che percorre velocemente l'universo giuridico, teso a guardare cosa avviene al di là delle mura per non far correre mai al giuridico la pena mortificante del riecchimento e dello svuotamento sostanziale. L'analisi scientifica di Falzea — del Falzea di sempre, come compattamente ci propongono le pagine metodo-

(41) *Fatto vitale*, cit., p. 522.

logiche della « condizione » o quelle della Relazione ai Lincei dell'82 — è pertanto ricerca, ricerca di nuovi modelli in sintonia coi valori che mutano.

Come ho detto incidentalmente più sopra e come si deve ribadire qui, è un'analisi all'insegna di una forte convinzione e di una altrettanto forte insoddisfazione; convinzione nelle proprie certezze metodologiche ma insoddisfazione per i risultati raggiunti, tutti perfettibili. Del resto, lo stesso Falzea, in una delle frequenti e preziose notazioni autobiografiche che la ristampa di proprie cose gli provoca, ripubblicando nel suo vocario il saggio *Fatto di conoscenza* e tracciando l'itinerario della riflessione, si autodefinisce « uno studioso perennemente insoddisfatto »⁽⁴²⁾. È l'insoddisfazione per un universo giuridico confezionato come un museo delle cere — arbitrario, artificioso, galleggiante senza radici sulla vita —, che lo costringe a guardare ai fatti per cercar fondazioni e presagi, e a dare al metagiuridico un rilievo che è inusitato per un giurista.

Penso al respiro autenticamente filosofico, alle esplorazioni veramente *extra moenia* in territori puramente filosofici. Mi è — per esempio — sempre parso singolare — anche se puntualissimo — che, di fronte a una nozione centrale per il Nostro quale quella di interesse, egli non si limiti a risalire ai soliti mentori generalmente invocati dai giuristi, e cioè Rudolf von Jhering e Philip Heck, ma arrivi a quel ponte di passaggio fra scienza filosofica inglese e tedesca costituito dal filosofo, psicologo e pedagogista tedesco Friedrich Eduard Beneke, il traduttore di Bentham, il quale nella terza parte delle sue « Grundlinien des natürlichen Systems der praktischen Philosophie » identifica nella piattaforma d'interessi la base del fenomeno giuridico⁽⁴³⁾; singolare, quando si raffronti l'ampio spazio dedicato a Beneke da Falzea al silenzio assoluto che gli riserba Guido Fassò, professionalmente filosofo del diritto, nella sua storia della filosofia del diritto.

Ma il civilista messinese ha bisogno di uscir fuori dalle mura, di respirare aria diversa, di mettere in contatto il banco di esperimenti del chiuso laboratorio dei giuristi con l'officina a cielo aperto dei

⁽⁴²⁾ Cfr. la nota preliminare a: *Fatto di conoscenza*, in *Voci di teoria generale del diritto*, cit., p. 636.

⁽⁴³⁾ *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., p. 165.

filosofi. Si ponga mente: fatto vitale, fatto di sentimento, fatto di conoscenza; è una ventata nuova che irrompe per volontà dello stesso giurista, il quale, nella ricerca tormentosa di modelli efficaci, apre le finestre al metadiritto.

Taluno, arricciando il naso, penserà a un confuso laboratorio eclettico, dove l'uomo di scienza corre il rischio epistemologico più grosso, appunto l'eclettismo, che è — insieme — diletterantismo e provincialismo. È un rischio che Falzea ha ben presente e che viene evitato grazie a una costante vigilanza culturale che mai lo abbandona. Il suo non è eclettismo, perché egli non si improvvisa saccettamente scienziato di altre discipline; è giurista e tale rimane in ogni momento della sua vita di studioso. Capisce però lucidamente che per la comprensione del giuridico o addirittura per la corroborazione di quello nella sua autonomia, c'è bisogno di qualche scorreria nei territori limitrofi non per appropriarsene, bensì per controllare in prima persona l'utilizzo delle risorse funzionali al giurista e al giuridico.

Il grande rispetto, la minuziosa attenzione verso il mondo dei fatti si sposa sempre all'esigenza di un controllo altrettanto minuzioso nella selezione e nel trasporto entro i confini del diritto. E questa è una visione apertamente interdisciplinare, non una visione confusamente eclettica. Si leggano queste righe programmatiche, che Falzea pone a chiusura della presentazione del libro scientifico-didattico che gli è più caro e in cui si riconosce (e in cui anche è racchiusa la sua confessione più sincera sulle radici profonde del diritto), e cioè la *Introduzione*: « il giurista non può rinunciare, in nome della propria incompetenza e della competenza altrui, a controllare le basi delle idee di cui fa uso e a confrontare le sue idee con quelle impiegate dalle discipline che studiano, pur da diversi profili, la medesima realtà umana e sociale »⁽⁴⁴⁾; incalzando che « la scienza giuridica, come ogni altra scienza, deve costruire per proprio conto le sue categorie, anche se esse sono comuni ad altre scienze... e deve indicare gli atteggiamenti peculiari con cui esse si presentano nel campo prescelto »⁽⁴⁵⁾; concludendo, infine, con le due parole,

⁽⁴⁴⁾ *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., p. VII.

⁽⁴⁵⁾ *Loc. ult. cit.*

che, congiunte, esprimono il programma metodologico di Falzea: « autonomia e interdisciplinarietà ».

È un assurdo pensare che il giurista — il quale è incaricato a presiedere e ordinare il flusso arrecante all'universo del diritto la ricchezza dei fatti — possa arroccarsi nel suo sapere tecnico; dovrà, al contrario, avere occhi e orecchi affinati, e percepire quanto avviene al di là del suo sapere, ma unicamente al fine di costruire non sulla sabbia le peculiarità e quindi l'autonomia del suo specifico universo sapienziale. Interdisciplinarietà come ricchezza interiore, come maggior capacità di comprensione: lo studio sopracitato delle pagine filosofiche di Beneke non vuole dimostrare la idoneità dello scrivente come improvvisato storico della filosofia, ma piuttosto contribuire a capire meglio i processi culturali, che soli possono compiutamente spiegare il frutto già maturo nelle mani di Jhering e di Heck.

Interdisciplinarietà qui significa la possibilità di una autonomia più solida, più fondata, fondata sulle cose e non nella volontà arbitraria del ceto dei giuristi. Del resto, non di indipendenza ma di autonomia si parla, la quale, nel suo significato primo di possibilità di autodeterminazione, è principio che non pretende la recisione dei nessi di relazione con l'esterno.

Lo studioso, il cui volto ho creduto di disegnare, si mostra complesso, ma un tratto caratterizzante sembra esser quello di una notevole disponibilità culturale mai disgiunta da una notevole vigilanza critica. Della disponibilità di Falzea è testimonianza il testo, anche didattico, della *Introduzione*; sono chiaramente elencate tutte le principali elaborazioni teoriche sul diritto, che han costituito le linee culturali portanti negli ultimi trecento anni: il giusnaturalismo, il giusformalismo, il volontarismo, lo storicismo, il sociologismo, le teorie giuridiche dell'interesse.

Non v'è dubbio che il Nostro propenda per queste ultime, che si avvicinano alla dottrina assiologica a lui cara e congeniale, ma di ognuna vengono, con straordinaria puntigliosità e, quindi, con straordinaria probità intellettuale, segnati gli svolgimenti e i protagonisti, gli aspetti positivi e negativi, i pro e i contro; di ognuna Falzea cerca di essere osservatore il più possibile distaccato, disponibile a coglierne i valori, ad averne comunque un sostanziale

rispetto. Insomma, vi guarda senza unilateralità umorali, con un atteggiamento che è squisitamente critico.

Ci sia consentito un esempio minimo ma assai probante: non avrei esitazione nel qualificare Falzea personaggio culturalmente alieno da ogni tipo di giusnaturalismo, ed è proprio per questo ammirevole che, in una lunga nota dell'*Introduzione*, egli senta il bisogno di riferire e di dichiarare degno di meditazione « l'indirizzo giurisprudenziale sviluppatosi in Germania dopo l'ultimo conflitto e che si caratterizza per il richiamo e l'applicazione, nella decisione delle controversie, dei principii giusnaturalistici »⁽⁴⁶⁾. Egli ha letto con attenzione e rispetto (e cita volentieri) un saggio del Presidente del *Bundesgerichtshof* Weinkauff, del 1960, in cui si esprimeva il disagio di un ceto giudiziale tragicamente solo per la assenza dello Stato e di un saldo diritto positivo, avvinto nella sua drammatica solitudine agli unici valori che avrebbero conferito sostanziale autorevolezza alla pronunzia giudiziale. Il non-giusnaturalista Falzea si interroga sul significato profondo della singolare vicenda storica, la comprende nella sua eloquente storicità, la addita ai suoi studenti.

Tutto nella *Introduzione* è all'insegna della disponibilità e pertanto di un effettivo pluralismo culturale, anche se l'autore ha ben chiaro in testa un orientamento metodico e anche un progetto. A conferma di ciò è degno di essere rilevato che il volume si chiude con una serie di domande, una posizione di problemi. È come un invito allo studente ad appropriarsi criticamente dei contenuti del libro; in esso non troverà la verità assoluta dell'autore, ma gli strumenti per forgiarsi da sé la sua personale verità. E questo è pluralismo culturale, *non sonitu tantum sed effectum*.

Disponibilità culturale e vigilanza critica si traducono spesso in atteggiamenti complessi e problematici. La coscienza della mutazione è un sentimento che è vivo soprattutto nel Falzea della maturità: non può non essere così nello studioso che, incentrando negli interessi la propria attenzione, ha dovuto farsi osservatore minuzioso dei fatti in tutta la gamma delle loro valenze, sino ad arrivare a territori remoti da sempre per l'analisi consueta del giurista: fatti naturali, fatti vitali, fatti di sentimento, fatti di cono-

⁽⁴⁶⁾ *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., p. 51, nota 25.

scienza. Con la necessità — che ne è ovviamente scaturita — di tener dietro a questa massa plastica che preme ai confini dell'ordine giuridico fino a sforzarli; con la necessità — che ho sopra constatato — di rivedere le categorie ordinanti per evitare il rischio di continuare a contare su forme giuridiche coartanti, che provocano un *déclin du droit* e isolano il giurista dalle forze storiche e da quei fatti di cui pure egli ha consapevolezza.

La coscienza della mutazione è il grande tema e problema, che, talora sonoramente espresso e comunque sempre emergente, domina la Relazione introduttiva al Convegno del 1981 sulla vita giuridica italiana nel cinquantennio precedente (47). L'occasione — che si concreta, ad un tempo, in analisi storiografica, esame di coscienza e progetto per il futuro — si presta a mettere a nudo un simile stato d'animo. E Falzea si svela senza reticenze, mostrando il suo carattere di sempre: una complessità, che discende dalla compresenza di due forze direzionali diverse quali la disponibilità culturale e la vigilanza critica.

Affiora intensa la coscienza della storicità del momento: « tempo interepocale » contraddistinto da una peculiarità sua propria, perché « segnato dalla mutazione dei valori fondamentali della società », e pertanto suggellato dalla presenza di « grandi aporie » (48). È un tempo spinto e percorso da un divenire vivace, che impone la revisione delle tradizionali categorie ordinatorie e dei tradizionali moduli di interpretazione. È un tempo gremito da una formidabile fertilità ma anche minato da grossi pericoli: quella « condizione ottimale di ogni società giuridicamente organizzata », che « sta nell'equilibrata presenza e nel corretto temperamento della componente sostanziale e della componente formale del diritto » (49), rischia di essere compromessa e sconvolta da una ventata di antiformalismo iconoclasta, con una irruzione incontrollata dei fatti e la possibilità di un « dissesto della nostra vita sociale » (50).

(47) È la già citata (cfr. nota 8) Relazione introduttiva intitolata: *Forma e sostanza nel sistema culturale del diritto*.

(48) *Forma e sostanza nel sistema culturale del diritto*, cit., p. 42.

(49) *Forma e sostanza nel sistema culturale del diritto*, cit., p. 47.

(50) *Forma e sostanza nel sistema culturale del diritto*, cit., p. 50.

In un momento quando ancora sono aperte le ferite per i rivolgimenti del '68 e il tentativo di eversione nei valori consolidati della civiltà occidentale, quando non si è ancora spento fra i giuristi il fermento francofortese per un uso alternativo del diritto, Falzea sente la società « minacciata nella sua stessa identità »⁽⁵¹⁾ e ritorna ad additare nell'equilibrio tra forma e sostanza il segreto salvataggio di ogni ordinamento giuridico. Egli, che proprio in quel torno di anni è immerso nella sua analisi delle scaturigini fattuali del diritto e sta sicuramente lavorando sui fatti vitali per il Congresso Linceo dell'anno successivo, teme l'irruzione disordinata e incontrollata di questi, teme le breccie troppo larghe nelle mura della cittadella giuridica e richiama il diritto e il giurista alla funzione di controllo e di filtraggio, e, conseguentemente, di garanzia di un ordine autentico; in altre parole, di razionalizzazione del sociale nelle trame collaudate degli orditi giuridici; donde, il motivo e l'invito « al sistema giuridico di scongiurare la tragedia della irrazionalità »⁽⁵²⁾.

La coscienza del mutamento, che è il grande salvataggio per il giurista e che lo preserva dal precipitare nella china inarrestabile del dommatismo, si fa sgomento di fronte a un divenire segnato da una discontinuità troppo profonda, perché caratterizzata da uno sprezzante rifiuto dei vecchi valori, da un loro totale smarrimento, da una incapacità dei fatti — nel loro connaturale particolarismo — di costituire da soli l'armatura portante del nuovo edificio.

Falzea non teme il mutamento, teme le iconoclastie ingenuie nella loro utopica e infantilistica radicalità; sa che ogni civiltà storica nuova ha affermato e costruito la propria novità innestandosi sul vecchio, utilizzando vecchi e materiali anche se da trasfondere in una rinnovata visione del mondo. Il nuovo non può significare mai un arresto, una pausa, un vuoto nel *continuum* della vita storica, che è una linea senza frammentazioni e non una consecuzione di frammenti staccati. Ai giuristi è affidato proprio il compito di farsi garanti del nuovo ma custodi del vecchio, di assicurare la realizzazione del mutamento e la preservazione di un *continuum*; con un appello lanciato a tutti i giuristi: legislatori, giudici, scienziati, operatori, giacché il legislatore — nella gestione monopolistica del giuridico di

⁽⁵¹⁾ *Forma e sostanza nel sistema culturale del diritto*, cit., p. 44.

⁽⁵²⁾ *Loc. ult. cit.*

cui è investito nella civiltà moderna — ha dimostrato a questo proposito la sua assoluta inadeguatezza ⁽⁵³⁾.

Falzea, il civilista più contraddistinto da una forte, quasi esasperata dimensione teoretica, di fronte al pericolo di improvvisazioni che posson rappresentare un vuoto lacerante e per il giurista un salto nel vuoto, non ha esitazione nel cercare e trovare il proprio salvataggio nella storia, nella storia come garanzia della non-interruzione di un *continuum* che egli sente vitale, indispensabile.

Si badi: quando qui si parla di storia non si intende riferirsi ai granelli di polvere che si depositano inefficaci e offuscanti sulle cose, che tolgono nitidezza al loro disegno e nascondono i sottostanti legami fra di esse; qui il ricorso alla storia significa proprio scrollarsi di dosso quei granelli di polvere per non affidarsi a loro nell'edificare il futuro. La coscienza del mutamento e l'esigenza di revisione del patrimonio consolidato si congiungono qui con la volontà di costruire su basi solide e durature, con il timore di identificare il nuovo con ciò che è invece soltanto episodico, conseguimento effimero dei tempi brevi che stiamo vivendo. Qui storia esprime storia di tempi lunghi, storia di nessi profondi, che solo il pensiero — nella sua provvida decantazione — riesce a segnalare; qui storia esprime non la bassa corte dei fatti quotidiani, ma il grande *continuum* offerto dalla storia del pensiero giuridico.

Così intesa, la prospettiva storica è l'unico salvataggio per l'uomo di scienza che vive un fragile momento di transizione come il nostro, quando tutto è movimento e le sue capacità di percezione rischiano di confondersi; infatti solo in una prospettiva storica così intesa si colgono « sin dal loro formarsi le reali linee di tendenza della nostra società » ⁽⁵⁴⁾, perché solo nel filtro del suo *continuum* si assicura quel « maggior contatto fra diritto e vita che è una richiesta odierna » senza dover subire la « perdita di rigore e di chiarezza », che è inevitabile quando si lascia il terreno sicuro della tradizione per affidarsi totalmente ai fenomeni sociali, economici, politici nella loro disarticolata contingenza ⁽⁵⁵⁾.

Il testo scientifico-didattico della *Introduzione* è, sotto questo

⁽⁵³⁾ *Forma e sostanza nel sistema culturale del diritto*, cit., pp. 41-42.

⁽⁵⁴⁾ *Forma e sostanza nel sistema culturale del diritto*, cit., p. 45.

⁽⁵⁵⁾ *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., Presentazione, p. VI.

profilo, esemplare, dominato com'è da una coscienza multipla: consapevolezza della mutazione, della necessità di revisione delle categorie giuridiche fondamentali, del grosso impegno attuale per il giurista, ma anche perplessità sui tentativi operati, disagio per una invadenza incontrollata dei fatti, convinzione di un fermo ricorso alla tradizione. Per questo la *Introduzione* è un testo dal carattere spiccatamente storico, anche se non è opera storiografica: perché il raffinato teorico, diffidando delle improvvisazioni che sul piano speculativo portano solo a costruzioni claudicanti, vede nella riflessione storica l'unico vero ancoraggio, in un divenire troppo mobile e veloce. A chi legge la lucida « presentazione » di Falzea al suo libro prediletto non può non venire a mente la certezza morale ed epistemologica partecipata alla civiltà moderna da un suo grande mentore, Teilhard de Chardin: « le passé m'a révélé la construction de l'avenir »⁽⁵⁶⁾. Nessun culto per il passato in quanto tale, nessun gusto erudito, nessuna indulgenza verso cose remote; ma — questa sì! — una attenzione forte per il *continuum* di una linea che ha radici nell'ieri e si proietta nel domani, una domanda al passato di contribuire a fondare meglio il futuro.

Conclusivamente: il diritto e il giurista garanti di un ordine, ma non di un ordine a ogni costo che sacrifichi — magari — in forme rigide e anchilosanti la varietà del sociale; i fatti protagonisti di quella realtà certamente non statica, e perciò da cogliersi sempre in una dimensione dinamica, che è l'universo giuridico, percorso da un movimento continuo, senza strappi e senza cesure, che è la sua ineliminabile condizione di vita; gli interessi come suo autentico lievito, che non potranno non razionalizzarsi in concetti, ma sempre concetti ben incarnati, ben radicati nella terrestrità di passioni, aspirazioni, interessi, valori; il giurista come personaggio con una funzione centrale, attiva e impegnativa, giacché è lui il garante delle mura della cittadella e, nel tempo stesso, il custode degli accessi col mondo esterno, il manovratore dei meccanismi di apertura verso i fatti; la scienza giuridica con una sua posizione anche dommatica, ma sempre aliena da dommatismi.

⁽⁵⁶⁾ La frase è estratta da una delle « lettres de voyage » ed è stata opportunamente collocata *in limine* al volume: *La vision du passé*, Paris, 1957 (*Oeuvres*, t. III); tutto questo volume è infatti dominato da una simile coscienza profonda.

Qui sta il programma scientifico e il « segreto » del personaggio che oggi celebriamo: un personaggio di non facile decifrazione, perché in lui, come abbiam potuto vedere, l'unitarietà del progetto è in perenne contrappunto con la disponibilità culturale e quindi con la conseguente immancabile problematicità. L'unitarietà diventa complessità, si confronta con un divenire che non cessa, che non arriva mai a smentire le iniziali degnità metodologiche, ma reca all'approdo della coscienza del ricercatore interrogazioni e integrazioni, arricchimenti e complicazioni. Gli occhi aperti dell'ultimo Falzea sul tornante brusco del nostro mondo storico stanno a dimostrarlo.

E stanno anche a dimostrare che l'itinerario — lungi dal concludersi — continua; e la linea di ricerca resta aperta verso gli apporti del lavoro futuro. In quest'anno di grazia 1991 è consolante contemplare ancora Falzea assiduo al suo tavolo di studio con lo stesso entusiasmo e la stessa carica vitale di quando scriveva — tanti anni fa — con mano forte e decisa le premesse al libro sulla condizione; ed è consolante come continui (ed anzi si faccia forse più puntuale ed attenta), allo stesso modo di Montaigne dalla sua torre solitaria, l'osservazione curiosa del mondo e dei suoi mutamenti.

Gli occhi giovani del nostro Falzea ci fan prevedere che il suo cantiere resterà aperto e operoso ancora per molti anni. Non è arrischiato darci tutti un appuntamento tra un venticinquennio per una nuova riunione festosa.

RIPENSARE GÉNY

1. Gény nel divenire del pensiero giuridico moderno. — 2. L'assillo della scientificità: una palingenesi metodologica per il civilista. — 3. Complessità del sociale e complessità del giuridico: insufficienza espressiva della legge scritta. — 4. La rivincita dei fatti: oltre lo schermo delle fonti. — 5. Dalla « *interprétation des sources* » alla « *interprétation du droit* ». — 6. La legge scritta nella coralità delle fonti: una operazione riduttiva. — 7. Produzione e interpretazione del diritto: il ruolo del giurista-interprete nella visione pluralistica dell'ordine giuridico. — 8. Il ruolo del giurista-interprete e la rinnovazione dell'ordinamento: il conio di nuovi strumenti giuridici. — 9. Ripensare Gény.

1. A François Gény e alla sua opera scientifica è dedicato il volume XX dei « Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », che sta per essere stampato. Per la scelta di un simile oggetto quale tema di un intero volume monografico sono io e io soltanto il responsabile. Il Consiglio di Redazione aderì prontamente, ma la prima idea e la prima proposta furono mie. Questo dico non per farmene titolo di merito, sibbene per assumermene pienamente la responsabilità; questo dico, perché — ancor oggi e, forse, soprattutto oggi — su Gény sospetti, equivoci e diffidenze si intrecciano a gelidi silenzi, come ho potuto constatare nella non facile, anzi faticosa, organizzazione del lavoro collettivo.

Una siffatta constatazione è stata per me doppiamente sconso-
lante: perché costituisce il segno che l'opera del grande giurista di Nancy, o non è stata letta, o è stata letta distrattamente, o è stata fraintesa, o, infine — circostanza, ohimè, più probabile — è stata culturalmente rifiutata e quindi prontamente rimossa; perché — tirando una elementare conseguenza da tutte le congetture avanzate — è il segno di un perdurare pervicace nell'atteggiamento dell'odierno giurista di convinzioni ultime ispirate al più rigoroso e rigido positivismo giuridico.

Licenziando, nell'ottobre del 1924, la quarta ed ultima parte della sua seconda massiccia fatica, « *Science et technique en droit*

privé positif », Gény non riusciva a contenere una espressione di rammarico: « je sens beaucoup de résistance se maintenir à l'état latent » (1), prendendo atto di un atteggiamento sostanziale che durava ormai da venticinque anni, dalla data di apparizione della *Méthode* (2), e che faceva spicco rispetto alle frequenti adesioni formali e alle frequentissime citazioni (3).

Quell'atteggiamento, che il giovane professore di « Code civil » a Dijon (4) e il maturo « doyen » della Facoltà giuridica di Nancy (5) sperimentarono nella sua persistenza, è duro a morire; il giurista — almeno quello continentale — ancor oggi, malgrado le adesioni immancabili alle dottrine istituzionalistiche e l'elogio di Santi Romano recitato a fior di bocca (6), è e resta nel fondo dell'animo suo statalista e legalista, adagiato nella nicchia comoda e tranquillizzante (ma soprattutto congeniale) della esegesi. Per lui — non soltanto per il giurista operante cento anni fa, ma altresì per quello dei nostri giorni — Gény è un personaggio scomodo, e il suo messaggio rappresenta la turbativa di un ordine giuridico sedimentato da due

(1) *Science et technique en droit privé positif - Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique - IV*, Paris, 1924. p. V (d'ora in avanti sarà citato sempre come: *Science et technique*).

(2) La prima delle due grandi opere di analisi critica e di ricostruzione sistematica di Gény è appunto: *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. Paris, 1899, la cui seconda edizione apparirà — con il testo immutato ma con cospicue integrazioni — presso la Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, in due volumi, nel 1919 (d'ora in avanti sarà citata sempre come: *Méthode*).

(3) Aggiungerei oggi anche: malgrado le solenni onoranze a lui rese, in vita, poco dopo la sua *retraite*, su iniziativa di Edouard Lambert (si veda il *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, s.d.), e, non molto dopo la sua morte, in occasione del centenario della nascita (cfr. *Le centenaire du Doyen François Gény*. Recueil des conférences prononcées les 26 et 27 octobre 1962, Paris, 1963).

(4) Gény fu nominato professore di *Code civil* a Dijon nel 1892 e vi resterà fino al 1901.

(5) Gény fu eletto *doyen* nel 1919, e confermato nella carica nel 1922. Era pertanto Decano della Facoltà quando scriveva la frase trascritta nel testo.

(6) Cioè, per intenderci, del geniale scrittore di teoria generale del diritto col suo libello « L'ordinamento giuridico » (1917), non già del giuspubblicista, sistematore insigne del diritto pubblico positivo italiano, che appare spesso smentire nelle costruzioni positive le proprie riflessioni felicemente e arditamente avanzate su un piano filosofico-giuridico.

secoli, l'incrinatura di inveterate certezze e la perdita della *tranquillitas* che da quell'ordine discendeva con semplicità.

Gény ha preso di petto, nel 1899 così come oggi, il teorico e l'operatore giurista, lo ha scosso dalla sua sonnolenza, gli ha caricato addosso una pesante croce di oneri e di responsabilità, lo ha perciò provocato e infastidito togliendolo dal cantuccio d'ombra in cui si era volentieri rannicchiato, ma gli ha ridato anche il senso del proprio ruolo e la consapevolezza della propria naturale libertà, della libertà della propria azione intellettuale.

Il giurista — dottrinario e pratico, che fosse o che sia — plagiato nel suo intimo da una sottile propaganda bicentenaria, e perciò statalista e legalista convinto, ne restò (e ne resta) sgomento; forse, lettore distratto e frettoloso di quell'ammasso troppo fitto di pagine e di citazioni dottissime che è « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif », non lo ha compreso nella autenticità del suo messaggio, e, fuorviato da quella locuzione « libre recherche scientifique » tanto ripetuta e ribadita e tanto equivoca se la si sottrae alla trama rigorosa del pensiero di Gény, ne ha percepito la sola valenza provocatoria, erosiva delle « conquiste » del diritto borghese, e perciò sostanzialmente ripugnante.

Certo, profondamente certo che intorno al civilista lorenese si sono accumulati grossolani fraintendimenti generatori di atteggiamenti apologetici od ostili (gli uni e gli altri culturalmente improduttivi); convinto invece del ruolo insinuante e complesso che egli ha giocato nella storia del pensiero giuridico moderno, profondamente convinto che Gény sia — tra Ottocento e Novecento — motivo di affrancazione da condizionamenti e pregiudizi, nonché di recupero in complessità e ricchezza per l'universo giuridico; in grazia di questa certezza e convinzione ho ritenuto opportuno riproporre la persona e l'opera gényana come oggetto d'un intero « Quaderno » monografico.

La sollecitazione prevalente era storico-giuridica: occorreva ripensare Gény nel suo tempo, soprattutto nello spartiacque fra i due secoli, nel divenire della scienza giuridica da lui segnato a tal punto da caratterizzare col crinale della propria riflessione un prima e un dopo quali territori storici diversamente contraddistinti.

Forse però l'invito a ripensare Gény non aveva e non ha quale destinatario esclusivo lo storico del diritto; com'è nel programma e

nella consuetudine dei « Quaderni fiorentini », l'apostrofe può convenientemente rivolgersi anche al teorico del diritto e, più in generale, all'odierno cultore del diritto positivo, in particolare al privatista: ed è per questo che son lieto di pubblicare anche nella « Rivista di diritto civile », con qualche opportuna modificazione formale, il testo delle mie pagine introduttive. Sono convinto che Gény parla ancora per il privatista un messaggio di straordinaria vitalità e freschezza. Infatti, se il pubblicista — in forza dei suoi legami più intensi con il « politico » e con il « sociale », in forza delle sue fonti storicamente assai più plastiche — si è affrancato da vecchie e viete mitologie ed ha aggiornato efficacemente i proprii canoni metodici, il giusprivatista — con alle spalle quel fatto totalizzante che è, sul piano delle fonti, la codificazione — si mostra ancora vincolato a certi modelli passati di giurista, impregnato di certi miti e devoto di certi culti, insomma tanto sottilmente plagiato da far fatica a scollarsi di dosso il peso d'una educazione e quindi d'una caratterizzazione affatto inadeguata al suo ruolo odierno. Offrire anche a lui una occasione di ripensare Gény è dare un contributo a quel rinnovamento psicologico, che, pur in progresso negli ultimi decenni, vede tuttavia in atto resistenze più o meno latenti.

Ma perché, per l'appunto, Gény? Che cosa ha di tanto singolare la sua pagina per poterla rileggere con profitto a quasi cento anni di distanza? Perché l'impietosa usura del tempo non l'ha condannata tra le cianfrusaglie del rigattiere?

Cercherò di dare una risposta plausibile nel corso di queste pagine introduttive, ma voglio sin d'ora anticipare che il « segreto » di Gény sta nel non essere mai un descrittore: le sue pagine non costituiscono mai un dagherrotipo del proprio tempo destinato ad ingiallire rapidamente. Il proprio tempo è sempre per lui non un frammento isolato, ma il punto di una linea, che ha radici lontane ma che prosegue sicura in un avvenire ugualmente lontano. Gény si muove sempre e soltanto sul piano dei grandi problemi che toccano l'essenza del lavoro del giurista, del grande dibattito di idee sull'assetto costitutivo del diritto moderno. Questo « vigoureux remueur d'idées » (7), con un messaggio fatto di insoddisfazioni per il vecchio

(7) Come lo chiama Edouard Lambert nella sua « préface » (p. XXI) al *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, precedentemente citato.

e di presentimenti del nuovo, più che chiudere il secolo diciannovesimo, apre il secolo ventesimo, collocandosi arditamente fra le consolidazioni moderne del diritto (ma già vecchiotte e anchilosanti) e le prime linee di un suo sviluppo postmoderno.

Insomma, il filo culturale lanciato nel 1899 corre continuo, senza cesure, fino a noi. Gény mi sembra appena alle nostre spalle, in grado di dare suggerimenti che possiamo intendere distintamente e raccogliere per il presente e per il futuro. « C'est aussi indiquer une direction d'avenir » (8): quanto, a distanza di trenta anni dalla pubblicazione della *Méthode*, il civilista Eugène Gaudemet poteva scrivere con la tranquilla coscienza di chi, guardando il passato svolgersi del filo lo vedeva proiettarsi con sicurezza nel futuro, credo che possiamo oggi ripetere noi malgrado il molto maggior tempo trascorso.

2. Gény ha avuto una lunga, anzi lunghissima esistenza, morendo quasi centenario nel dicembre del 1959, ma non si può dire che sia stato autore di molte opere; al contrario, più di ogni altro, egli può essere qualificato *homo unius libri*. Il *liber*, il libro suo per eccellenza, è l'ampia riflessione su « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif », che pubblica in prima edizione, non ancora quarantenne, nel 1899: in precedenza, aveva scritto poco di rilevante in campo romanistico e civilistico (9); successivamente, tutto quello che scriverà sarà sviluppo e applicazione del nodo robusto di idee contenute in questo volume, anche l'ampia mono-

(8) « Il y a quelque trente ans que ces deux noms [e cioè di Saleilles e di Gény] devinrent le mot d'ordre et le mot de ralliement des jeunes civilistes qui menaient alors en France le bon combat pour la méthode. Mais c'est aussi indiquer une direction d'avenir » (E. GAUDEMET, *L'oeuvre de Saleilles et l'oeuvre de Gény en méthodologie juridique et en philosophie du droit*, in *Recueil d'études sur les sources du droit*, cit. III p.5).

(9) Le cose di maggiore interesse sono in realtà due anticipazioni della futura *Méthode*, che egli pubblica nella sede appartata di una Rivista borgognona. Cfr. *Essai critique sur la méthode d'interprétation juridique en vue d'une orientation nouvelle des études de droit privé* in *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*. VII (1897), e *Essai critique sur la méthode d'interprétation juridique*, *ibidem*. VIII (1898).

grafia civilistica sulle lettere missive ⁽¹⁰⁾, anche l'altra grossa fatica « Science et technique en droit privé positif » la cui pubblicazione in quattro parti lo impegna addirittura per dieci anni ⁽¹¹⁾.

Personaggio d'un sol libro, perché personaggio dalla straordinaria compattezza e coerenza. Gény vive infatti il privilegio di avere ordito e definito un proprio progetto scientifico e culturale fin dagli anni della giovinezza, di averlo costruito con profonde radici nella propria coscienza morale, e di avervi perciò mantenuto saldamente fedeltà per tutto il lungo itinerario successivo. Chi legge lo Gény dopo la *Méthode* non solo vi scopre relativamente di nuovo, ma può restare infastidito da una ripetizione quasi ossessiva di approcci metodici e di idee fondanti: e questo fino agli « Ultima verba » stancamente dettati da un vecchio novantenne ⁽¹²⁾. Ecco perché non è scorretto identificare in quel libro una vita di ricerca e a questo riferirci per misurare sia l'originalità storica di Gény, sia la incisività del suo messaggio anche per l'odierna scienza giuridica.

La *Méthode* appare — lo sappiamo — nel 1899, e dobbiamo veramente collocarla nello spartiacque fra i due secoli: raccoglie infatti i germi di novità che la riflessione giuridica francese aveva fatto emergere nell'ultimo decennio, ma li sviluppa e li sistema in un ampio disegno organico dando loro un volto, una dignità, una forza culturale tanto intensi da poter fungere da breviario per il giurista del Novecento; anche se non lo tocca alcun sentimento di disprezzo per il passato, Gény guarda però al futuro e pretende di costruirlo su basi più solide.

⁽¹⁰⁾ *Des droits sur les lettres missives étudiés principalement en vue du système postal français*, Paris, Sirey, 1911. Come puntualmente informa Gény nello « avant propos », il fine dell'opera consiste nel « tenter ... l'application serrée, minutieuse, sincèrement objective, d'une méthode critique d'investigation du droit positif, dont les principaux traits, déjà doctrinalement esquissés, demandaient, sans plus tarder, à prendre corps dans une "exemplification" concrète de quelque étendue » (p. V).

⁽¹¹⁾ La « Introduction » e la prima parte (« Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution ») sono licenziate dall'autore nel '13, la seconda parte (« Elaboration scientifique du droit positif - L'irréductible droit naturel) nel '15, la terza (« Elaboration technique du droit positif ») nel '21, la quarta (« Rapports entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif - Le conflit du droit naturel et de la loi positive ») nel 1924.

⁽¹²⁾ *Ultima verba*, Paris, 1951 (il libello, tradotto in italiano da G. Ambrosetti, prefato da F. Battaglia, è stato pubblicato dalla Editrice Studium, Roma, 1956).

I problemi che lo dominano e lo tormentano sono la scientificità del diritto (soprattutto del diritto privato) e, quindi, ben al centro delle attenzioni, la ricerca di un metodo che salvaguardi interamente quella scientificità; poi, consequenziali e compenetrati ai primi, il problema delle fonti del diritto privato e della vita delle fonti nel tempo e nello spazio, cioè della loro applicazione/interpretazione.

Gény non è né il primo né il solo, nella Francia di fine Ottocento, ad esservi attento. Dal 1890, Raymond Saleilles, giurista sensibilissimo, avvia, per il tramite di un convinto storicismo, un nuovo modo di concepire e valutare le fonti legislative e il rapporto dell'interprete con queste; saranno interventi provocati dal gran travaglio codificatorio tedesco⁽¹³⁾, saranno interventi dichiaratamente metodologici⁽¹⁴⁾, saranno più spesso interventi sul delicato tessuto costruttivo di istituti difficilmente inseribili negli schemi della tradizione civilistica⁽¹⁵⁾. Accanto, è tutto un pullulare di insoddisfazioni e di tentativi di ricerca da parte di intelligenti *homines novi*, di cui sono efficace

(13) Ci riferiamo, in particolare, a: *Etude sur la théorie générale des obligations d'après le projet de Code civil allemand* e *Etude sur les sources de l'obligation dans le projet de Code civil pour l'Empire d'Allemagne*, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, XVIII (1888-89), poi confluiti in: *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, Paris, 1890; *Etude sur la théorie générale des obligations dans la seconde rédaction du projet de Code civil pour l'Empire d'Allemagne*, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, XXIV (1894-95); *Note sur l'art. 54 du Code civil allemand relatif aux associations dépourvues de la personnalité*, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, XXXVIII (1898-99); *Les associations dans le nouveau droit allemand*, in *Le droit d'association. Etudes, notes et rapports*, Paris, 1899.

(14) In particolare: *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, in *Revue internationale de l'enseignement*, XIX (1890, 1°) e *Fondement et développement du droit*, ibidem, XXII (1891, 2°).

(15) In particolare: *De la cession de dettes*, in *Annales de droit commercial*, IV (1890); compte rendu de PAUL RENCKER, *De la non responsabilité conventionnelle*, in *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, IV (1894); *Le Homestead aux Etats-Unis. Constitution d'un patrimoine de famille insaisissable*, in *Bulletin de la Société des Amis de l'Université de Dijon*, III, I (1895); *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, in *Annales de droit commercial*, IX (1895) e XI (1897); *Les accidents de travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie de la responsabilité délictuelle*, Paris, Rousseau, 1897; *Le risque professionnel dans le Code civil*, in *La Réforme sociale*, XXXV (1898, 1°); *Un nouveau livre sur la cession de dettes*, in *Annales de droit commercial*, XIII (1899).

testimonianza per tutto il corso dell'ultimo decennio del secolo parecchie significative tesi dottorali ⁽¹⁶⁾.

Decennio, insomma, fertile ⁽¹⁷⁾ per la civilistica francese, fertile di potenzialità future, che troverà il suo compimento in alcuni straordinari eventi che lo storico ha il dovere di sottolineare: il primo congresso internazionale di diritto comparato del 1900, voluto e promosso in prima persona da Saleilles e che rappresenta non soltanto il primo serio tentativo di dar fondazioni metodologiche salde alla nuova scienza comparatistica, ma altresì di costituirla come salvataggio culturale per lo studioso di un diritto positivo nazionale (fosse pure quello francese) dandogli aperture e respiro rispetto a un chiuso e limitato sistema normativo ⁽¹⁸⁾; la creazione, nel 1902, della *Revue trimestrielle de droit civil*, frutto della collaborazione culturale

⁽¹⁶⁾ Accosto qui qualche titolo di opere prime e non prime, ma comunque di giovani autori (per la più gran parte dottorandi), opere che toccano temi allora incandescenti e, per lo più, in profonda revisione: E. LAMBERT, *Du contrat en faveur de tiers* (1893); E. LEVY, *Preuve par titre du droit de propriété immobilière* (1896); L. JOSSEMAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées* (1897); H. LANGLOIS, *Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence en droit français* (1897); E. GAUDEMET, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier* (1898). Scriverà il civilista montepessulanese Joseph Charmont, prendendo buona nota, nel 1902, sul primo fascicolo della « *Revue trimestrielle de droit civil* » di due tesi di dottorato in tema di abuso del diritto (tema allora vivissimo; nello stesso anno Georges Ripert avrebbe redatto la sua tesi sui rapporti di vicinato): « On ne devrait pas avoir besoin de dire que, pour suivre le mouvement des idées juridiques, il faut s'intéresser aux thèses de doctorat » (J.C. *L'abus du droit*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, I (1902), p. 113). Andrebbero tuttavia qui ricordate anche alcune personalità più mature (per esempio Charles Bufnoir, di cui vedi il complesso profilo, venato anche da riserve, tracciato dallo stesso Génv nel rendiconto critico della raccolta postuma di scritti: *Propriété et contrat*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, XLIX (1900), p. 108 ss.) E potrà essere utile un raffronto col profilo, assai più encomiastico che ne tracciò il genere di Bufnoir, Raymond SALEILLES, *Monsieur C. Bufnoir*, in *Archivio giuridico*, LX (1898), p. 534 ss.

⁽¹⁷⁾ Génv stesso, nello « *avertissement* » scritto nel 1919 per la seconda edizione della *Méthode* (p.III), contemplando con sguardo quasi storiografico il grande dibattito dei suoi anni giovanili, parla di « un mouvement d'envergure aussi vaste et qui devra trouver quelque jour son historien ».

⁽¹⁸⁾ Saleilles vi gioca un ruolo rilevantissimo: è suo il *Rapport présenté à la commission d'organisation sur l'utilité, le but et le programme du Congrès*, che, prima ancora di essere pubblicato negli « atti » congressuali, fu stampato e può comodamente leggersi in *Bulletin de la Société de Législation comparée*, XXIX (1899-1900); è sua la relazione di base su *Conception et objet de la science du droit comparé*, ibidem.

fra un civilista storicista come Saleilles e uno storico del diritto intimamente giurista ⁽¹⁹⁾, eccellente cultore anche del diritto positivo, come Adhémar Esmein ⁽²⁰⁾, Rivista che, sia nell'articolo programmatico di Esmein ⁽²¹⁾, sia in altri interventi di diversi maestri del diritto ⁽²²⁾, dimostrava sin dai primi fascicoli di non essere un innocuo contenitore di saggetti e di sentenze ma di voler perseguire il progetto di arricchire il mestiere e l'istrumentario tecnico del giurista con tutte le acquisizioni metodologiche emerse e via via consolidate nel corso di un quindicennio; il centenario del *Code civil*, culminante nelle celebrazioni parigine dell'ottobre 1904 e nei due

(19) Questa precisazione potrà parere a qualcuno del tutto pleonastica, e giustamente, non potendo essere lo storico del diritto altro che un giurista, il quale - per adempiere egregiamente il proprio mestiere - ha da utilizzare gli strumenti specifici della conoscenza giuridica rivolti a comprendere i più svariati tessuti storici. Non è pleonastica, se si pensa alla situazione attuale della storiografia giuridica in Italia, dove aumentano sempre più in maniera sconcertante gli storici del diritto privi di una adeguata preparazione giuridica. È invece assolutamente pleonastica per la Francia di allora, quando non erano infrequenti gli esempi di storici del diritto, che si proponevano provetti cultori anche della teoria generale del diritto e di specifiche branche del diritto positivo francese (vengono subito alla mente i nomi del nostro Esmein, di Ernest Glasson, di Edmond Meynial), e quando essi altro statuto intellettuale non pretendevano che di appartenere alla scienza giuridica intesa unitariamente e professata con una viva percezione di questa unità.

(20) Adhémar Esmein (1848-1913) fu anche un apprezzatissimo cultore del diritto costituzionale e autore di un « manuale » assai fortunato.

(21) È il saggio: *La jurisprudence et la doctrine*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, I (1902). p. 5 ss. Il suo valore programmatico viene esaltato dalla circostanza che, mancando completamente un programma autonomo, questo primo saggio di apertura, redatto dal suo direttore-fondatore, veniva implicitamente ad assumere un siffatto significato.

(22) Soprattutto il saggio-recensione di R. SALEILLES, *Ecole historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents*, *ibidem*, p. 80 ss., dove sono discusse opere di Stammler, di Duguit, di L. von Savigny e la *Méthode* di Gény quali contributi al divenire della scienza giuridica europea tra Ottocento e Novecento; e poi quello di un singolare civilista « giusnaturalista » JOSEPH CHARMONT su *L'abus du droit*, *ibidem*, p. 113 ss. (saggio che ho più sopra ricordato) e quello di E. MEYNIAL, *La déclaration de volonté*, *ibidem*, p. 545 ss. (a proposito di un rilevante contributo teoretico di Saleilles sullo stesso tema uscito proprio l'anno prima). In una simile direzione non può essere taciuto il saggio-recensione dello stesso GÉNY, *Une théorie nouvelle sur les rapports juridiques issus du contrat de travail*, p. 332 ss., cui farò riferimento anche in seguito.

sostanziosi volumi che tutti conosciamo (23), ma che, al di sopra dei trionfalismi e dei patriottismi, più che erigere un altarinò apologetico al Codice, si risolve anche in un elogio di quanto in quei cento anni si era fatto dopo il Codice e malgrado il Codice, e quindi in un elogio di una giurisprudenza francese assai più sensibile del legislatore ai problemi del mutamento sociale ed economico (24).

In questo clima si inserisce la *Méthode* di Gény, e di questo clima essa è espressione, ma non è opera che possa essere mescolata fra le tante. Ad essa debbono ascriversi due straordinari meriti: è grazie al messaggio robusto contenuto nelle sue pagine che lo sparso dibattito fatto di note, cenni, percezioni, atteggiamenti singoli non viene soltanto organicamente sistemato, ma sottoposto a una essenziale palingenesi spingendolo a un livello ben più alto e trasformandolo in un autentico discorso sul metodo, un discorso che reinventa per il secolo a venire la « scienza nova » del diritto riconducendo l'augusta disciplina di Ulpiano e di Bartolo — ormai ridotta ad esegesi — negli argini filosoficamente rigorosi ma liberi ed aperti d'una indiscutibile scientificità; è grazie ad essa, al suo costituirsi come un indispensabile punto fermo per ogni possibile discussione, che il dibattito acquista vivacità, intensificandosi in quantità e qualità e garantendo alla scienza giuridica francese durante i primi decenni del Novecento uno dei momenti più felici della sua storia.

Non, dunque, un contributo fra i tanti, ma un'opera che segna un prima e un poi, segna uno spartiacque e vi si colloca. Questo fu inteso limpidamente anche dai giovani giuristi francesi, che avevano subito letto Gény con entusiasmo; dirà puntualmente Marcel Mor-net, autore di una tesi parigina di dottorato che avrà onore di larghe citazioni nella seconda edizione della *Méthode*, nel '19: « ce livre

(23) *Le Code civil - 1804/1904 - Livre du centenaire*, Paris 1904.

(24) Significativo anche l'atteggiamento della giurisprudenza, che sembra quasi festeggiare il centenario del proprio lavoro interpretativo. Emblematico il discorso pronunciato il 29 ottobre 1904 alla Sorbona, proprio in occasione del centenario, dal Primo Presidente della Corte di Cassazione ALEXIS BALLOT-BEAUPRÉ, in *Le centenaire du Code civil*, Paris. Imprimerie nationale, 1904, p. 27 ss. Dello stesso si veda anche il *Discours d'installation à la Cour de Cassation*, pubblicato in *Le droit*, 17 octobre 1900.

lui-même qui fut un couronnement, semble devoir être maintenant un point de départ » (25).

Ed è vero. Il civilista lorenese aveva redatto un manifesto, un manifesto di ben seicento pagine (26), ma un manifesto. È proprio la psicologia dello scrivente, che si compenetra a tutta l'opera sua e da essa in ogni riga traspare, a rendere la *Méthode* un fatto letterario unico: è, innanzi tutto, « un sérieux examen de conscience » (27) compiuto da un giurista, che allo scadere di un secolo coincidente con quasi cento anni di vita giuridica francese sotto l'impero d'una codificazione generale ritiene di interrogarsi per porsi finalmente, con la più aperta franchezza, domande essenziali sul rapporto fra esperienza giuridica e sistema delle fonti, sulla interpretazione quale garanzia di vitalità per ogni ordinamento e quindi anche quale aggancio necessario fra quella esperienza e quel sistema, sulla propria identità di giurista.

Gény è sorretto da una duplice coscienza.

Che a chi, come lui, si accinge a un compito tanto delicato e impegnativo, occorre un non facile lavacro interiore, occorrono per l'osservazione occhi mondi, che abbiano saputo sbarazzarsi dei plagi e delle suadenze che il passato inevitabilmente insinua per resistere al nuovo; se si vuol fare un concreto passo innanzi, deve infatti trattarsi di una « enquête intime, franche, exempte de tout préjugé comme de tout parti pris » (28); vergine di pregiudizii, Gény sa di poter far conto solo sui « vierges de préjugés » (29) per non restare impantanato in uno sterile misonismo e consentire ai risultati del suo esame di diventar canone accettato della comunità dei giuristi.

Che gli occhi non han da essere soltanto mondi ma anche culturalmente provveduti; non servono occhi miopi, che non vedono perché non ne hanno la capacità. Alla coscienza della propria

(25) M. MORNET, *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile - 1804/1904*, Paris, 1904, p. 4.

(26) Così nella prima edizione del 1899, nella quale era ristretto a un solo volume.

(27) *Méthode*, Introduction, n. 3: « il nous faut faire un sérieux examen de conscience » (il corsivo è di Gény).

(28) *Méthode*. Introduction, n. 3.

(29) L'affermazione è in *Science et technique*, n. 9.

sincera disponibilità interiore si assomma quella della propria validità e delle proprie personali e singolari possibilità. Anche senza sgradevoli espressioni manifeste, che avrebbero costituito una pesante caduta di stile, le pagine della *Méthode* (e poi di *Science et technique*) sono tutte impregnate d'un siffatto preciso sentimento, ma v'è una circostanza in cui Gény ritiene di doverlo manifestare con icasticità. Nel 1910 il « Collège libre des sciences sociales » organizza un corso di lezioni su « Les méthodes juridiques », oggi a noi conservato in un assai eloquente volume che le raccoglie. Accanto a Gény, che è l'unico docente di una Facoltà provinciale, parlano Larnaude, Berthélemy, Tissier, Truchy, Thaller, Pillet, Garçon, tutti professori della Facoltà giuridica parigina. L'esordio del nostro è quasi all'insegna della sfida: dopo le scuse « d'avoir à garder une position décidément personnelle » e di « assumer toute la responsabilité de mon indépendance », ecco la assai netta conclusione: « Mais surtout, je m'estime autorisé à penser que la seule raison, qui puisse expliquer ma présence à cette place, soit qu'on ait voulu m'offrir bienveillamment l'occasion d'exposer, devant un public curieux de ces questions, et dans une Maison ouverte à toutes les audaces de l'esprit, à quel stade j'en suis personnellement arrivé dans la précision de la Méthode juridique. Vous me permettrez donc de vous présenter librement et sincèrement le mouvement de ma pensée propre, tel qu'il s'est développé le long du monument édifié par les jurisconsultes philosophes de l'époque contemporaine et en présence des matériaux accumulés par toutes les forces créatrices de notre droit positif » (30).

È un testo dal valore squisitamente confessorio e su cui conviene indugiare un poco: quanto, nel 1899, il giovane giurista lorenese preferiva far scaturire implicitamente dal contesto d'una pagina o affidare alla indiretta mediazione di accenni, rilievi, giudizi, qui il maturo civilista, già forte del successo ottenuto e in procinto di pubblicare l'anno di poi il documento applicativo delle sue premesse metodiche e cioè il volume intorno alle lettere missive, non ha

(30) *Les procédés d'élaboration du droit civil*. in *Les méthodes juridiques* — Leçons faites au Collège libre des Sciences Sociales en 1910 par Mm. F. Larnaude, H. Berthélemy, A. Tissier, H. Truchy, E. Thaller, Pillet, E. Garçon, F. Gény, préface de Paul Deschanel, Paris, 1911, pp. 174-75.

proprio peli sulla lingua e tiene a dichiarare espressamente la volontà di non essere mescolato e confuso con gli altri giuristi in un pubblico palcoscenico dove — per l'appunto — l'attenzione verteva direttamente, senza il filtro della interpretazione che poteva servire ad attutirne la valenza filosofica sotto un mantello tecnico, sul metodo giuridico, sul metodo giuridico e basta. Il tono è polemico, e polemica è la solitudine in cui egli vuole arroccarsi. È evidente il compiacimento di chi si volge indietro e contempla soddisfatto l'opera sua ⁽³¹⁾: opera personalissima, indipendente, di chi ha presentato la direzione storica e ha tentato di segnlarla tenendo dietro a un senso di consapevole responsabilità, ma anche con una di quelle mirabili « *audaces de l'esprit* » non infrequenti nella storia della umana avventura.

« *Le moment est venu* » aveva scritto Gény nella introduzione alla *Méthode* ⁽³²⁾, proponendosi come lettore attento dei segni e come investito d'un compito tra il profetico e il missionario. Ora, 1910, dodici anni dopo, dovendo parlar con franchezza di metodo, constata apertamente la giustezza della direzione e tiene a marcare la separazione del suo indagare da quello della massa indistinta dei giuristi.

La sua audacia interiore, il suo coraggio intellettuale, la sua responsabilità culturale miravano e mirano, in sempre ulteriori conquiste, a un grande disegno: « *la précision de la méthode juridique* ». La sua « *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* » era il primo punto d'una linea tutta da disegnare, e cioè il tentativo di scrivere — per la seconda volta in terra di Francia — nel campo più circoscritto della scienza giuridica ma con le generali consapevolzze filosofiche che, sole, potevano garantirne la scientificità, un vero e proprio « *discours de la méthode* », un « *discours de la méthode* » per quel singolare personaggio operante tra arte e

⁽³¹⁾ Questo compiacimento è nettamente segnato nello « *avertissement* » con cui Gény ristampa, nel 1919, la *Méthode*, aggiornandola di folte note ma lasciandola invariata nel testo, che viene riprodotto nella stesura avuta nel '99: « *je n'ai pas pensé qu'il y eût de modifier les bases essentielles du livre* », giacché « *les conclusions négatives qui formaient le but capital de l'oeuvre poursuivie, demeurent, à mon avis, inébranlées* » (p. VI-VII). È per le conclusioni « *positive* » che Gény è insoddisfatto, come dichiara in *Science et technique*, Introd. p. 10, e anche nello stesso « *avertissement* » alla ristampa ora citata della *Méthode* (cfr. p. VII).

⁽³²⁾ *Méthode*. Introduction, n. 5.

scienza, che è il giurista di sempre, troppo spesso sonnolento, troppo spesso indifferente, troppo spesso involuto in una insensata astrattezza senza metafisica.

L'esame di coscienza di Gény è dunque la sua ricerca della verità; come ogni esame di coscienza, da avventura intellettuale diventa anche una avventura morale, e non può non avere una forte tensione verso la « riforma ». È proprio come itinerario culturale e morale insieme che Gény tiene a separarlo dagli esercizi logici dello stuolo degli esegeti, insistendo sulla caratterizzazione autenticamente personale.

Ma il discorso retrospettivo del '10 ha un ulteriore valore confessorio: non è soltanto — quell'itinerario di ricerca e di riforma — il frutto di un personaggio che vi si è dedicato con la totalità delle sue forze interiori — conoscenza, intuizione, azione morale —, ma è il frutto dell'umiltà con cui questo personaggio solitario e consapevole si è chinato a leggere i giureconsulti-filosofi e a imparare da loro, si è impegnato a osservare e valorizzare *tutte* le forze creatrici del diritto positivo francese.

Qui, in questa *retractatio* fatta alle soglie dei cinquanta anni, con alle spalle l'edificio della *Méthode* consegnato alla critica mondiale e ormai riposato in una sua nicchia definita, in grado di offrire già le primizie dello sviluppo riflessivo — innanzi tutto, la distinzione poi ricevutissima fra *donné* e *construit* ⁽³³⁾ — che era in procinto di

(33) Come lo stesso Gény tiene ad avvertire nella « note de l'auteur » premessa alla prima stampa del primo volume di *Science et technique*. « les idées essentielles, qui sont à la base des études, dont le présent cahier commence la publication, ont été annoncées dans une leçon faite, en 1910, au Collège libre des sciences sociales ». Per il riferimento alla distinzione fra *donné* e *construit*, cfr. *Les procédés d'élaboration du droit civil*, cit., pp. 181-182.

È soltanto per il lettore eventualmente digiuno e al solo scopo di far chiarezza che trascrivo qui le parole stesse usate da Gény nella predetta *leçon*: il *donné* è « ce que révèle la « nature sociale », interprétée d'après ses conditions propres ou sous les inspirations d'un idéal supérieur; pour aboutir à des directions de conduite, dont le fondement sera d'autant plus solide qu'il contiendra moins d'artificiel ou d'arbitraire»; il *construit* consiste invece, « en partant des données naturelles une fois acquises », nel « mettre celles-ci en valeur, c'est-à-dire les transformer ou les assouplir de façon à les adapter à la pratique, pour laquelle elles sont destinées ». Il *donné* è natura, il *construit* è artificio. Il primo è oggetto di *science*, il secondo di *technique*. « La notion de technique juridique représente tout ce qu'il y a d'artificiel ou ce qui est oeuvre propre de la volonté humaine

avviare a sistemazione nel primo prossimo volume di *Science et technique*, qui Gény ci porge sinteticamente i motivi e gli elementi costitutivi per comprendere appieno la sua ricerca: egli è un giurista, un giurista senza velleitarismi, un giurista che non vuole indossare altra pelle se non la sua propria, il cui campo d'azione — verità ripetuta infinite volte — è pertanto il puro diritto positivo, addirittura il diritto privato positivo; un giurista che deve misurarsi con tutto il *droit*, che, infrangendo i semplicismi di chi si contenta di forme e di artifici, deve avere una percezione più puntuale della complessità di forze che lo compongono; un giurista che, per far questo, non può non irrobustire il suo sguardo con un indilazionabile arricchimento culturale e soprattutto filosofico.

3. V'è una espressione, felice nella sua inusualità, che mi pare possa esser presa come conveniente punto di partenza per la comprensione del messaggio gényano; è contenuta in uno dei testi più indicativi del nostro, il discorso del 1900 su « la notion de droit positif à la veille du XX^e siècle », dove si parla della « sincérité naturelle de la vie juridique » ⁽³⁴⁾

« Sincero », « franco » sono aggettivi che appartengono al lessico abituale di Gény, ma sempre attribuiti a se stesso o alle qualità di un'osservazione o di un giudizio. Il singolare, nella locuzione trascritta, è che si parla di una sincerità naturale della vita giuridica, dove la forzata trasposizione di un carattere squisitamente umano a segno distintivo di una realtà non sensibile come il diritto è l'efficace strumento retorico per sottolineare la convinzione elementare e fondante di Gény che il diritto è espressione della vita e che la manifestazione giuridica — lungi dall'essere forzatura o artificio — è di essa una

dans la constitution du droit positif, et l'élaboration technique du droit consiste à donner aux éléments, fournis par la nature des choses, une forme, des contours, des manières d'être, qui les modifient, d'une façon toujours un peu factice et conventionnelle, en vue de les adapter à la vie » (p. 189). Infatti, « nécessaire et suffisante à la fois, pour donner au système du droit positif son fondement et ses cadres, la science, même largement entendue, reste, à elle seule, impuissante à fournir les pièces essentielles de son fonctionnement pratique » (p. 188). Queste idee, già percepite e puntualizzate con sicurezza nel 1910, saranno ripetute qualche anno dopo in *Science et technique*, n. 33 ss.

⁽³⁴⁾ *La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle* - Discours prononcé à la séance solennelle de rentrée de l'Université de Dijon le 8 novembre 1900, Dijon, 1900, p. 21.

dimensione connaturale e perciò congeniale e perciò particolarmente espressiva; il diritto, se è diritto e non violenza legale, non può non essere specchio sincero, cioè particolarmente fedele, della natura dell'uomo come animale sociale e della natura più intima della società.

Gény ripeterà giù tardi ⁽³⁵⁾ molto volentieri, aderendovi, la formula in cui felicemente si assomma la conclusione di un brillante libello scaturito nel solco fertile del movimento innovatore: « le droit ne domine pas la société, il l'exprime » ⁽³⁶⁾; dove è segnato il nesso inscindibile fra diritto e natura delle cose sociali, ed anche la imprescindibile socialità del diritto.

Per il giurista di fine secolo qui si scrive la dignità prima della propria scienza, ma qui comincia anche per chi guardi attento la società nella sua globalità insoddisfazioni e preoccupazioni. Il sociale è colto da Gény, così come doveva apparire a un osservatore non superficiale, allo scorcio dell'Ottocento, nella sua complessità e nella sua mutevolezza; una realtà strabocchevole percorsa e complicata da relazioni sempre maggiormente proliferanti, una realtà — per giunta — che conquiste tecnologiche, nuove frontiere economiche, incisive lotte sociali immettevano in un divenire incessante. Gény lo percepisce con puntualità e ne resta affascinato; e per questa realtà il frequente manierismo del suo linguaggio ha le massime indulgenze. Il discorso del 1900 ne reca tracce evidenti, talora stilisticamente assai gravi (« la complexité infinie et la mouvance incessante de la vie sociale », « l'inépuisable richesse et la prestigieuse variété de la vie sociale ») ⁽³⁷⁾, ma sono le tracce schiette di un sentimento che è particolarmente intenso.

Con una aggiunta ulteriore; il sociale di Gény è ancora più complicato e più ricco, perché non è confinato e risolto nella mera immanenza, anzi è un sociale aperto verso l'alto, sempre sorretto da una precisa coscienza del metafisico ed orientato a una dimensione metafisica; l'idea di una giustizia superiore come polo di tensione per

⁽³⁵⁾ Nel 1919, nella seconda edizione della *Méthode*, nel primo dei saggi aggiunti in calce al secondo volume, che si intitola: *Le combat doctrinal pour la méthode juridique en France et en Belgique depuis 1899* (cr. n. 189).

⁽³⁶⁾ J. CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, 1908, p. 336.

⁽³⁷⁾ *La notion de droit positif à la veille du XX siècle*, cit., rispettivamente p. 17 e p. 21.

l'umana giustizia e per tutto l'universo giuridico si presuppone alla intiera opera di Gény, con un crescendo riscontrabile nel procedere della riflessione. Dio — che Gény talvolta nomina espressamente, come fa (con grande coraggio, considerati i tempi di positivismo e scientismo dominanti) nella introduzione alla *Méthode* ⁽³⁸⁾ — è, al pari del coro nella antica tragedia greca, un vero e proprio personaggio ideale; ma senza dubbio spiritualmente protagonista.

E tutto — il religioso, il morale, il sociale, il giuridico — confina e anche si immedesima nel mistero. Nessun giurista, al pari di Gény, ha infatti, con tanta insistenza, parlato esplicitamente di « mistero », tanto meno fra i suoi contemporanei cui doveva massimamente ripugnare il riferimento a una dimensione così abdicativa per l'umana ragione; e invece si parla nelle sue pagine dei « mystères de la nature morale » ⁽³⁹⁾, del « mystère du monde moral » ⁽⁴⁰⁾, della giustizia come « idéal mystérieux » ⁽⁴¹⁾ per arrivare imperturbato a discorrere del « mystère du monde » ⁽⁴²⁾ e del « grand mystère du droit » ⁽⁴³⁾.

È proprio da questa coscienza della complessità del reale, di tutto il reale — sia esso morale, fisico, sociale —, è proprio dalla consapevolezza delle rapidissime trasformazioni cui il mutamento sottopone la società moderna, che al giurista convinto della « sincerità » espressiva del diritto rispetto al sottofondo sociale ma operante in un paese retto da un rigido sistema codificato, cominciano ad affiorare dubbii e preoccupazioni, incrinature profonde nelle certezze più profonde d'uno scienziato, quelle metodiche.

Nel 1899 Gény non può smentire che qualcosa di positivo finalmente fermenta nel gregge dei giuristi e non manca di registrare compiaciuto nomi ed opere, ma constata anche che si tratta solo di semi sparsi, di intuizioni pròvvide, ma poche e non raccolte ⁽⁴⁴⁾. Il

⁽³⁸⁾ *Méthode*. Introduction, n. 3.

⁽³⁹⁾ *La notion de droit en France. Son état présent. Son avenir - Essai de ralliement autour d'un programme homogène d'études de philosophie du droit*, in *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, a. 1931, p. 15.

⁽⁴⁰⁾ *La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle*, cit., p. 26.

⁽⁴¹⁾ *Les procédés d'élaboration du droit civil*, cit., p. 196.

⁽⁴²⁾ *Ibidem*, p. 185.

⁽⁴³⁾ *Science et technique*. Introduction, n. 3, in fine.

⁽⁴⁴⁾ Nella *Méthode* (Introduction. n. 4) egli cita a un posto d'onore Labbé e

pericolo che incombe è invece di una rilevante gravità: il distacco sempre più acuto, fino a diventare una rottura insanabile, fra assetto sociale complicato e mobilissimo e un diritto ridotto a cortecchia secca e separata, forma inutile perché inadatta a rivestire la realtà sottostante ⁽⁴⁵⁾.

L'osservazione del giuridico, del giuridico positivo come appare in terra di Francia a un civilista di fine Ottocento, si muta in una pesante invettiva. I mali profondi sono soprattutto due, e sono letali nella loro stretta combinazione: un sistema politico che intende monopolizzare la produzione del giuridico e ridurre il sistema giuridico a un insieme di leggi; una psicologia diffusissima persino nel ceto dei giuristi — impastata insieme di pigrizia e di incapacità — che ha fatto accettare l'estromissione dal ruolo creativo del diritto e ha fatto ritenere naturale che comunità antiche produttrici di consuetudini, giudici, scienziati del diritto siano paghi d'esser soltanto destinatari o passivi applicatori di norme da altri costituite.

Gény conosce benissimo le radici storiche di quel parossismo legalistico e sa perfettamente che un siffatto assolutismo giuridico è soltanto un frutto storico, un frutto che, nel momento in cui lo si toglieva dal grembo di una vicenda relativa e lo si proponeva naturale e durevole al di là del tempo e dello spazio, diventava velenoso e perverso per l'ordine giuridico ⁽⁴⁶⁾. Quel che bisognava combattere senza risparmi di colpi non era la legge in quanto tale, strumento indispensabile e adeguato per ordinare i difficili meccanismi di una società moderna, bensì la sua mitizzazione, la credenza inconsapevole in un legislatore taumaturgo ⁽⁴⁷⁾, quasi che egli

Saleilles, ma non può fare a meno di soggiungere: « je crains seulement que ce mouvement n'ait pas encore pénétré assez avant dans la masse des jurisconsultes, qu'il ne reste jusqu'ici, malgré tout, que le fait d'une très faible minorité ».

⁽⁴⁵⁾ È il tema che trova la trattazione più icastica da parte di Gény nel discorso del 1900 su *La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle*, cit., *passim*.

⁽⁴⁶⁾ Per una lucida storicizzazione dei postulati giusnaturalistici del legalismo ottocentesco e per una altrettanto lucida coscienza della destoricizzazione cui viene sottoposto questo legalismo durante i secc. XVIII e XIX fino a farlo diventare il traguardo ultimo e definitivo d'un ordine giuridico progredito, cfr. *La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle*, cit., p. 14 ss.

⁽⁴⁷⁾ « Cette foi aveugle en la puissance des formules légales » (*Les procédés d'élaboration du droit civil*, cit., p. 176).

potesse, nell'istante di promulgazione dell'atto normativo, prevedere tutti i possibili sviluppi e ricomprendere in formule definite tutte le possibili situazioni e relazioni dell'organizzazione giuridica (48).

La seconda dignità metodologica da affermare — dopo quella di un diritto sorpreso come espressione e non coercizione del sociale — è la impossibilità di una coincidenza fra legale e giuridico. Solo « ce fétichisme de la loi écrite et codifiée » (49) — che è superstizione (50), che è illusione (51), che è unicamente « un mirage vulgaire » (52) — ha potuto avvalorare una conclusione contraria, ma è conclusione fideistica, antiscientifica, smentita dalla osservazione della realtà. A rettamente esaminarlo, dopo essersi ben mondati gli occhi da plagi deformanti, il sistema legislativo rivela la sua impotenza a ordinare i fatti (53), mentre la legge appare come una rivelazione assai parziale (54) — e, per giunta, « révélation imparfaite » (55) — del vasto territorio del diritto, quasi un continente sommerso di cui le formule legislative sono in grado di segnalare unicamente una cuspide affiorante. A fine Ottocento, sul piano del diritto ufficiale, domina ancora una visione estremamente ridotta e riduttiva (56) del grande fenomeno giuridico, incapace di esprimerlo nella sua vivacità e globalità e incapace quindi di porre in essere quella combinazione armonica che fissa nel diritto un cemento congeniale all'edificio sociale (57).

(48) « Abusant de la délégation du peuple, se tenant pour chargé de sceller d'un coup le contrat social, le législateur a cru parfois pouvoir fixer en un instant tout l'ensemble de l'organisation juridique » (*La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle*, cit., p. 5).

(49) *Méthode*, n. 35. in principio. La stessa espressione è ripetuta in: *Les procédés d'élaboration du droit civil*, cit., p. 175.

(50) *Méthode*, n. 189.

(51) *Science et technique*, p. 1, n. 11.

(52) *La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle*, cit., p. 5.

(53) « La législation proprement dite, manifestement impuissante à suivre d'un pas égal et sûr l'évolution incessante des nécessités juridiques » (*Méthode*, Introduction, n. 3).

(54) « La loi écrite... ne peut être tenue pour autre chose, qu'une information, très limitée du droit » (*Méthode*, n. 183, in principio).

(55) *Méthode*, Introduction, n. 3.

(56) Terminologia che appartiene al lessico caratteristico di Gény.

(57) « L'insuffisance irrémédiable de la loi écrite à fournir à l'interprète toutes les solutions requises par la pratique » (*Méthode*, n. 84).

Ma ad un male si sovrappone un altro male: credendo indiscutibile un siffatto sistema chiuso e ritenendolo intangibile, gli interpreti-applicatori si sono volentieri legati da se stessi le mani e si son sentiti legittimati unicamente a esercizi logici tra i varii frammenti componenti il sistema ⁽⁵⁸⁾. A una visione riduttiva dell'ordinamento giuridico ha corrisposto pertanto una concezione altrettanto riduttiva del compito del giurista interprete, necessariamente confinato al rango passivo di esegeta, utente meccanico di elementari procedimenti di logica formale.

Tutto questo non può che impedire al diritto di svolgere il suo ruolo sociale e al giurista di corrispondere al proprio statuto metodologico. Il diritto è condannato a sclerotizzarsi, il giurista a compiere una attività intellettuale di nessun rilievo scientifico. Gény condanna senza appello due semplicismi, l'uno consequenziale all'altro: a livello filosofico, il semplicismo giusnaturalista di credere nelle capacità illimitate di una intelligenza puramente razionale, che riesce a leggere la natura eterna delle cose e a fissarne le regole in formule dalla universale validità; a livello giuridico, il semplicismo di identificare nel legislatore il lettore-interprete-codificatore delle regole di natura e di affidargli il potere esclusivo di produrre le norme.

I guai del diritto moderno, dopo cento anni di esperienza codificata, si annidano nella coscienza che sorregge questi due semplicismi; che si affermano come semplicismi proprio di fronte alla infinita complessità del reale. Il richiamo alla complessità, che solo un atteggiamento culturalmente presuntuoso e insieme una pervicace operazione di accentrazione del potere riuscivano a ignorare, è il salvataggio culturale di Gény. Il civilista, attento alla prassi e alla sua genesi spontanea nella vita quotidiana del diritto, constata una infinità di figure nuove, che i complicati traffici moderni coniano per loro conto senza beneplaciti sovrani e che non possono trovare rispondenza nei modelli classici ma troppo statuarii offerti dal *code*

⁽⁵⁸⁾ « Malgré tout pourtant, on restait rivé à ce postulat, d'un droit reposant tout entier sur la loi écrite et soumis à une stricte logique, qui paralysait les efforts les plus décidés » (*Méthode*, n. 188); « la plupart [des juriconsultes] pratiquent délibérément une sorte de procédure mécanique d'interprétation et d'adaptation des préceptes juridiques. aux visées courtes, aux tendances étroites » (*Science et technique*, Introduction, n. 3, in principio).

civil ⁽⁵⁹⁾; e si avvede che occorre liberare il diritto privato da tutta una condizionante mitologia civilistica; soprattutto occorre riacquistare una disponibilità psicologica perduta per recuperare al giuridico quanto i dogmi legalistici avevano relegato nel limbo dell'irrelevanza o, peggio ancora, nell'inferno dell'illiceità.

Il peccato originale è principalmente di errata impostazione filosofica, e Gény vi si indugia volentieri con lo scialo straripante di uno straripante frasario barocco: « Partis du dogme, aveuglément accepté, de la souveraineté de l'intelligence et de l'omnipotence de la raison, nous avons tellement ratiociné, subtilisé, épilogué sur les hommes et sur les choses, que, découvrant chaque jour pour de nouveaux enchevêtrements, des variétés et des complications infinies, au milieu d'un flux incessant de réalités contingentes, nous en sommes arrivés à nous sentir de plus en plus envahis et abordés par la vie, submergés sous son exubérante richesse, écrasés de son incommensurable puissance, incapables finalement de la dominer pour en saisir toutes les relations, voire même pour en démêler les lignes principales » ⁽⁶⁰⁾.

L'ammissione di una vita indominabile dalle sole facoltà razionali chiede una spiegazione ulteriore, ed affiora precisa quella che sarà un'idea-forza e una costante del pensiero di Gény: la vita è dominata anche da forze irrazionali e può esser pertanto compresa e ordinata unicamente tenendo conto anche di queste. Nel discorso digionese del 1900, poco dopo la diagnosi contenuta nel testo precedentemente citato, ecco la indicazione lucida di un cammino nuovo da percorrere, disegnata nel momento in cui si tesse l'elogio del « romantisme du droit » della Scuola Storica e della sua validità più duratura: « c'est qu'... il entrevoit la richesse et la complexité de la vie, qu'il sent profondément l'impuissance de la raison subjective à embrasser d'avance la totalité des rapports à régir, et que, constatant l'insuffisance du verbe autoritaire pour leur imposer l'ordre nécessaire, il fait appel à des forces plus obscures mais plus souples, en vue d'assurer la pleine mission du droit » ⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁹⁾ Ne sarà trattato ampiamente più avanti.

⁽⁶⁰⁾ *La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle*, cit., p. 12.

⁽⁶¹⁾ *La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle*, cit., p. 20.

Il motivo di fondo ritorna insistente: ricchezza della vita giuridica, povertà delle formule legali che hanno preteso di regimarla secondo un progetto unicamente razionale; richiamo pressante ad altre forze, che pur non facendo capo alla dimensione razionale e, anzi, proprio per questo, sono in grado di garantire un approccio più realistico con le « grand mystère du droit ».

4. Sono carenze che, senza dubbio, si manifestano nel tessuto stesso della vita quotidiana del diritto, nella costruzione degli istituti e degli assetti tecnici dell'ordine giuridico, ma che si originano innanzi: nascono infatti da scaturigini prime di indole filosofica, che si traducono immediatamente in una falsata e falsante epistemologia giuridica, trascinandolo necessariamente con sé la solidità, l'armonia, l'idoneità dell'intero edificio.

Se il giurista Gény ha precisa coscienza che « le moment est venu »⁽⁶²⁾ per assumere una posizione attiva; se il risultato non può non essere « un horizon plus ouvert... dans le champ de l'interprétation »⁽⁶³⁾, la strada non può invece che cominciare da molto più in alto e da molto più lontano: « j'entends donc chercher les bases d'une réforme d'après le point de vue méthodologique »⁽⁶⁴⁾; aggiungendo prontamente: « une méthode ... dont il appartient à la science seule de définir les procédés et de fixer les lois »⁽⁶⁵⁾.

Il problema è e resta, insomma, sostanzialmente epistemologico: sciolto quel primo nodo, tutto diventerà più semplice. È in una siffatta indefettibile consapevolezza che si legittima il respiro filosofico, l'intelaiatura filosofica di tutta l'opera gényana. Non velleitarismo, non ostentazione, ma una elementare necessità di salvataggio culturale.

Sia ben chiaro, infatti, che il giurista non intende vestire panni che non gli si addicono; il giurista è e resta giurista senza nessuna presuntuosa metamorfosi. Egli ripete fino alla noia che il suo terreno è quello del « *pur droit positif*, domaine du praticien, du magistrat, du jurisconsulte, de tous ceux qui ont a dégager les solutions

⁽⁶²⁾ *Méthode*, Introduction, n. 5.

⁽⁶³⁾ *Méthode*, Introduction, n. 4.

⁽⁶⁴⁾ *Méthode*, Introduction, n. 5.

⁽⁶⁵⁾ *Méthode*, Introduction, n. 3, in fine.

juridiques » ⁽⁶⁶⁾, ma che non può non occuparsi anche di presupposti filosofici, giacché è proprio da premesse filosofiche errate che son venute ai giuristi e alla scienza giuridica tante nefaste conseguenze.

Egli si accosterà ai temi più propriamente filosofici con la massima umiltà, e con umiltà si sentirà tributario delle mature riflessioni che intorno a lui hanno costruito una antropologia più soddisfacente. Se il diritto vuol essere anche una scienza secondo una tradizione antica ed egregia, è questo un attingimento improcrastinabile. Proprio sotto il profilo della scientificità, gli esercizi logici dei giuristi sopra dei testi autoritativi appaiono assolutamente manchevoli, sia per l'insufficienza delle costruzioni puramente logiche a fornire alla ricerca scientifica delle fondazioni obbiettive ⁽⁶⁷⁾, sia per la separatezza di quei testi normativi dalla vita reale che essi pur dovrebbero ordinare e regolare ⁽⁶⁸⁾, sia per la giusta ripugnanza che non si può non nutrire verso una riflessione dipendente da testi indiscutibili e risolventesi piuttosto in una dommatica ⁽⁶⁹⁾.

Il fondato — e da Gény condiviso — timore è che tocchi al diritto ciò che è toccato in sorte alla teologia, l'espunzione dal novero delle scienze ⁽⁷⁰⁾. Per il Nostro è giunto il momento di

⁽⁶⁶⁾ *Méthode*, Introduction, n. 6, in principio. Il corsivo è di Gény, la sottolineatura è, dunque, sua.

⁽⁶⁷⁾ « Le système des conceptions abstraites et des constructions purement logiques apparaît impuissant à fournir à la recherche scientifique autre chose qu'un instrument de découverte, sans valeur objective, qui peut suggérer les solutions, mais incapable, à lui seul, d'en démontrer le bien fondé, ni d'en éprouver le mérite intrinsèque et la vérité durable » (*Méthode*, n. 82).

⁽⁶⁸⁾ « Ce que je veux surtout relever, c'est la fâcheuse réaction, de cette fondamentale discordance entre le Droit positif et la vie soumise à son empire, sur le rôle social et scientifique de la jurisprudence à notre époque » (*La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle*, cit., p. 10).

⁽⁶⁹⁾ « La conception actuelle de la science ... exclurait incontestablement de son domaine une discipline, purement autoritative, qui, dominée par des textes infrangibles, s'attacherait seulement à en reconnaître le contenu » (*Méthode*, n. 186).

⁽⁷⁰⁾ « Aux yeux des philosophes et des sociologues, le Droit ne compte guère plus que comme une discipline simplement autoritative, que volontiers on évincerait du champ de la science, ainsi qu'on a prétendu déjà en bannir la Théologie » (*La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle*, cit., p. 11).

invocare il soccorso di quei *nouveaux philosophes*, dai quali è stato massicciamente conquistato.

Si è parlato ⁽⁷¹⁾ — e non a torto — dell'eclettismo filosofico di Géný, nelle cui pagine S. Tommaso e Suarez, dando la mano al padre Cathrein, si accompagnano a scienziati-filosofi come Poincaré e Duhem ⁽⁷²⁾, a pragmatisti ⁽⁷³⁾, e ancora a Boutroux, Bergson, Ollé-Laprune, Blondel. La compagnia è sicuramente all'insegna della eterogeneità, ma è anche doveroso segnalare che saranno questi ultimi i determinanti per l'atteggiamento e le scelte del civilista di Nancy. Sentitissimo è da lui il messaggio che proveniva da Ollé-Laprune e soprattutto dal suo allievo Maurice Blondel, che nel volume *L'action* scrive il manifesto ammirato dello spiritualismo francese di fine secolo ⁽⁷⁴⁾. Géný vi si riconosce; si riconosce in questo messaggio che vuol ridare al soggetto il senso della sua complessità e della sua globalità, valorizzarne — accanto alla capacità razionale parossisticamente sottolineata da giusnaturalismo e

⁽⁷¹⁾ Da Felice Battaglia, in un saggio ormai remoto, ma che ha avuto il merito di richiamare l'attenzione del pubblico italiano e soprattutto dei filosofi del diritto sull'importante *tournant* rappresentato dalla riflessione giuridica francese fra Ottocento e Novecento. Cfr. F. BATTAGLIA. *L'interpretazione giuridica nella moderna letteratura francese*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IX (1929), p. 185 ss. (sull'eclettismo filosofico di G., p. 200).

⁽⁷²⁾ Fisso sempre com'è a guardare « les bases mêmes de l'organisation positive », egli stesso riconosce qua e là nel suo sistema affioramenti di « un certain positivisme », un positivismo che gli sembra tuttavia sufficientemente mitridatizzato dal punto di partenza della propria indagine ancorato a principii superiori di giustizia (*Methodé*, n. 164). Sullo stretto positivismo di certa tradizione francese Géný è stato sempre prodigo di critica severa, pesantissima; si veda quanto egli ne dice, parlando a proposito di un giurista, che pur stima sommamente e di cui per certi versi si riconosce debitore, Léon Duguit: « une philosophie aussi courte, aussi superficielle, aussi simpliste, et, ajoutons-le, aussi largement dépassée que le positivisme agnostique, auquel se rattache délibérément L. Duguit » (*Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. Duguit*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, XXI (1922), p. 780. Il saggio, per la sua importanza programmatica, sarà aggiunto dall'autore, quale primo studio complementare, alla quarta parte di « Science et technique » che appare nel 1924).

⁽⁷³⁾ Vedine una traccia significativa in: *Des droits sur les lettres missives*, cit., avant-propos. pp. X-XI, dove si fa riferimento al volume di JAMES, *Le pragmatisme*, tradotto in francese da Le Brun e preceduto da una corposa introduzione di Bergson.

⁽⁷⁴⁾ « L'action. Essai d'une critique de la vie et d'une science de la pratique » esce a Parigi nel 1893.

scientismo ⁽⁷⁵⁾ — forze più oscure ma non meno vive come l'intuizione, il sentimento, la fede ⁽⁷⁶⁾, forze che appartengono alla coscienza morale del soggetto e che reclamano rispetto non solo per la dimensione conoscitiva, ma anche per quella dell'azione ⁽⁷⁷⁾.

Sarà soltanto la combinazione e l'accordo fra tutte queste forze che consentirà di penetrare, al di là dello schermo dei testi normativi e delle semplici forme, la vita del diritto nella sua essenza: « rechercher les bases scientifiques du droit positif, c'est, à mon sens, employer toutes nos puissances, intellectuelles et morales, à ausculter le mystère du monde » ⁽⁷⁸⁾. La frase appartiene alla lezione tenuta al « Collège libre des sciences sociales » sui processi di elaborazione del diritto civile, un testo, per il profilo che qui si tocca, assai illuminante; redatta e pronunciata nel 1910, a mezza strada fra la pubblicazione della *Méthode* e la definizione di *Science et technique*, ci mostra uno Gény al colmo del suo tentativo di sviluppo e integrazione del primo volume, tutto proteso a costruire e legittimare culturalmente quella distinzione fra *donné* e *construit*, fra scienza e tecnica del diritto, che, avanzata con precisione nella stessa lezione parigina, avrà la compiuta sistemazione nel secondo *opus magnum* gényano.

È proprio nella tensione a chiarire la nozione di *donné*, una nozione ontologica, che, più che nella *Méthode*, l'autore si dichiara pienamente: « suivant moi, le donné de l'ordre juridique naturel exige, pour être pleinement pénétré, d'autres moyens que ceux de la procédure strictement scientifique, et nécessaire, à tout le moins, un appel aux forces obscures de la conscience morale » ⁽⁷⁹⁾. In *Science et te-*

⁽⁷⁵⁾ Gény è tra quelli che rilevano con soddisfazione « comme signe caractéristique de ce *processus* de la conscience sociale au XIX^e siècle, qu'il a consisté surtout à passer d'un rationalisme outré, et tout gonflé de ses prétentions, à une extrême défiance de la raison humaine » (*La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle*, cit. p. 14).

⁽⁷⁶⁾ Occorre rifarsi a « ce qu'on a appelé la "philosophie nouvelle", qui reconnaît dans le monde un mouvement incessant, que non seulement la raison peut découvrir, mais que doivent ausculter à fond l'intuition et le sentiment, mettant en oeuvre toutes nos puissances de connaître et d'agir » (*Science et technique*, IV, Conclusions générales. n. 302. 11). Un riferimento preciso a « une philosophie nouvelle » è in: *Les procédés d'élaboration du droit civil*, cit., p. 186.

⁽⁷⁷⁾ *Science et technique*, n. 24.

⁽⁷⁸⁾ *Les procédés d'élaboration du droit civil*, cit., p. 185.

⁽⁷⁹⁾ *Les procédés d'élaboration du droit civil*, cit., p. 183.

chnique ribadirà che gli *éléments donnés* « se revèlent par toutes les forces de la connaissance y comprises l'intuition et la croyance »⁽⁸⁰⁾.

Non dovrebbe esser difficile, per chi guarda con occhio filosoficamente provveduto e severo le costruzioni filosofiche di Géný, riscontrarvi ambiguità, oscurità e anche ingenuità. Chi vi guarda con gli occhi dello storico del pensiero giuridico non può non rilevare che tutta questa discutibile apparecchiatura filosofica ha almeno il merito di aprire alla scienza giuridica un orizzonte straordinariamente ampio e, nel tempo stesso, un affrancamento da vecchi e vieti servaggi. La sfiducia nei procedimenti meramente razionali, le aperture intuizionistiche, la percezione della globalità del soggetto e della vita divengono — a livello di teoria giuridica — l'insoddisfazione per la legge come quintessenza della razionalità e per l'interprete come esegeta. I *donnés*, la *nature des choses*, lo stesso *irréductible droit naturel* génýano⁽⁸¹⁾ rappresentano la realtà ontica del diritto, che leggi e formule legali non riusciranno mai a contenere e con cui l'interprete — lo voglia o non lo voglia la tirannia dei vari legislatori positivi — dovrà sempre inevitabilmente fare i conti; rappresentano la rivincita dei fatti e della vita sulle forme artificiali e prefabbricate⁽⁸²⁾ e la garanzia per una sfera di libertà dell'interprete; costituiscono « la réaction des réalités concrètes de la vie contre la rigidité des abstractions et des formules »⁽⁸³⁾.

Ci sono due testi, l'uno della *Méthode*, l'altro di *Science et technique*, che ribattono la stessa conclusione e che, dato il loro carattere di piccole sillogi conclusive del pensiero di Géný, mi sembrano illuminanti proprio per quanto si sta ora dicendo: « Si les

⁽⁸⁰⁾ *Science et technique. Conclusions générales*, n. 301.

⁽⁸¹⁾ È noto come un simile aggettivo unito alla locuzione « droit naturel » faccia parte del linguaggio tipico — e di poi acquisito — di Géný: « cette notion irréductible du droit naturel » (cfr. per un esempio: *Les procédés d'élaboration du droit civil*, cit., p. 185); ha l'onore di diventare il sotto-titolo della « seconde partie » di *Science et technique*. « Elaboration scientifique du droit positif (l'irréductible droit naturel) ».

⁽⁸²⁾ « Les faits ne devaient pas tarder à détruire cette belle confiance en la vertu des formules légales » (*La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle*, cit. p. 15). Negli anni Venti questa dialettica « fatti-formule legali », mobilità dei fatti-immobilità e astrazione delle formule legali (soprattutto codicistiche) diventerà, com'è noto, il titolo di un fortunato e assai interessante libriccino di G. MORIN, *La révolte des faits contre le Code*, Paris, 1920.

⁽⁸³⁾ *La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle*, cit., p. 17.

principes de justice, immanents à notre morale, et révélés par la raison ou la conscience, constituent la première assise, indispensable et ferme, de toute recherche scientifique, dans la sphère du droit positif, ils n'en sont pas moins ... insuffisants, pour suggérer à l'interprète les solutions immédiates, qu'il lui faut découvrir, afin de suppléer aux lacunes des sources formelles ... Parti de la région des principes absolus, c'est dans le domaine des contingences qu'il réalise son activité propre ... et il faut qu'il y rencontre une direction de détail ... Ici intervient donc, comme matière d'investigation, à la fois riche et féconde, cette *nature des choses positive*, qui, accessible aux seuls procédés scientifiques, va élargir singulièrement l'horizon du jurisconsulte, et le faire nécessairement sortir du champ, un peu étroit, de l'interprétation des sources, pour proposer, à son étude, le terrain inépuisable des réalités vivantes » (84).

E ancora: « l'effort principal des jurisconsultes au XIX^e siècle visait à faire rendre aux modes d'expression du droit positif — notamment et parfois même exclusivement, au plus formel d'entre ces modes, la loi écrite, prise comme manifestation d'une volonté contraignante —, tout ce que l'on pouvait en tirer. Cet effort parvenu au terme extrême de ses résultats possibles, il fallait bien, pour poursuivre le progrès nécessaire, chercher, derrière l'enveloppe formelle du texte légal, la réalité dont celui-ci n'était que le symbole, et soit accepter de la loi écrite une notion plus objective et plus vivante, soit admettre, à côté d'elle, des sources moins formelles et plus plastiques, la coutume, la jurisprudence, soit même s'adresser plus haut encore et chercher à pénétrer l'essence propre de la vérité juridique ... à laquelle nous ramène inéluctablement une aspiration instinctive vers le but suprême du droit » (85).

Grazie all'intuizione fertile, che riguadagna tutto quanto sta accanto e dietro la legge scritta e che finzioni suadentissime nonché strategie abilissime di potere avevano soffocato e celato, un duplice recupero — per così dire — si realizza, quello della vita al diritto e quello del diritto alla vita. Il diritto cessa di proporsi come la semplice ombra del « legale », e una dialettica nuova si affaccia,

(84) *Méthode*, n. 164, in principio.

(85) *Science et technique*, n. 8.

quella fra *droit e loi*, nozione e realtà — la prima — infinitamente più larga e più ricca della seconda.

La desacralizzazione della legge rompe necessariamente la sua monocrazia e, in una nuova visione pluralistica, si propongono come fonti fatti prima relegati nell'esilio dell'irrelevanza. Ora, questi fatti possono pretendere di erigersi a fonti — e questo è del massimo rilievo — non grazie al filtro operato da una volontà dispotica costitutiva della loro giuridicità ma per loro stessa virtù, per una loro intrinseca normatività che è tale perché già affermata a livello del morale, dell'economico, del sociale.

Se l'esegeta poteva assomigliare a un prigioniero rinchiuso in un carcere senza finestre, il nuovo interprete — veramente interprete e non più soltanto esegeta — non sarà soltanto l'intermediario fra un testo normativo e i suoi destinatari, ma fra il diritto — conosciuto e intuito in tutta la sua latitudine — e i suoi utenti. Egli avrà un contatto immediato con i fatti mediante « une recherche que nous sentons aux prises avec toute la richesse et toute la complexité de la vie »⁽⁸⁶⁾.

La teoria moderna delle fonti è sostanzialmente modificata: nel diritto nato dalla Rivoluzione le fonti incarnano il diritto, e una fonte — la legge scritta — le assorbe o le condiziona tutte riducendo sostanzialmente la pluralità ad unicità. Nel nuovo diritto, che Gény vuol contribuire a creare, la fonte formale non è più lo schermo impenetrabile d'un tempo, costitutivo della giuridicità e assommante in sé la giuridicità, ma viene ad assumere la natura di mero simbolo d'una realtà che essa non contribuisce a creare ma unicamente a segnalare.

È la relativizzazione della vecchia mitologia delle fonti colorata fino a ieri di un acceso assolutismo; è la riduzione delle fonti formali a un rango strumentale; come tali, subordinate alla realtà complessa e mutevole che esse sono chiamate ad esprimere⁽⁸⁷⁾.

E Gény, che non è certo un giusliberista e che tiene a mantenere un ruolo non minimo a legge e legislatore, non va oltre l'ammissione che « l'injonction légale est un merveilleux instrument de sécurité

⁽⁸⁶⁾ *Methode* n. 164.

⁽⁸⁷⁾ « Il est clair pourtant, que, n'étant que des modes *contingents* d'expression d'une réalité *permanente*, les sources doivent rester subordonnées à cette réalité même » (*Science et technique* n. 12, in fine).

des relations juridiques » e che va considerata semplicemente « plutôt comme expédient pratique et pièce capitale de l'ordre » (88).

Al fondo di questa riflessione innovativa e affrancatrice resta al giurista un vistosissimo risultato a livello di teoria dell'interpretazione: come precisa Gény in una frase felicissima per la sua scarsezza e sinteticità, « ce qui n'était primitivement guère plus qu'une *interprétation des sources* tend à se muer en interprétation du droit lui-même » (89).

5. Non è una brillante formuletta; piuttosto, una conquista; ed in essa sta, a mio avviso, il maggior merito storico di Gény, quello che rende durevole, intatto fino ad oggi il suo insegnamento.

Egli era partito dalla insoddisfazione amara di sorprendere una legge a torto idolatrata come una panacea, e invece troppo spesso distaccata dai fatti perché ormai incapace a comprenderli e a regolarli; accanto, in un cantuccio, una scienza giuridica prevalentemente sclerotizzata perché frustrata nelle sue possibilità creative; una giurisprudenza, che aveva potuto corrispondere al mutamento soltanto funamboleggiando sul filo di tensione d'una difficile situazione psicologica, quella di chi finge di rispettare formalmente il testo normativo e sostanzialmente lo viola. Un diritto privato francese, insomma, del tutto inadeguato al suo ruolo ordinativo d'una società in perenne profonda trasformazione.

Dall'insoddisfazione era nata l'esigenza della ricerca di strade nuove, la rimeditazione del problema « costituzionale » delle fonti e della interpretazione alla luce del ripudio di quel razionalismo spicciolo che aveva ingenerato tanti inganni. Una filosofia nuova — eclettica, se si vuole — aveva permesso di valorizzare atteggiamenti e dimensioni prima trascurati e spregiati; la vita globale del diritto, e il diritto come aspetto vitale d'una civiltà intiera, erano stati i due recuperi essenziali. La dignità maggiore era stata scritta con caratteri marcati al centro della pagina di Gény: « avant tout, le droit positif doit rester chose vivante. Or, vivre, c'est se mouvoir et se transformer. Pour le droit c'est plus encore: c'est lutter, en vue

(88) *La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle*, cit., p. 21.

(89) *Science et technique*, n. 8.

d'une parfaite et constante adaptation aux exigences de la vie sociale »⁽⁹⁰⁾.

Il diritto, o è dimensione della vita, ad essa aderente, o non è; o è la sua rivoltante maschera scimmiesca, la sua controfigura aberrante. Il « diritto » astratto e sclerotico degli ultimi stanchi epigoni della scuola esegetica — Gény se la prende soprattutto con François Laurent⁽⁹¹⁾ — è una sorta di non-diritto, che poteva soltanto ignorare o frenare il mutamento, non ordinarlo. Da qui, l'esigenza d'uno spostamento capitale nella osservazione e nella attenzione: dalla fonte, che è sempre un momento epifanico e, in quanto tale, del tutto formale, ai fatti retrostanti; dalla fonte al nesso autentico tra fonte, fatti retrostanti, comunità di utenti, nesso che è costituito dalla interpretazione.

La grande novità, originalità, conquista di Gény è di esser riuscito, già col volume del 1899 che chiudeva un secolo sordo e mortificante (almeno in Francia) per il fenomeno interpretativo, a operare una sua cospicua rivalutazione ponendo l'interpretazione al centro dell'ordine giuridico e, di conseguenza, a spostare su di essa l'attenzione dello scienziato. Ora, interessa assai meno il momento politico della produzione che quello sociale della vita del diritto nel tempo e nello spazio. Ovviamente, l'interpretazione non era più vincolata al nesso mortificante con le « sources », che ne metteva — fra l'altro — in dubbio la scientificità, ma con l'intero territorio del « droit ».

La felice formula di Gény: dalla « interprétation des sources » alla « interprétation du droit », che potrebbe sembrare un motto di spirito, è il segno di una rivoluzione copernicana che, a fine Ottocento, si sta attuando nell'ambito della scienza giuridica; è la realizzazione puntuale di una epistemologia giuridica più agguerrita perché più culturalmente provveduta.

La domanda assillante, con cui si apre la *Méthode*: « avons nous su interpréter, non seulement la loi, mais le droit immanent, dont la loi n'est, après tout, que la révélation imparfaite? »⁽⁹²⁾, è solo appa-

⁽⁹⁰⁾ *Méthode*, n. 185, in principio.

⁽⁹¹⁾ In più passi della *Méthode* (per un esempio, cfr. n. 10) e di *Science et technique* (per un esempio, cfr. n. 8).

⁽⁹²⁾ *Méthode*, n. 3.

rentemente retorica, ma è un interrogativo che, prima di investire la coscienza scientifica, tocca la coscienza morale e sociale del cittadino Gény. La risposta sarà, nel '99, costituita dalle seicento pagine del volume in prima edizione e si strutturerà in una trama ampia e articolata giustificante — alla fine — un interprete munito di grande libertà in forza dell'esigenza primaria di corrispondere alle istanze della vita ⁽⁹³⁾: di fronte all'evidenza di una « insuffisance irrémédiable de la loi » si dovrà favorire « un large essor à l'activité individuelle de l'interprète », giacché egli « devra scruter lui-même les exigences de la nature des choses et les conditions de la vie, toutes les fois qu'il ne sera point bridé par une injonction impérieuse »; una interpretazione giuridica quale « maîtresse nécessaire de ses décisions, n'étant assujettie que par le but même de sa mission » ⁽⁹⁴⁾.

Non solo; ma, partendo da premesse filosofiche tanto peculiari e facendo proprio un angolo d'osservazione pressoché rovesciato, la stessa equità, il mostro orrendo delle favole legalistiche di sempre, non suscita più quella ripugnanza o, ad andar bene, quella diffidenza, che sono conclamate da tutti i sani giuristi della ortodossia ufficiale. In Gény la barriera di pregiudizi si dimostra abbastanza insensata: dal momento che per lui « le sentiment de l'équité ... n'est qu'un diminutif de ce diagnostic de la conscience; ou, si l'on veut, c'est l'oeuvre d'une sorte de subconscience morale », non si vede come sia possibile rifiutargli quella autorità che viene riconosciuta alla « conscience » ammettendola come « succédané » della ragione ⁽⁹⁵⁾.

6. Ma, allora, questo universo giuridico disegnato da Gény non appare forse come il regno dell'arbitrario soggettivo, dove il nuovo spazio per l'interpretazione toglie certezza e saldezza a tutto, e dove impera confusione e disordine ⁽⁹⁶⁾? Si è lasciato Gény

⁽⁹³⁾ « La vie n'attend pas ... l'interprète doit répondre à ses instances » (*Méthode*, n. 185).

⁽⁹⁴⁾ Gli ultimi testi ora citati possono tutti reperirsi in *Méthode*, n. 84.

⁽⁹⁵⁾ *Méthode*, n. 163, dove pure sono formulate anche molteplici riserve.

⁽⁹⁶⁾ Gény ha ben presenti, nella seconda edizione della *Méthode*, le obiezioni formulate contro i risultati della sua ricerca; egli, lucidamente, le riconduce a una, fondamentale, apparentemente distruggente: « cette objection ... consiste à représenter l'élaboration indépendante du droit, comme devant aboutir fatalement à l'incertitude et l'instabilité des solutions positives, portant à une sorte d'anarchie juridique, abolissant

impressionare dai giudicati d'equità del « bon juge Magnaud », che aveva fatto del Tribunale di Chateau-Thierry una sorta di curia d'equità ⁽⁹⁷⁾? Si è lasciato conquistare dai primi pròdromi del giusliberismo? Si è, tutt'al meno, lasciato conquistare dal principio dello « assouplissement des textes », elasticizzazione dei dettati legislativi, prospettato con convinzione dal suo amico e mentore Raymond Saleilles ⁽⁹⁸⁾?

Assolutamente no. Verso il *phénomène Magnaud* Gény non ha alcun movimento simpatetico, anche se lo ritiene non irrilevante e ne affronta il tema come oggetto specifico di una delle appendici alla seconda edizione della *Méthode* ⁽⁹⁹⁾: per lui si tratta di « une passade de jurisprudence » ⁽¹⁰⁰⁾ e, più volte nel corso del suo lavoro, parla di « une façon d'impressionisme dans l'application du droit » ⁽¹⁰¹⁾, di

tout frein dans les jugements, ruinant toute sécurité dans les affaires » (*Méthode*, seconda edizione, Epilogue, chap. II, n. 196, in principio). Le stesse obiezioni egli aveva avuto già ben presenti nella lezione su *Les procédés d'élaboration du droit civil*, cit. p. 178, che, risalendo al 1910, permetteva a Gény di tener conto di undici anni di riflessioni critiche avverso la *Méthode*.

⁽⁹⁷⁾ È evidente il riferimento a Paul Magnaud (1848-1926), che fu Presidente del Tribunale di Chateau-Thierry dal 1887 al 1906 e che è il magistrato che più incarna — a fine Ottocento — la figura del giudice d'equità, dell'interprete disinvolto della legge per supreme ragioni equitative. Le sue sentenze ebbero l'onore di essere subito raccolte e proposte come dei breviarii al « nuovo » giurista francese (cfr. *Les jugements du Président Magnaud*, réunis et commentés par H. Leyret, Paris, 1900; H. LEYRET, *Les nouveaux jugements du président Magnaud*, Paris, 1903). Per una messa a punto su di lui si veda R. WEIL-M. PICARD WEYL, *Socialisme et justice dans la France de 1895: le « bon juge Magnaud »*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3/4 (1974-75). Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, p. 367 ss.

⁽⁹⁸⁾ Saleilles comincia a prospettare questa idea in due saggi di prevalente indole metodologica già nel 1890-91, continuando poi a martellare in nuovi contributi durante tutto l'ultimo decennio del secolo. I saggi — da me già citati (cfr. più sopra, alla nota 14) — sono: *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit* (1890) e *Fondement et développement du droit* (1891). Sull'itinerario di Saleilles mi propongo di tornare in un saggio specifico, che sarà pubblicato negli « Studi in onore di Luigi Mengoni ».

⁽⁹⁹⁾ Une passade de jurisprudence: le « phénomène Magnaud » (*Méthode*, seconda edizione, chap. second, n. 196 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ Com'è scritto, spregiativamente, nella intitolazione del « pezzo » dedicato a Magnaud.

⁽¹⁰¹⁾ Nella prima edizione della *Méthode*, n. 86, in fine.

« sentences purement ‘impressionistes’ »⁽¹⁰²⁾, di « impressionisme judiciaire » e di « jurisprudence de pur sentiment »⁽¹⁰³⁾. Giudizio severo, che viene ad essere intensificato nella sua severità dallo « esprit de basse politique », che il rigoroso civilista di Nancy ritiene di rilevare nei giudicati magnaudiani, e dall’attitudine dell’estensore a « se poser en politicien démagogue »⁽¹⁰⁴⁾.

Per l’avventura giusliberista Gény nutre grande rispetto, la sua lettura dei giusliberisti è una delle più scrupolose che si possa reperire in giuristi contemporanei non appartenenti al movimento e, senza dubbio, la quarta appendice — che egli vi dedica nella seconda edizione della *Méthode* — è addirittura un minuzioso attentissimo trattato storico-giuridico che ripercorre e ricostruisce esaustivamente le tappe del movimento⁽¹⁰⁵⁾. Ma la puntualizzazione delle debolezze è impietosa, e severa è la critica sulla carenza di quelle che sembrano a Gény le basi indispensabili per edificare solidamente una teoria positiva del metodo giuridico⁽¹⁰⁶⁾. Secondo lui altre sono le strade da percorrere per giungere a un siffatto risultato; le sue, per l’appunto, si diversificano assai da quelle del movimento.

Di Saleilles Gény è grande amico ed estimatore; la sua familiarità con lui data almeno dall’inizio della comune colleganza nella Facoltà giuridica di Dijon nel 1892; con lui condivide i grandi assilli metodici, il grande impegno teoretico sul problema delle fonti giuridiche, la curiosità su quanto di nuovo comincia ad apparire sul palcoscenico scientifico e legislativo europeo (con lui egli visita a Bern, nel 1896, Eugen Huber; come lui, non manca di rivolgere costante attenzione ai varii *Entwürfe* tedeschi verso il Codice); aggiungo che è proprio Saleilles a dettare una caldissima e motivatissima « préface » per la prima edizione della *Méthode* ed è proprio Gény a voler dedicare l’opera della maturità, *Science et technique*, « à la mémoire illustre et chérie de Raymond Saleilles » scomparso

(102) *Les procédés d’élaboration du droit civil*, cit., p. 178.

(103) *Méthode*, seconda edizione, Epilogue, chap. second, n. 200, in fine.

(104) Une passade de jurisprudence: le « phénomène Magnaud », n. 197.

(105) Le mouvement du « freies Recht » (libre droit) dans les pays austro-allemands (*Méthode*, seconda edizione, chap. quatrième, n. 205 ss.).

(106) Le mouvement du « freies Recht », n. 222.

appena l'anno prima ⁽¹⁰⁷⁾. Ma le strade, che essi battono, sono notevolmente diverse; si può senza difficoltà ammettere che li abbia legati un comune punto di partenza, e cioè l'insoddisfazione della accettata, indiscussa teoria delle fonti e della interpretazione, e l'esigenza di rompere una sonnolenta immobilità; si può ancora senza difficoltà ammettere che ci fu tra i due studiosi sintonia culturale e stima sincera, come provano i positivi giudizi che si sono in più riprese scambiati reciprocamente sulle rispettive opere ⁽¹⁰⁸⁾. Ma gli strumenti tecnici e culturali posti in essere, e i cammini intrapresi, per realizzare il rinnovamento sono profondamente diversi, perché diversa è la sottostante concezione delle fonti. È lo stesso Gény a misurar la distanza che lo stacca, quando non manca di constatare che — rispetto al suo — « le système de l'assouplissement des textes [cioè l'espédiente saileillesiano] est beaucoup plus osé » ⁽¹⁰⁹⁾.

Ma qual'è dunque, questo *système* di Gény? Poiché più sopra abbiamo separatamente parlato di aspetti singoli della sua teorica e, poiché nella ideale ricomposizione che il lettore potrebbe farne per suo conto, non è improbabile che si ingenerino equivoci e si dia esca ad ambiguità, raccogliamo qui in sintesi ed esplicitiamo il senso conclusivo del messaggio gényano.

Limitandoci, come si è fatto finora, alla sua dottrina delle fonti, che è la più incisiva storicamente e ancora oggi leggibile con profitto, ridotta all'osso, la si può esprimere non indebitamente in queste poche scarse locuzioni: rispetto e diffidenza insieme verso la legge

⁽¹⁰⁷⁾ La prima parte di *Science et technique* è licenziata dall'autore il 15 ottobre 1913. Si noti, subito dopo la dedica, rivolta a Saleilles, l'apostrofe ammirata che Dante rivolge a Virgilio nella *Commedia*: « Tu duca, tu signore, e tu maestro ».

⁽¹⁰⁸⁾ Citiàmonone uno di Gény, tratto dalla rivisitazione che egli fa di tutte le correnti innovatrici in Francia e in Belgio, in appendice alla seconda edizione della *Méthode*, « la doctrine méthodologique de Saleilles se présente à nous comme la synthèse, la plus fortement expressive. de toutes les aspirations contemporaines, en matière de création et de développement juridiques » (*Méthode*, seconda edizione, Epilogue - chap. premier - Le combat doctrinal pour la méthode juridique en France et en Belgique depuis 1899, n. 194). In una sua ampia e meditata rivisitazione « des idées générales de Saleilles sur le droit, sa méthode et ses sources », Gény ammette di buon grado che « c'est toujours à elles que je suis revenu, quand j'ai voulu rafraîchir ma pensée » (cfr. *La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode dans l'oeuvre de Raymond Saleilles*, in *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, 1914, p. 13).

⁽¹⁰⁹⁾ *Le combat doctrinal pour la méthode*, cit., n. 190.

scritta, con una decisa tensione a ridurne significato e portata; visione intensamente pluralistica delle fonti; coinvolgimento della interpretazione nella produzione del diritto e sua individuazione come una delle molte fonti.

Gény è un legalista: si tratta di affermazione che il lettore non trangerà di buon grado, trovandola sconcertante e in palese incoerenza con tutto quanto s'è detto e ripetuto circa la battaglia del Nostro contro il legalismo ottocentesco. Concordo sulla paradossalità apparente di tale affermazione, ma sostengo che è in perfetta armonia con l'itinerario svolto nelle pagine precedenti. Gény detesta il parossismo legalitario ottocentesco, il « *fétichisme de la loi écrite et codifiée* », cui imputa conseguenze perverse per il diritto come ordine sociale e come scienza; egli è arciconvinto che la legge non esaurisce il diritto, che è anzi assolutamente insufficiente a rappresentarlo, che il territorio extralegale costituisce la parte più vitale dell'ordinamento in continua espansione; è però anche convinto che la legge non può non essere *una delle* fonti e che in una società moderna è la fonte prima, indispensabile per garantire stabilità e certezza a un groviglio spesso assai sedimentato e confuso di rapporti. Gény — che è un realista e che non vuol disegnare il progetto giuridico per la felice isola di Utopia — sa anche di dover fare i conti con un'ideologia e con un regime — peraltro ben allignati nella civiltà francese — che tendevano a identificare nella legge il diritto ponendo quella al sommo di una gerarchia ferrea, devitalizzante perché monopolizzante.

Da questo complesso di certezze scaturisce la soluzione gényana, che è di rispetto e di diffidenza insieme per lo strumento legislativo e che si traduce in una operazione fortemente riduttiva, in un pesante ridimensionamento della legge come fonte.

La diffidenza verso la legge e l'uggia dello scienziato verso il parossismo legalistico avevano indotto molti pensatori a far violenza alla nozione tradizionale di legge e a sacrificare pesantemente il suo carattere normativo. Gény li conosce — lui sempre diligente in una larghissima informazione a carattere veramente europeo — per averli studiati e meditati, e sa benissimo che Bülow, Kohler, Stampe, Saleilles, Cimbali, Gabba, Simoncelli tendono a ridurre la legge a un vaso vuoto che la vita giuridica successiva alla promulgazione si premura di riempire dei contenuti più vari, e si parla di interpretazione teleologica di essa, di una sua elasticità e dispo-

bilità ad appropriarsi di futuribili, essendo diventata nella loro mente nulla più che una *Vorbereitung* una *Anweisung* come scrive Bülow ⁽¹¹⁰⁾.

Siamo già, con queste manifestazioni che occupano l'ultimo ventennio del secolo, nei molti e varii rivoli che confluiranno poi nel fiume tumultuoso della *Freirechtslehre*. A costoro Gény non si accoda; glielo vieta il suo sincero sentimento di rispetto per la legge, e glielo vieta anche la sua probità intellettuale, pure se programmaticamente si sente schierato con queste giovani energie che vogliono rompere in qualche modo le mura soffocanti della vecchia cittadella. La sua strada è un'altra, più limpida, meno ipocrita, ma forse non meno efficace. L'operazione consta di due distinte puntualizzazioni, dalla cui combinazione scaturirà la soluzione.

Prima puntualizzazione: non stiamo troppo a disquisire e a sottilizzare — sembra dire Gény —; « la loi n'est pas autre chose qu'une volonté » ⁽¹¹¹⁾, e al testo che la racchiude non si può far dire altro se non quello che il legislatore volle nel momento della sua emanazione. Anzi, si deve far dire alla legge solo ciò che risulta essere chiaramente l'intento del legislatore. La legge non può e non deve proferire altro. Si propone — direi — una interpretazione restrittiva del testo normativo.

Seconda puntualizzazione: è palese, è indiscutibile nella sua evidenza che la legge è incapace, a causa della sua insufficienza, ad esprimere la totalità della vita giuridica.

Conclusione: la legge va rispettata per ciò che espressamente volle ⁽¹¹²⁾; per ciò che non volle e non prevede, per ciò che volle e prevede in modo incerto o vago o comunque opinabile e controversabile, non può non esserci spazio per altre fonti. La monocrazia della

⁽¹¹⁰⁾ O. BÜLOW *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885 (Neudr.: Aalen, Scientia, 1972), p. 45.

⁽¹¹¹⁾ *Methode*, n. 98, in principio.

⁽¹¹²⁾ Ed è ovvio che a questa *loi écrite* così riduttivamente intesa deve essere affidato un ruolo superiore alle altre fonti, anche a quelle che Gény considera *sources formelles*, e cioè la *coutume* e la *tradition* (*Méthode*, n. 91). Questo cordone ombelicale con la tradizione esegetica — questo che ho chiamato più sopra « legalismo » di Gény — resta in tutta la sua opera ed è il segno del realismo del giurista di Nancy, che non vuol combattere nessuna donchisciottesca e inefficace battaglia e preferisce prendere atto dell'insuperabile stato delle cose nella Francia di fine Ottocento.

legge deve cedere a un effettivo pluralismo mediante un sostanzioso *élargissement* ⁽¹¹³⁾ delle fonti stesse. Sarà il vasto e aperto spazio per la consuetudine ⁽¹¹⁴⁾, per la giurisprudenza pratica ⁽¹¹⁵⁾, per la libera ricerca scientifica ⁽¹¹⁶⁾.

L'imperativo legislativo non è esorcizzato con più o meno larvate interpretazioni evolutive ⁽¹¹⁷⁾; è piuttosto, nell'animo di

⁽¹¹³⁾ *Elargir, élargissement* appartengono al frasario tipico di Gény, ripetuto infinite volte.

⁽¹¹⁴⁾ La consuetudine ha, com'è noto, un posto privilegiato nel sistema delle fonti di Gény. Proprio da questo nasce una delle pagine più profondamente sofferte del Nostro, quella in cui egli si pone il problema della consuetudine « formellement opposée à la loi écrite » (*Méthode*, n. 129), e che è solcata da esitazioni e oscillazioni, promananti tutte da non poche perplessità di fondo. La pagina, infatti, comincia con una confessione: « on ne s'étonnera pas, je pense, de mes hésitations à l'endroit de sa solution. Celle-ci ... me paraît infiniment délicate à proposer » Ma ecco una prima soluzione: una simile consuetudine è da respingere, ma non si tratta di problema risolvibile alla stregua di principii puramente razionali, « la pure logique ne saurait décider une question, qui relève, avant tout, de considérations historiques et sociales, eminentement variables ». In teoria, legge e consuetudine, in quanto ambe fonti formali di diritto, sono su uno stesso piano; è soltanto « dans notre état de civilisation » — e, quindi « d'un point de vue politique » — che la legge è regola suprema. Tuttavia, ecco affiorare un ripensamento, che rende assai più complessa e sfaccettata la soluzione stessa: « toutes les fois que l'état social aura subi des modifications, rendant incompatible avec lui et véritablement surannée une disposition légale, non formellement abrogée, on pourra, en se fondant sur la défaillance, de fait, de ses conditions, écarter ce texte comme inapplicable: ce qui ouvrira place, soit à une coutume supplétive, soit à la liberté de l'interprétation scientifique ».

⁽¹¹⁵⁾ Respingendo sbrigativamente le invocazioni al principio costituzionale della divisione dei poteri, che impedisce l'affidamento al potere giudiziario di funzioni legislative. Per due buoni motivi: innanzi tutto, perché « cette division ... ne peut être érigée en dogme absolu »: secondariamente, perché non è « legiferare » esercitare dei poteri che sono creativi di diritto unicamente nel caso concreto sottoposto alla decisione del giudice (*Méthode*, n. 85).

⁽¹¹⁶⁾ Ricerca che non avrà nulla a che fare, né con l'arbitrio della volontà individuale, né con la fantasia del ricercatore. Questi sarà vincolato da condizionanti (e rassicuranti nella loro datità) elementi obiettivi: la natura delle cose, la concretezza dei rapporti sociali bisognosi di essere giuridicamente regolati (*Méthode*, n. 183).

⁽¹¹⁷⁾ A meno che il testo legale non faccia riferimento a « une notion mobile et fugace de sa nature telle que la notion d'ordre public, par exemple ». A meno che una legge presupponga determinati rapporti sociali e determinate circostanze economiche quali condizioni della stessa disposizione normativa, e che quei rapporti e quelle circostanze vengano a sparire o si trasformino radicalmente. In questo caso « la

Gény — se mi si passa l'espressione — ridotto in un cantuccio, privato di ogni efficacia espansiva. Il suo puntiglio rigoroso nella ricerca della *voluntas legis* è sorretto da questo preciso intendimento, che è l'opposto — sia chiaro — di quello d'un formalista-legalista. È, del resto, quanto egli confessa abbastanza apertamente nella conclusione finale della *Méthode*: « sans contester, ici, au moins à titre d'expédient indispensable, la face impérative absolue de la loi écrite, je crois avoir montré, que la considération exacte de sa nature conduit nécessairement à assigner une portée limitée à ses décisions. Et, en donnant à celles-ci toute l'amplitude qu'elles comportent, on constate, sans peine, que, provenant d'une intelligence et d'une volonté humaines essentiellement bornées dans leurs visées, elles laissent, à coté d'elles, un grand nombre de points non prévus, auxquels d'autres organes sociaux devront pourvoir »⁽¹¹⁸⁾. Si calca la mano sulla *umanità* della legge scritta, sul suo essere frutto della volontà e dello sguardo, ohimè quanto limitato, d'un uomo e d'un gruppo di uomini. Pacatamente, serenamente, senza iconoclasmi che non gli sono affatto congeniali, Gény porta innanzi una demitizzazione abbastanza radicale, anche se incruenta, della legge come fonte di diritto.

Un esempio manifesto di questo atteggiamento riduttivo è dimostrato dalla lettura che il Nostro compie dell'arcinoto — e famigerato per certi filoni di pensiero — articolo 4 del *Code Napoléon*. Vi si insegna, com'è risaputo, che il giudice non può rifiutarsi di giudicare « sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi »; vi si può implicitamente leggere che il sistema legislativo offerto dal Codice non ha lacune e che spetta al giudice di reperire mediante procedimenti logici elementari principii e norme vevoli a regolare la fattispecie concreta a lui sottoposta.

Ecco invece la disinvolta lettura che ne dà Gény: « en lui ordonnant de juger dans tous les cas (art. 4 C. civ. franç.), elle [cioè la *loi*] n'a pu prétendre l'assujettir à ses propres défaillances, mais, au contraire, lui conférer à défaut de toute direction formelle, un

prescription qui leur était subordonnée, se modifiera. par là même, et cessera de s'imposer à l'interprète, telle qu'elle était primitivement formulée » (*Méthode*, n. 99).

⁽¹¹⁸⁾ *Méthode*, n. 183.

pouvoir de décision propre » (119). L'art. 4, sancendo il dovere del giudice di giudicare, potrebbe esser colto come la conseguenza di un sottostante postulato assolutistico: quello della necessaria completezza del sistema legislativo codificato. Gény prende atto del dovere tanto limpidamente espresso e lo coglie — secondo i suoi principii ermeneutici — come un imperativo inderogabile proprio perché indiscutibilmente preciso nella volontà che esprime. Egli però vi presuppone un postulato dal contenuto perfettamente capovolto ed opposto: la necessaria incompletezza del sistema legislativo codificato; con la conseguenza che sarà il giudice a non soffrir di lacune e non già la legge (120), con la conseguenza per lui di un larghissimo spazio.

Quello che poteva essere la pietra angolare d'una concezione assolutistica del diritto e delle sue fonti, interpretato riduttivamente attenendosi soltanto al suo contenuto volitivo espresso, diventa il fondamento della elevazione della giurisprudenza a livello di fonte.

7. Dalla visione sentitamente pluralistica del problema delle fonti di diritto scaturisce, come si è già segnalato, una conseguenza rilevantissima a livello di sistematica giuridica e, più in genere, di teoria del diritto: è quanto lo stesso Gény puntualizza come « une inclination décidée à rapprocher dans leur essence fondamentale, l'interprétation du droit positif et sa constitution législative » (121).

Ed è una conseguenza ovvia. Era l'impostazione tradizionale del sistema delle fonti a separare rigidamente « comme par une cloison étanche, deux domaines de l'activité juridique: la législation d'une part, l'interprétation ou l'application du droit de l'autre » (122). La legislazione si legava strettamente alla sovranità e ne era l'espressione primaria; per questo, malgrado gli ammantamenti pseudo-democratici dello Stato borghese, restava funzione gelosa ed esclusa.

(119) *Méthode*, n. 81-bis.

(120) « S'il n'y a pas de lacunes pour celui qui dit le droit aux parties, il y a incontestablement des lacunes dans la loi écrite » (*Méthode*, n. 81-bis).

(121) *Les procédés d'élaboration du droit civil*, cit., p. 177. *Rapprocher* è un altro termine, che Gény predilige e che ben può far parte del suo lessico particolare e tipizzante.

(122) *Les procédés d'élaboration du droit civil*, cit., p. 175.

siva, né partecipata né partecipabile, anzi, il più possibile formalizzata secondo previsioni di stretta indole costituzionale. Come tale, la legge si poneva a un diverso e superiore livello rispetto alla consuetudine e alla interpretazione giudiziaria e scientifica; la diversità era qualitativa, anzi di essenza costitutiva. Le due attività — legislativa e interpretativa — erano incomunicabili, erano non analogizzabili, perché appartenevano a universi opposti e con opposte funzioni, attiva e creativa la prima, passiva e meramente applicativa la seconda; con il puntiglioso impegno del potere politico e — quel che è peggio — anche della maggioranza inconsapevole dei giuristi — impegno che Gény si trova davanti, intatto, nel 1899 — a rinsaldare questo steccato divisorio che l'ideologia ottantanovarda — assai dura a morire soprattutto in terra francese — ostentava come il santo dei santi delle conquiste rivoluzionarie.

Per gli *homines novi* — primo fra tutti Gény — l'atteggiamento non può non essere sensibilmente differente. La rottura della monarchia legislativa, l'estensione nel novero delle fonti, il coinvolgimento della interpretazione alla creazione del diritto attenua — anche se non seppellisce — i vecchi steccati. Ed è la dignità scritta chiaramente, programmaticamente, in esordio di *Science et technique*: « c'est ainsi que, de plus en plus, s'estompe et se dégrade la distinction entre doctrine, jurisprudence, législation, qui reste indispensable à la mise en oeuvre pratique du droit, mais où l'on voudrait à tort voir l'établissement de cloisons étanches séparant des domaines impénétrables l'un à l'autre » (123)

Un siffatto coinvolgimento pretende tuttavia profonde mutazioni nel giurista, nel suo mestiere, nel suo metodo. Lasciata l'inerzia della passività, sarà assai più interprete che esegeta, non saranno soltanto i procedimenti logici ad essergli necessari, ma indispensabili gli diventeranno sentimento, intuizione e *croyance*; però, egli dovrà soprattutto esser cosciente del proprio ruolo.

L'asservimento della interpretazione alla legge e la riduzione del giurista a esegeta avevano operato una sorta di devitalizzazione: il suo ruolo, confinato in proporzioni modestissime, non gli lasciava che una ben limitata libertà di azione intellettuale e non provocava

(123) *Science et technique*, n. 8, in fine.

in lui l'emersione di una autocoscienza grazie alla quale riflettere sul proprio lavoro, sulla propria autonomia, sulla propria collocazione nel contesto socio-politico. Ora che al giurista viene messa a disposizione una *libre recherche scientifique*, mediante cui attingere la natura delle cose in una amplissima varietà di gradazioni ascendenti fino ai supremi principii di giustizia e discendenti fino alla *nature des choses positive*; ora « il importe, par-dessus tout, que le jurisconsulte se penètre de plus en plus de sa mission propre »⁽¹²⁴⁾. A lui infatti, stante il sonno costante o i ritardi altrettanto costanti del legislatore, va il compito non lieve dell'armonizzazione fra vita sociale e ordine giuridico o — se vogliamo — con espressione più altisonante, fra diritto e storia.

Nel progetto di Gény — che è lucidissimo — v'è per la scienza uno spazio enorme; ed è lo spazio ricavato grazie a una interpretazione rigorosa e rigorista della legge, facendogli dire solo ciò che è sicuro il legislatore volle inserire ed evitando quel duplice trabocchetto costituito dalla necessità suprema di ritenere tutto previsto, in atto o in potenza, e perciò deducibile coi soli strumenti risibili della estensione e della analogia. Il trabocchetto è duplice, perché il legislatore stesso ne resta defraudato e la giurisprudenza non può non uscire psicologicamente mortificata da una sorta di procedimento ermeneutico simulante, che sancisce formalmente la sua non-autonomia anche se, nel tempo stesso, surrettiziamente, la costringe ad appropriarsi *de facto* di una necessaria libertà d'azione di fronte agli eventi mutati e alle concrete fattispecie nuove di zecca.

Il pensiero di Gény si enuncia con straordinaria limpidezza alla fine della *Méthode*: « Pour dire ici toute ma pensée, je suis convaincu que le progrès juridique s'opérera, plus large et plus sûr, par une méthode d'investigation sincère, qui, reconnaissant ouvertement les lacunes de la loi écrite, cherchera à y pourvoir, au moyen de procédés scientifiques indépendants, scrutant, en toute franchise, la nature objective des choses et cherchant notamment à produire l'équilibre des intérêts, que par le faux-fuyant d'une interprétation forcée des textes légaux »⁽¹²⁵⁾.

Scartata l'ipotesi della onniveggenza del legislatore e scartati

⁽¹²⁴⁾ *Méthode*, n. 169, in principio.

⁽¹²⁵⁾ *Method*, n. 174, in principio.

perché insopportabili anche su di un piano etico gli inevitabili sotterfugi — *faux-fuyants*, come egli ha la franchezza di dire — che non possono non derivarne, è realistica l'ipotesi delle lacune nel diritto positivo attuale, una ipotesi che un sereno pluralismo, in particolare il sereno pluralismo giuridico del nostro civilista, non rende affatto drammatica. Saranno altre fonti a concorrere con la legge nel compito di esprimere l'ordinamento giuridico in tutta la sua ricchezza. Saranno principalmente gli scienziati-giuristi ad essere chiamati in prima persona.

Gény sembra aggiungere, rivolgendosi a loro: « estote parati ». Al nuovo ruolo ci si preparerà, infatti, innanzi tutto con un completo ribaltamento della vecchia psicologia peculiare al giurista d'un regime codificato, con la rinnovata coscienza d'una inabdicabile titolarità di funzione ⁽¹²⁶⁾, che spetta al ceto dei giuristi in quanto tale; in secondo luogo, con occhi più agguerriti, che non sappiano soltanto sceverare i meccanismi interni della legge scritta e del suo sistema positivo, ma — resi sempre più avvezzi ad abbandonare la semi-oscurità della prigione esegetica, sempre più avvezzi alla luminosità di un approccio diretto coi fatti, messi ormai a fuoco per il nuovo ruolo — che siano in grado di percepire, individuare, fissare la natura positiva delle cose per poi consolidarla in altrettante regole positive.

8. Il momento, all'intorno — anno di grazia 1899 —, è, come si è detto, di straordinaria fertilità, e lo scienziato-giurista è chiamato a decifrare un assai complicato paesaggio socio-economico che vieppiù si complica, dove sempre nuove conquiste tecniche, sempre nuove articolazioni della organizzazione economica e anche un sempre più stratificato assetto sociale esigono nuovi istituti giuridici, da non imbalsamare in qualche vecchio schema romanistico, ma da tradurre in strutture giuridiche rispettose della loro intrinseca novità fattuale.

È folto l'inventario — puntigliosamente redatto da Gény — di schemi sociali, che reclamano non di essere rivestiti dei panni goffi

⁽¹²⁶⁾ « Quand il en aura la conscience profonde, il trouvera, dans le sentiment même de son rôle, et dans la claire vue de son objectif, la ligne de direction, qui maintiendra et assurera sa marche » (*Methodes*, n. 169, in principio).

di figure aliene ma già definite nel solco della tradizione giuridica, bensì di essere giuridicamente *inventati* da una libera ricerca scientifica, libera sì nella creazione giuridica, ma assolutamente vincolata dalle richieste oggettive provenienti dalla natura delle cose ⁽¹²⁷⁾. Ne isoliamo due, storicamente significativissimi: l'abuso del diritto e la responsabilità civile.

L'abuso del diritto è un tema e problema assai vivo nella cultura giuridica francese di fine secolo ⁽¹²⁸⁾, sia per la presenza di parecchi giudicati in cui si era finalmente avvertita l'esigenza di limitare l'esercizio della sfera di libertà dei singoli in nome di una visione più complessa, più solidaristica di quell'esercizio ⁽¹²⁹⁾ sia perché il Codice imperiale tedesco nella sua redazione definitiva del 1896 ne recava espressa menzione nel § 226. Di lì a poco avrebbe formato oggetto specifico di tesi dottorali ⁽¹³⁰⁾, e se ne sarebbero occupati civilisti assai sensibili come Charmont ⁽¹³¹⁾, Saleilles ⁽¹³²⁾, Josserand ⁽¹³³⁾. Proprio perché l'abuso del diritto rappresenta la coagulazione a livello giuridico-formale di istanze precise nascenti sul terreno etico-sociale e tende a proporre una valutazione più complessa della tradizionale nozione di diritto soggettivo ⁽¹³⁴⁾, non poteva non dargli grosso rilievo Gény. Il quale, constatando « un

⁽¹²⁷⁾ *Méthode*, n. 170 ss.

⁽¹²⁸⁾ Tra una letteratura, negli ultimi novanta anni, smisurata sull'abuso del diritto, cito soltanto il contributo di P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, XI, 1965, perché l'autore, con la consueta finezza di sguardo e con la consueta attenzione culturale, fa anche il punto sulle lontane radici tardo-ottocentesche del problema.

⁽¹²⁹⁾ Sono diligentemente citati in *Méthode*, n. 173.

⁽¹³⁰⁾ Ne sono, per l'appunto, esempi probanti: J. BOSC, *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil* (Thèse Montpellier, 1900-1901) ed E. PORCHEROT, *De l'abus du droit* (Thèse Dijon, 1901-1902), le due pubblicazioni, di cui il saggio di Charmont citato alla nota successiva si pone come discussione critica.

⁽¹³¹⁾ J. CHARMONT, *L'abus du droit*, in *Revue trimestrielle de droit civil*. I (1902), p. 113 ss.

⁽¹³²⁾ R. SALEILLES, *De l'abus de droit* (Rapport présenté à la première sous-commission de la Commission de revision du Code civil), in *Bulletin de la Société d'études législatives*, IV (1905), p. 325 ss.

⁽¹³³⁾ L. JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Paris, 1905.

⁽¹³⁴⁾ Gény cita, anche a questo proposito, il suo prediletto Otto von Gierke, che propone, come visione strettamente germanistica, quella secondo cui « tout droit implique un devoir, et contient, en lui-même, une limite morale » (*Méthode*, n. 173, in nota).

silence presque complet »⁽¹³⁵⁾ nella legislazione francese, vi vede lo spazio vuoto congeniale per l'opera della *libre recherche scientifique*. Infatti, poiché, « on ne découvrira la mesure, juste et vraie, des droits individuels, qu'en scrutant leur but économique et social, et en comparant son importance à celui des intérêts qu'ils contraient »⁽¹³⁶⁾, soltanto una riflessione scientifica dallo sguardo provveduto e del tutto liberata da pregiudizi, impegnando tutte le sue forze intellettuali e cioè ragione sentimento e *croyance*, potrà sciogliere il nodo intricato.

Ancor più puntuale il tema della responsabilità civile in grazia della sua perfetta specularità dell'intero ordinamento-giuridico e delle forze storiche che dall'esterno premono su quello⁽¹³⁷⁾. Qui il dibattito non soffre la vaghezza che è inevitabile in temi sfuggenti come l'abuso del diritto; qui, in Francia, a fine Ottocento, malgrado qualche raro intervento legislativo⁽¹³⁸⁾, si fa ancora i conti con l'art. 1382 del *Code Napoléon*, che sembra arrestarsi alla configurazione di una responsabilità per colpa e che sembra sordissimo alla richiesta di nuove e diverse figure di responsabilità civile secondo le esigenze reali d'una società evoluta e soprattutto d'una organizzazione e tutela del lavoro prima assolutamente sconosciute. Sul dettato condizionante di questo articolo e degli articoli seguenti si cimenta la dottrina civilistica in difficili esercizi ermeneutici, tutti tendenti ad evitare il laccio testuale: v'è chi allarga il campo della responsabilità contrattuale e chi estende le presunzioni di colpa, ma sempre con risultati claudicanti e discutibili⁽¹³⁹⁾; con maggior piglio, derivante da una coscienza forte del ruolo della scienza giuridica, Raymond Saleilles ne fa — dal 1894 — un modello applicatorio della sua dottrina dello « assouplissement des textes »⁽¹⁴⁰⁾, arrivando a « sco-

⁽¹³⁵⁾ *Méthode*, n. 173, in fine.

⁽¹³⁶⁾ *Méthode*, n. 173, in fine.

⁽¹³⁷⁾ Sono, a proposito, pienamente da condividere le notazioni di C. CASTRONOVO, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Rivista critica del diritto privato*, VII (1989), p. 539.

⁽¹³⁸⁾ Li cita Gény (*Méthode*, n. 174, in principio).

⁽¹³⁹⁾ Vedi il quadro fatto da JOSSEERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, cit., p. 11 ss.

⁽¹⁴⁰⁾ Già nella amplissima recensione alla tesi dottorale di PAUL RENCKER, *De la non-responsabilité conventionnelle*, pubblicata in *Revue bourguignonne de l'enseignement*

prire » nel codice stesso il principio del rischio professionale e la concezione d'una responsabilità oggettiva ⁽¹⁴¹⁾; sulla scia di Saleilles, anche se con diversità di strumenti, Josserand consolida la costruzione, nei medesimi anni, di una « responsabilité du fait des choses inanimées » ⁽¹⁴²⁾. A Gény questa disinvoltura sulle formule legali ripugna non poco, perché si traduce — malgrado la finzione ipocrita — in una violenza operata sulla *mens legis*; a lui sembra molto più semplice la strada maestra di chi, rilevando la lacuna della legge, chiama a colmarla la riflessione scientifica: « Je dirai donc, qu'à mon sentiment, le système se présenterait comme plus facile à défendre, au point de vue d'une saine méthode, aussi bien que plus souple en ses conclusions, si l'on déclarait franchement, que le Code civil, n'ayant prévu, dans les art. 1382 et sq., que la *responsabilité des fautes*, ces textes n'ont rien à faire en présence d'une pure *question de risques*; qu'il s'agit ici de savoir, comment répartir un dommage fortuit entre deux ou plusieurs personnes, auxquelles les circonstances les imposent; et que, tant que la loi reste muette à cet égard, l'interprète a le devoir de régler la question, au mieux des exigences de la justice et de l'utilité » ⁽¹⁴³⁾.

Anche dopo l'avventura della *Méthode* sarà questa la linea diritta del civilista di Nancy.

Eccolo, nello stesso 1899, alle prese con la robusta tesi dottorale del suo vecchio studente digionese, Eugène Gaudemet in tema di

superieur. IV (1894), p. 647 ss.; e poi nel libello su *Les accidents de travail et la responsabilité civile (Essai d'une théorie de la responsabilité delictuelle)*, Paris, 1897; e nella Relazione su *Le risque professionnel dans le Code civil*, in *La Réforme sociale*, XXXV (1898, 1°).

⁽¹⁴¹⁾ Emblematica, soprattutto, una pagina di: *Les accidents du travail*, cit., p. 147.

⁽¹⁴²⁾ Nel volume cit. alla nota 139, che risale al 1897. Può essere interessante leggere la nota di E. BOUVIER, *L'évolution de l'idée de responsabilité - Deux livres récents*, in *Revue critique de législation et jurisprudence*, XLVIII (1898), p. 176 ss., a proposito del volume di Josserand e di uno di E. TARBOURIECH, *La responsabilité des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail*, Paris, 1896. Anche se di profilo più generale, può essere meritevole di lettura la riflessione pressoché coeva di E. LÉVY, *Responsabilité et contrat*, in *Revue critique de législation et jurisprudence*, XLVIII (1899), p. 361 ss., rilevante per l'approccio metodologico al problema, per la coscienza del travaglio in corso, per la convinzione nella competenza costruttiva del giurista.

⁽¹⁴³⁾ *Méthode*, n. 174.

cessione dei debiti ⁽¹⁴⁴⁾. Egli plaude al tentativo di Gaudemet, che, constatata la insufficienza delle logore teoriche della delegazione e della « stipulation pour autrui » risalenti ai diritti romano e *coutumier*, è incline ad accogliere nel diritto positivo francese la costruzione della *Schuldübernahme* consacrata legislativamente nel Codice imperiale tedesco del 1896; e ribatte: « si audacieuses qu'en paraissent les conclusions, elles ne seront combattues de front que par ceux qui, imbus du fétichisme légal, n'admettent de création juridique qu'à l'abri d'un texte de loi écrite et sur la base d'une institution formellement reconnue in jure condito » ⁽¹⁴⁵⁾. Ma respinge le incertezze e le limitazioni con cui il timoroso dottorando aveva accompagnato l'inserimento nell'ordinamento francese di un istituto di nuovo conio niente affatto previsto dal Codice; e il motivo è uno e fondamentale: riconoscimento sereno, obbiettivo delle lacune effettivamente esistenti nella legge, affidamento alla *libre investigation scientifique* del còmpito grave di colmarle ⁽¹⁴⁶⁾.

Eccolo alle prese, nel 1902, con quel banco di sperimentazione che è il contratto di lavoro: di fronte a insensati sforzi architettonici, con i quali esso « devait rentrer, coûte que coûte, dans l'un des types de contrats organisés par notre loi civile », si affaccia lo sgomento di Géný, fondato su un elementare buonsenso, per elaborazioni macchinose e infruttuose, « alors que rien n'empêchait et que tout semblait recommander, au contraire, de lui composer une construction sui generis, répondant, avant tout, à son but économique, d'après les nécessités sociales de la vie et les mobiles psychologiques des intéressés » ⁽¹⁴⁷⁾.

Eccolo, al termine del suo *cursus honorum* accademico, per risolvere un problema arduo relativo alle « associations déclarées et

⁽¹⁴⁴⁾ E. GAUDEMET. *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, Paris, 1898. Il saggio-recensione di Géný è: *Une théorie française du transport de dettes d'après un livre récent*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, XLVIII (1899), p. 450 ss.

⁽¹⁴⁵⁾ *Une théorie française du transport de dettes*, cit., p. 456.

⁽¹⁴⁶⁾ *Une théorie française du transport de dettes*, cit., p. 460.

⁽¹⁴⁷⁾ Vedi il saggio-recensione su: *Une théorie nouvelle sur les rapports juridiques issus du contrat de travail*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, I (1902), p. 333 ss., a proposito di un volume di Emile Chatelain intitolato « De la nature du contrat entre ouvrier et entrepreneur. Etude critique de droit économique » (la citazione fatta nel testo è alla p. 337).

non reconnues d'utilité publique », costruire un *droit réel d'affectation* ⁽¹⁴⁸⁾ utilizzando schemi noti e praticati nella scienza del diritto amministrativo con un ardito trapianto nel seno dello scontroso diritto civile ⁽¹⁴⁹⁾.

9. Gény è un universo di motivi e di dimensioni, che affiorano e si sedimentano in seno a un'opera estremamente complessa, ed è comprensibile che l'osservatore — a seconda della sua preparazione e predilezione — ne possa isolare taluno valorizzandolo maggiormente; in genere — e non a caso, proprio per la continua immersione che vi si fa dell'essere del diritto nel dover essere di una

⁽¹⁴⁸⁾ Cfr. *Les apports en immeubles aux associations déclarées et non reconnues d'utilité publique: étude de droit civil et fiscal*, in *Rev. trim. dr. civ.* XXIX (1930). Sulla qualificazione della situazione giuridica come *affectation*, cfr. p. 669 ss.; si veda, a p. 677, sul contributo delle soluzioni pubblicistiche (« nous trouvons une analogie ... dans les affectations de biens, que consentent parfois l'Etat, les départements ou les Communes à d'autres personnes morales, représentant tel service public déterminé, pour la mise en oeuvre de ce service public et en conformité de son but »). Si accorse della rilevanza — anche sul piano metodologico — di questo saggio di Gény l'ingegno vivo di Georges Renard, che ne volle trattare proprio nella raccolta di studi in onore del Nostro (cfr. G. RENARD, *L'aide du droit administratif pour l'élaboration scientifique du droit privé*, in *Recueil d'études sur les sources du droit*, cit., t. III). Sulla opportunità, da parte del civilista, di ampliare lo sguardo fino alla fertile, disinvolta, innovatrice giurisprudenza amministrativa c'era stata, da tempo, in Francia, qualche sicura indicazione da parte di civilisti sensibili che avevano respirato a pieni polmoni il clima ossigenato dalla *Méthode*; basti citare il frequentemente menzionato J. CHARMONT, *Les analogies de la jurisprudence administrative et de la jurisprudence civile*, in *Rev. trim. dr. civ.* V (1906).

⁽¹⁴⁹⁾ Vorrei chiudere con una semplice notazione. È — questa di Gény — una linea d'azione intellettuale che continua nella scuola civilistica di Nancy. Pierre Voirin, che nella sua tesi del '22 sulla *imprévision* (P.V. *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, Nancy, 1922) cerca di trasportare nel campo del diritto civile una nozione già allignata nel diritto pubblico e che vi fa suoi schemi metodologici tipicamente gényani, adopererà questi stessi schemi per liberare il *bail à ferme* — quello che, in Italia, si chiamerebbe oggi l'affitto di fondo rustico — da una innaturale inquadratura civilistica e avviare la costruzione di una figura giuridica autonoma finalmente affrancata, capace di soddisfare pienamente gli scopi economici e sociali (cfr. l'assai interessante saggio di Voirin, interessante anche per contemplare la messa in opera — nel tessuto di un istituto concreto della vita privata — delle cautele metodologiche gényane: *La jouissance d'une exploitation envisagée comme critère du bail à ferme et comme principe de son autonomie*, in *Rev. trim. dr. civ.*, XXIX (1930), soprattutto pp. 292-93 nonché le conclusioni di p. 334).

giustizia superiore — è stato il filosofo ad occuparsene, ed è la dimensione filosofico-giuridica e anche sociologico-giuridica che viene sottolineata e studiata ⁽¹⁵⁰⁾.

L'angolo di osservazione da cui muovono le pagine precedenti è invece altro, ed è quello peculiare allo storico del diritto e, più specificamente, allo storico del pensiero giuridico moderno, una realtà — per dirla col lessico e con l'ideario di Géný — in cui ha gran parte non solo la *science*, ma altresì la *technique*, e che va guardata pertanto con un occhiale complesso mirante non già a scomporre e isolare, bensì a comporre e ordinare in un quadro rispettoso delle diversità di apporti nella complessità dell'insieme.

Forse, se non mi fa troppo velo la mia unilaterale convinzione, è l'angolatura obbiettivamente più congeniale al personaggio Géný, personaggio complicato dal ricco convivere in lui di consapevolezze e sensibilità assai differenti, ma essenzialmente giurista, nel fondo null'altro che un giurista insoddisfatto dei semplicismi circolanti e alla ricerca della sua vera identità; ricerca che ha senza dubbio bisogno di veicoli filosofici per camminare diritta e spedita, ma che non deflette mai dal fine prefissato di far riscoprire al giurista in quanto tale una dimensione autenticamente scientifica, ponendolo — più libero — al centro del *droit* e fuori dalla gabbia obbligata della legge scritta mæssagli addosso dall'assolutismo giuridico trionfante.

È qui che sta la grandezza storica di Géný, e stanno qui i molti e validi motivi per ripensarlo. Vi sono delle acquisizioni, che ebbero cento anni fa un efficace valore provocatorio, ma che meritano di essere rammemorate anche oggi. Soprattutto una: la coscienza della complessità del giuridico, che un sistema legislativo — anche il più affinato — non sarà mai in grado di esprimere, coscienza d'una ricchezza — sociale, prima ancora che tecnica — che rischia di essere dilapidata, se si continua a guardare al diritto con occhi malati e viziati di formalismo e legalismo. Il richiamo continuo, insistente — prolisso, se si vuole — a cogliere in una coraltà di fonti l'espressione genuina del sottostante ordinamento, è una istanza a

⁽¹⁵⁰⁾ È da segnalare, sotto questo profilo, il volume recentissimo di A. TANZI, *François Géný tra scienza del diritto e giurisprudenza*, Torino, 1990.

non appagarsi di forme e di dettati imperativi autoritari e adattare la *sincerité* della vita giuridica. Di questa vita le fonti sono soltanto una epifania, simboli ma spesso astratti, specchi ma troppo spesso deformanti. A limitare ad esse la propria attenzione, si corre il rischio di acquisire una immagine grottesca, perfino ripugnante, facendo il più gran torto a una dimensione altamente espressiva del sociale come quella giuridica.

Recupero, dunque, recupero ostinato: di fonti, di una pluralità non fittizia di fonti; più ancora, di un diritto, che sta dietro e sotto, latente, non manifesto, non vistoso ma non per questo mancante del crisma intrinseco della giuridicità. Gény, secondo cui il diritto è innanzi tutto norma, che non è perciò un istituzionalista *ante litteram*, che — tutto sommato — ha relativa comprensione per le conclusioni del suo amico e collega Georges Renard —, questo Gény ha saputo, per primo in un regime codificato, erigere una costruzione compiuta nella quale, rispettando una sua fondazione legislativa ma riducendola a una sorta di solo pilastro fra i molti, garantendo in tal modo la continuità con la tradizione post-rivoluzionaria e tranquillizzando parimente il misoneismo dei giuristi ufficiali, si realizzasse però anche il salvataggio del diritto quale *chose vivante*: costruzione dove potessero svolgere un ruolo protagonista legge e consuetudine, giurisprudenza e dottrina.

Non è solo un salvataggio, è una affrancazione: forze prima represses o mutilate vengono liberate per tener dietro al mutamento sociale. E l'asse dell'ordinamento si sposta: dal momento autoritativo della produzione della norma al momento *vitale*, esperienziale, della applicazione cioè della recezione e compenetrazione della norma nell'organismo sociale; con il conseguente recupero della interpretazione a un livello propulsivo; e i confini tra il giuridico-formale e il giuridico-sostanziale si attenuano, mentre l'ordinamento — ora sì pluralisticamente inteso — vive una capitale palingenesi.

Qualcuno leggendo le pagine precedenti, si sarà meravigliato che proprio uno storico del diritto abbia dato una immagine compatta di Gény invece di seguirlo passo passo nel suo lungo itinerario. Come ho motivato più sopra, Gény, la sua avventura scientifica, la sua ricerca culturale, coincidono con un libro e con un'idea-madre.

Certamente, la vita come continua riflessione porta ricchezza e novità, e nessuno — tanto meno uno storico — potrebbe disconoscerlo, ma nell'esempio di Gény — che è esperienza culturale vissuta in straordinaria simbiosi con l'esperienza etica — tutto appare come sviluppo di un nodo già sciolto con la prima grossa indagine della gioventù: il filo si svolge in una straordinaria unitarietà. L'isola Gény resta un'isola compatta nella sua perfetta insularità; che è insularità molteplice, speculativa principalmente ma che trova una corroborazione non secondaria in un linguaggio manieristico, fioritissimo, originale e originario, che stacca anche stilisticamente il civilista di Nancy dal gregge di una comunità di giuristi malscriventi o, comunque, sciattissimi, o, comunque, incolori.

Qui — in premessa a questo « Quaderno », dove non era tanto in questione la minuta ricostruzione della biografia gényana, quanto l'identificazione d'un messaggio culturale nel solco del pensiero giuridico moderno e contemporaneo — si imponeva di offrire l'unitarietà di un volto nei suoi essenziali tratti unitari.

Mi auguro che l'odierno giurista italiano ed europeo, dopo aver sfogliato il « Quaderno » rilegga e rimediti Gény e, sfrondando il folto strato di sedimenti storici irrimediabilmente datato, sappia far suo un messaggio pluralistico di grosso rilievo culturale; soprattutto l'odierno civilista italiano, che si porta addosso senza lamentarsene, quasi senza accorgersene, il fardello culturalmente troppo oneroso dell'art. 12 delle disposizioni preliminari al Codice civile vigente (un articolo che, nella sua formulazione innovativa rispetto all'art. 3 del Codice del 1865, mi verrebbe voglia — questo sì — di qualificare come « fascista » per la carica autoritaria, assolutistica ⁽¹⁵¹⁾ di cui è

⁽¹⁵¹⁾ Una puntualizzazione concreta — cioè offerta alla luce di un tessuto concreto di istituti della vita giuridica — di questa enunciazione teorica, che potrebbe apparir vaga e fumosa rimanendo enunciazione generale, la si può reperire in un mio recente saggio: *Assolutismo giuridico e proprietà collettive* (vedilo nella redazione definitiva in *Rivista di diritto agrario*, e riprodotto nella raccolta: *Il dominio e le cose - percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992, p. 695 ss.). Per le premesse metodologiche, cfr. anche: *Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli « Atti » di un Convegno milanese e alla ricerca di segni)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVII (1988).

portatore); che fa troppo poco per utilizzare appieno il principio costituzionale della sovranità popolare e costruire un diritto privato che sia finalmente il diritto dei privati ⁽¹⁵²⁾.

⁽¹⁵²⁾ Per chiarir sino in fondo al lettore non-italiano quanto scrivo, il riferimento è a quell'aggiunta limitativa, vincolante, « dello Stato », che segue — nel testo dell'art. 12 — la dizione « principii generali dell'ordinamento giuridico »; aggiunta che è ignota all'art. 3 del Codice civile unitario italiano del 1865 (« ove il caso rimanga tuttavia dubbio, si deciderà secondo i principii generali di diritto »), e che è altamente espressiva d'una ideologia giuridica autoritaria e statolatrica.

ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO (*)

Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles

1. Un chiarimento preliminare. — 2. Alla ricerca della identità di un civilista singolarissimo! — 3. L'insoddisfazione per la « grammatica » degli esegeti: recupero scientifico del « droit civil ». — 4. Per il diritto come « science du dehors ». — 5. E per una rinnovata concezione della legge: dallo « esprit de norme juridique » allo « esprit de discipline juridique ». — 6. E per una demitizzazione del *Code civil*. — 7. « La formation progressive de la vérité juridique »: per una rinnovata visione del modulo interpretativo. — 8. Costruzioni applicative: a) « de la cession de dettes »; b) « de la conception juridique de la copropriété afférente à la commandite »; c) « le risque professionnel dans le Code civil ».

1. Questo saggio non è un frutto solitario, ma si innesta consapevolmente in una successione non occasionale (anzi, perfettamente progettata) di scritti, taluno dei quali è già apparso (e di questi costituisce una indispensabile integrazione), molti dei quali — già delineati nella mente dell'autore — attendono però ancora una loro materiale redazione (e di questi costituisce, in qualche modo, anticipazione e prefigurazione). Tutti, tasselli di una stessa unitaria orditura tesa a disegnare organicamente i molti e rilevanti tentativi che, fra Ottocento e Novecento, si sono susseguiti per incrinare quella visione totalizzante del diritto privato, pseudo-giustificata in un complesso di apriori, con radici ideologico-politiche intensissime, e perciò sorretta da una mitologia altrettanto intensa, che io vo chiamando da qualche tempo assolutismo giuridico quasi per sottolineare l'antinomia di una soffocante proposta legolatrice in bocca a chi si faceva propugnatore del più aperto liberalismo a livello di organizzazione economica (1).

(*) Questo saggio è dedicato a Luigi Mengoni.

(1) A chi volesse chiarire questa nozione di assolutismo giuridico, non potendo qui ripetermi dopo esserci tornato sopra diverse volte, rivolgo l'invito a leggere le precisazioni contenute soprattutto negli scritti citati alle note 4 e 5.

Se l'avvio a queste ricerche può cogliersi in alcune pagine metodologiche dell'88 a proposito di un coraggioso incontro milanese sul problema delle fonti ⁽²⁾, il discorso si è consolidato maggiormente sul piano storico-giuridico in una nota dell'89 su una polemica fra due civilisti italiani, Vittorio Polacco e Vincenzo Simoncelli ⁽³⁾, nella lezione dottorale tenuta a Barcellona nel '91 su « Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX » ⁽⁴⁾, nel saggio su « Assolutismo giuridico e proprietà collettive » ⁽⁵⁾; infine, nel 1992, nell'ampio ripensamento della riflessione di Gény sulle « sources du droit » e sulla « méthode d'interprétation » pubblicato quale premessa al volume dei « Quaderni fiorentini » dedicato al grande giurista lorenese ⁽⁶⁾.

Fu proprio nella attenta rilettura complessiva dell'opera gényana che un nome emergeva ripetuto infinite volte: quello di Raymond Saleilles; e infinite volte si faceva da Gény riferimento alla di lui riflessione come a un momento rilevante, anzi decisivo, per una rinnovata presa di coscienza da parte della civilistica francese dei fondamentali problemi metodologici di una moderna scienza del diritto privato, addirittura delle condizioni e delle garanzie per una sua perfetta scientificità. Gény, con la sua consueta probità intellettuale, citava molti nomi di giuristi francesi che cominciavano ad

⁽²⁾ *Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli « Atti » di un Convegno milanese e alla ricerca di segni)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno.*, XVII, 1988.

⁽³⁾ *Interpretazione ed esegesi (Anno 1890 — Polacco versus Simoncelli)*, in *Rivista di diritto civile*, XXXV, 1989, I, poi anche in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, I, Milano, 1990.

⁽⁴⁾ Bellaterra, Universitat Autònoma de Barcelona, 1991 (il testo, nella sua originaria versione italiana, può leggersi in *Rivista di storia del diritto italiano*, LXIV, 1991; in inglese, con un succinto apparato di note, in *Italian Studies in Law — A Review of Legal Problems*, II, Dordrecht, 1993; in tedesco, sempre col medesimo apparato di note, in *Tübinger Universitätsreden-Reihe der juristischen Fakultät*, B.3, Tübingen, 1992, e in *Rättshistoriska Studier*, Stockholm, 1993).

⁽⁵⁾ Apparso in *Quaderni fiorentini*, XIX, 1990 e, in versione riveduta e definitiva, in *Rivista di diritto agrario*, LXX, 1991, e ora anche nella raccolta: P. GROSSI, *Il dominio e le cose — Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992, p. 695 ss.

⁽⁶⁾ *Ripensare Gény*, in *Quaderni fiorentini*, XX, 1991, p. 1 ss., e, in una versione definitiva, in *Rivista di diritto civile*, XXXVIII, 1992, p. 303 ss.

avvertire l'esigenza di tracciare nuovi sentieri di ricerca, ma l'interlocutore primo e vero restava sempre il suo vecchio collega digionese, alle cui idee sollecitanti sentiva di doversi ricondurre anche se per esprimere alcuni precisi dissensi. Egli non ha timore di confessare con umiltà: « c'est toujours à elles que je suis revenu quand j'ai voulu rafraîchir ma pensée » (7); e, quando, da storico del pensiero giuridico francese fra i due secoli, ne ricostruirà più tardi le trame complesse, misurando con accuratezza i singoli apporti non potrà non ammettere che « la doctrine méthodologique de Saleilles se présente à nous comme la synthèse la plus fortement expressive de toutes les aspirations contemporaines en matière de création et de développement juridiques » (8).

Rimasi colpito da quel richiamo alla forte « espressività » dell'opera saleillesiana; espressività suona infatti storicità di un personaggio e di una riflessione, indica convintamente l'intensa specularità di quello e di questa. Si aggiunga che Gény tesseva l'elogio di Saleilles senza mai nascondere, ma dichiarando apertamente, i suoi dissensi: se identica era la diagnosi del male da estirpare o da esorcizzare, diverse erano infatti le valutazioni sugli strumenti da porre in opera e su alcune conclusioni, per esempio su quella disinvolta teorizzazione dello « assouplissement des textes » (9), cioè della plasticità naturale dei testi normativi nelle mani dell'interprete-applicatore, che pareva stare al centro dell'intero messaggio di Saleilles. E ciò avvalorava e accreditava di fronte ai miei occhi quell'elogio.

Da qui la curiosità di studiare l'opera del civilista borgognone, nella esigenza di dargli una identità non fittizia in quell'officina fertile e affollata che fu la Francia dell'ultimo decennio dell'Ottocento. Forse, la curiosità rappresentava soltanto un tentativo di saperne di più; all'inizio, non tendeva a tradursi in una ricerca autonoma, in un isolamento del Nostro dalla costellazione dei contemporanei e nella

(7) F. GÉNY, *La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode dans l'oeuvre de Raymond Saleilles*, in *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, 1914, p. 13.

(8) F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1919, seconda edizione, Epilogue, chap. premier. *Le combat doctrinal pour la méthode juridique en France et en Belgique depuis 1899*, n. 184.

(9) GÉNY *loc. ult. cit.*, n. 190.

redazione di un saggio autonomo. Fu il contatto con gli scritti di un intero arco di vita a suggerire e quasi a pretendere una scelta siffatta.

Il Saleilles noto a tutti è il còlto divulgatore dei progetti del Codice civile germanico, il civilista che sistema temi ardui come il possesso, l'obbligazione, la dichiarazione di volontà, le persone giuridiche, ma v'è un Saleilles più ipogeo, i cui segni sono disseminati in mille rivoli spesso di difficile accesso: accanto alle grandi e note Riviste giuridiche, sono Riviste provinciali care all'Autore perché da lui stesso fondate (come la digionese « *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur* »); Riviste di elevato stampo pedagogico ma generiche, che consentono al Docente universitario di entrare in colloquio immediato con Docenti anche non-giuristi su problemi pressanti dell'insegnamento (come la « *Revue internationale de l'enseignement* »); « *Bulletins* » e « *Cahiers* » facenti capo ad associazioni e circoli privati e perciò difficilmente circolanti oltre una ristretta cerchia di adepti ⁽¹⁰⁾. E si badi: non si tratta di un Saleilles minore. Al contrario, è lì che egli usa discutere dei problemi di metodo strettamente connessi a quelli dell'insegnamento, è lì che ama parlare delle sue concezioni di fondo assai più che all'interno delle grandi costruzioni dogmatiche.

Certamente è un Saleilles poco o punto noto al di là di un conchiuso nóvero di specialisti francesi, ma meritevole di essere riscoperto e studiato: diversamente da Gény, che ha sentito il bisogno (e, diciamo pure, ha avuto la consapevolezza morale e la forza speculativa) di misurarsi quasi subito in una grande avventura di precisazione epistemologica e che ha affidato ad essa non soltanto la sua nitida immagine di studioso ma la sua stessa fama e il suo stesso prestigio, diversamente da Gény Saleilles, se si cimenta in opere di grosso respiro, è per lavorare sul tessuto di istituti o per complesse ricostruzioni esegetiche. Una silloge delle sue conclusioni metodologiche, così come Gény la mette a punto nel '99 nella sua « *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* », assolutamente non è mai stata scritta (e nemmeno avviata, e nemmeno pensata).

E non c'è da dire che Saleilles non ami parlar di metodo: dal 1890 al 1911, a pochi mesi dalla sua morte prematura, egli non fa che

⁽¹⁰⁾ Tanto per fare qualche esempio, il « *Bulletin de la Société des amis de l'Université de Dijon* », la « *Revue Montalembert* », il « *Bulletin de la Conférence Bufnoir* », i « *Cahiers* » della « *Union pour la vérité* », e così via.

tornare ripetutamente, sparsamente, monotonamente, sugli stessi argomenti, che sente urgere sulla sua coscienza, dapprima e innanzi tutto, di cittadino di una Francia in rapido mutamento, poi anche di giurista, e, in particolare, di cultore del diritto privato. Appena che ne ha il destro, nelle sedi più svariate, eccolo a parlar di metodo dell'insegnamento giuridico, di assetto presente e futuro delle Facoltà giuridiche, di fonti del diritto, di interpretazione della legge, di ruolo del legislatore, del giudice, del dottrinario; sempre portatore di un disagio profondo e sentito, sempre sulla strada impervia della conquista d'una correttezza metodologica e conseguentemente d'una autentica scientificità.

Diversamente da Gény, scrittore che si dichiara apertamente — con una franchezza estrema — al proprio lettore in due grandi costruzioni unitarie intese e redatte come due limpidi — discutibili forse ma limpidissimi — breviarii scientifici, l'itinerario di Saleilles — puntellato in venticinque anni di scavo ininterrotto da decine e decine di interventi occasionali e parziali — deve essere seguito passo passo e non può che essere ricostruito con fatica per saggiarne il reale contenuto di pensiero, la intima unitarietà e gli eventuali processi evolutivi.

È quanto si tenterà di fare nelle pagine che seguono. Non ci si aspetti un compiuto « discours de la méthode » come è nell'*opus* gényano. Però — questo sì — una testimonianza meritevole di essere riconsiderata almeno per due motivi: per la sua forte espressività, come direbbe Gény, per essere lo specchio fedele, forse il più fedele, di quell'affiorare di insoddisfazioni che arrivano ad incrinare le certezze dell'assolutismo giuridico in Francia; per il suo valore storico di prima espressione compiuta e prima manifestazione aperta — in Francia — di un disagio, espressione e manifestazione che, lasciando il vago dei malesseri sottili, divengono anche proposta e indicazione di sentieri nuovi da battere.

2. Anche se per un giurista autentico come Saleilles ogni ulteriore sezionamento professionale suona mortificatore e riduttivo ⁽¹¹⁾, non credo che gli calzi male addosso la qualifica di civilista;

(11) Uno dei suoi meriti — e lo vedremo — è non solo l'attenzione per l'imponente

e non solo perché egli fu prevalentemente titolare di una cattedra di « Droit civil », ma soprattutto perché alla scienza civilistica volle dare il proprio contributo di impegno intellettuale.

Qualifichiamolo, dunque, pure come civilista, ma aggiungiamo subito che si tratta di un civilista singolarissimo; e non tanto perché coltivò con competenza molte branche dell'universo giuridico ⁽¹²⁾, circostanza non infrequente in un momento in cui l'unità della scienza del diritto era felicemente una realtà osservata piuttosto che un ideale retorico ⁽¹³⁾, quanto perché si assunse assai presto — e mantenne sempre — il deciso ruolo di coscienza critica della civilistica francese portando avanti la demitizzazione delle pretese conquiste di una tradizione secolare, a cominciare da un esame disincentato di quel monumento indiscusso dello spirito giuridico francese costituito dal venerabile e venerato *Code Napoléon*.

È lecita una domanda: perché tanta singolarità? Donde deriva al personaggio tanta acutezza di sguardo e la capacità di tanta disinvoltura? Saleilles, in quest'opera di rinnovamento, si pone con profonda umiltà nella scia di Charles Bufnoir ⁽¹⁴⁾, semplice prosecutore di un'operazione già tutta promossa e avviata. Forse, il grande demitizzatore si è lasciato andare a una mitizzazione eccessiva del personaggio Bufnoir cedendo ai lacci sentimentali presenti in lui come vecchio allievo e come genero devoto. Bufnoir dovette avere dei grossi meriti come docente efficacissimo e a lui si debbono due grossi passi avanti: l'apertura del civilista a una dimensione comparatistica e il contributo senza dubbio primario alla riforma degli studi in seno alle Facoltà giuridiche francesi, che si realizzerà nel 1895. Ma non ebbe il ruolo che la devozione di Saleilles ha voluto attribuirgli; se non altro, perché Bufnoir scrisse assai poco, e quel poco è assai frammentario senza

cammino della scienza giuspubblicistica in Francia fra Ottocento e Novecento, ma particolarmente il tentativo di trasfondere nella riflessione giusprivatistica canoni metodici e linee di pensiero che avevano — secondo Saleilles — portato a risultati fecondi all'interno di quella.

⁽¹²⁾ Contributi non episodici egli dette nel diritto romano, nella storia del diritto, nel diritto penale.

⁽¹³⁾ Basti pensare al suo collega e sodale in molte iniziative Adhémar Esmein, cultore — a pari titolo — della storia del diritto e del diritto costituzionale.

⁽¹⁴⁾ Charles Bufnoir (1832-1898) fu per più di trenta anni e fino alla morte, professore di Diritto civile nella Facoltà giuridica dell'Università parigina.

alcun progetto unificante a sorreggerlo. Certamente, come risulta dalla tradizione orale raccolta dagli allievi⁽¹⁵⁾, non andò molto più in là di una visione sistematica degli istituti tralasciando l'ordine discutibilissimo del legislatore per un ordine più sostanziale, più razionale⁽¹⁶⁾. Passi innanzi, senza dubbio, rispetto ai formalismi esegetici e all'ossequio quasi culturale verso il *Code civil*, ma senza dubbio non quel rinnovamento di approccio con Codice, legge, interpretazione-applicazione, che postula una profonda conversione interiore; la conversione che constatiamo invece nella singolare riflessione saleillesiana.

E torniamo al punto di partenza, a questa singolarità e alle sue radici. Due sono, a mio avviso, le dimensioni che vanno sottolineate e valorizzate per questo tentativo di comprensione, una di indole culturale, l'altra con radici nel profondo della personalità, tutta spirituale, religiosa, ma destinata a straripare, invadere e connotare anche l'uomo di cultura. Intendo riferirmi alla circostanza che Saleilles è un civilista che proviene dal ventre della storia del diritto, un civilista che è anche storico del diritto; che v'è in lui una sentita tenace adesione alla fede cattolica.

In Saleilles la familiarità con l'analisi storico-giuridica non è, come per la più gran parte dei giuristi francesi a lui contemporanei, episodica. Egli infatti inizia la sua carriera accademica insegnando lungamente « Histoire du droit » a Grénoble e a Dijon⁽¹⁷⁾; storico-giuridici sono i suoi primi lavori scientifici⁽¹⁸⁾; il primissimo « De la

(15) Il grosso volume di scritti raccolti dopo la sua morte sotto il titolo: *Propriété et contrat — Théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations*, Paris, 1900, non è altro che la ricostruzione delle lezioni tenute da Bufnoir presso la Facoltà giuridica parigina.

(16) È questo, nella sostanza, depurato degli inevitabili toni encomiastici, il giudizio di Guillouard nella introduzione al precitato volume collettaneo *Propriété et contrat*.

(17) Cfr. E. GAUDEMET, *Raymond Saleilles - 1855/1912*, in *Revue bourguignonne de l'Université de Dijon*, XXII, 1912, pp. 174-177. Questo ampio necrologio — redatto da un antico allievo digionese, che nel 1912 è professore di Diritto civile nella Facoltà giuridica di Dijon — costituisce, allo stato attuale, il miglior contributo alla biografia intellettuale del Nostro. Devono, inoltre, esser tenuti presenti i saggi raccolti nel volume collettaneo: *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, cit., pubblicato poco dopo la sua morte.

(18) *Le domaine public à Rome et son application en matière artistique*, in *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, XII, 1888 e XIII, 1889; *Du rôle des scabins et des notables dans les tribunaux carolingiens*, in *Revue historique*, XL, 1899, 20.

possession des meubles en droit romain », che costituisce parte della sua tesi dottorale del 1883 ⁽¹⁹⁾, lo mette in contatto con la grande lezione metodologica che il secondo Jhering cominciava a mettere a punto proprio in tema di possesso e da cui resterà conquistato per sempre; continuerà costantemente a dedicarsi a ricerche storico-giuridiche ed è tale l'ultimo corposo contributo pubblicato prima della morte ⁽²⁰⁾.

L'esercizio della storia e del mestiere di storico hanno in lui sicuramente avvalorato il primato della vita vissuta, acuito il discrimine insanabile fra vita e artificio, la naturale ripugnanza per ogni artificio, che non è mai forza produttrice di storia e può solo porsi per essa quale forza costringitiva e condizionante. L'esercizio della storia del diritto ha valso sicuramente a sottolineargli la convinzione del diritto come ordinamento del sociale, espressione naturale del sociale e pertanto necessariamente connotato di socialità e storicità, un diritto colto più come esperienza che come forma e norma ⁽²¹⁾.

L'esercizio dell'analisi storico-giuridica doveva infine esaltare al suo spirito d'osservazione la storicità del presente, il divenire rapido di quell'ultimo quarto di secolo, in cui il maturo giurista Saleilles si trovava a vivere e di cui non poteva non essere attentissimo spettatore. Un divenire che gli appariva storia ed evoluzione in-

⁽¹⁹⁾ Paris, 1883.

⁽²⁰⁾ *L'organisation juridique des premières communautés chrétiennes*, in *Mélanges P.F. Girard*, Paris, 1912.

⁽²¹⁾ Nella comunicazione su « Le risque professionnel dans le Code civil », che è tenuta nella assemblea della « Société d'économie sociale » del 14 febbraio 1898 e cioè dinnanzi a un pubblico fatto prevalentemente da non-giuristi, egli sente il bisogno di giustificare una certa sua visione delle fonti del diritto e certe sue conclusioni eterodosse, presentandosi come un civilista proveniente dalla storiografia giuridica e che a questa provenienza mai smentita imputava la sua più intima caratterizzazione culturale: « je suis d'une école qui tend de plus en plus à accorder beaucoup à la jurisprudence et à attendre beaucoup d'elle, beaucoup plus que de la loi. Vous avouerais-je que j'ai commencé ma carrière juridique par l'histoire, et c'est par l'histoire que je suis arrivé au droit. Ce n'est pas impunément que j'ai vu à Rome, dans cette grande école de fabrication juridique que l'on nous cite à modèle, le droit se faire par l'évolution de la doctrine et de la jurisprudence; et devenir stationnaire le jour où la méthode statutaire... vint remplacer les procédés de germination progressive, tels qu'ils se réalisaient sous la poussée des faits et la cristallisation de la science » (*Le risque professionnel dans le Code civil*, in *La Réforme sociale*, XXXV, 1^o, 1898, p. 637).

sieme, con tutto quel vertiginoso progresso tecnologico in corsa verso il futuro.

Più complesso è il discorso sulla sua matrice religiosa, che è viva e caratterizzante ma che emerge sempre indirettamente almeno nel giurista e nella pagina giuridica. Anche qui il tratto distintivo con Gény si fa forte: ambedue cattolici sinceri, ambedue sicuri nel chiedere a un dover-essere il compito di confortare e orientare il povero essere della vita giuridica; solo che, mentre Gény lo conclama, ha bisogno di parlar di Dio, è tutto proiettato senza perplessità verso una dimensione metafisica, verso un assoluto ⁽²²⁾, in Saleilles c'è un maggior pudore e c'è insieme una maggior diffidenza verso ogni assolutizzazione. La sua è, in fondo, sotto il profilo religioso, una esperienza personale assai più tormentata.

Ha fatto lo storico, non l'erudito, non il filologo, e si è intriso di storicismo. Lo storicismo è diventato in lui un modo d'approccio relativizzante, addirittura un metodo, è quella « *méthode historique* » di cui parlerà tante volte nel corso dei suoi lavori e che non lascerà indenne nemmeno la sfera delle credenze. Ecco un esempio significativo: nello stesso anno 1903 il cattolico Saleilles e il giurista Saleilles scrivono due contributi che, pur ponendosi su piani diversi — l'uno su quello della esegesi vetero-testamentaria, l'altro su quello della esegesi della regola giuridica codificata —, si mostrano in perfetto armonico contrappunto e testimoniano, nella loro impressionante simultaneità, la profonda unità del personaggio e delle sue scelte metodiche. Ci riferiamo a « *La méthode historique et la Bible* » ⁽²³⁾ e a « *Méthode historique et codification* » ⁽²⁴⁾, dove il motivo di fondo è sempre e soltanto il rifiuto della immobilizzazione di un testo, sia pure il testo sacro, la necessità di renderlo vivo nel contatto con la vita che prosegue, nella disponibilità ad arricchirsi in quel contatto e a trasformarsi.

⁽²²⁾ Mi sia consentito di rinviare ad alcune mie recenti precisazioni. Cfr. GROSSI, *Ripensare Gény*, cit., p. 315 ss.

⁽²³⁾ *La méthode historique et la Bible. Etude à propos d'un livre récent* (P.M.J. LAGRANGE, *La méthode historique, surtout à propos de l'ancien Testament*, Paris, Lecoffre, 1903), Genève, 1903.

⁽²⁴⁾ *Méthode historique et codification*, in *Atti del Congresso Internazionale di Scienze Storiche, Roma, 1-9 aprile 1903*, IX, Roma, 1904.

Sono gli anni infocati del modernismo, un atteggiamento culturale e spirituale insieme che conquista il giurista borgognone. Proprio nel bel mezzo della Relazione al Congresso di scienze storiche, una Relazione storico-giuridica, Saleilles conclama l'onnivalenza del suo storicismo coinvolgendo senza perifrasi, accanto alla assolutezza delle dommatiche giuridiche, anche quella delle dommatiche religiose: « à une époque où les dogmes eux mêmes évoluent, et où cette transformation organique de tous les produits de la pensée humaine est admise même dans le domaine de l'orthodoxie religieuse pour la partie au moins formelle des entités métaphysiques qui en constituent le credo, à plus forte raison doit-il y avoir une évolution des concepts d'équité et de justice » (25). Di lì a poco seguiranno le laboriose traduzioni in francese di testi apologetici del cardinale Newman (26), il mentore acclamato dei modernisti, e lo studio intorno a « Il santo », il romanzo del suo amico Fogazzaro appena tradotto in francese (27) e così intimamente pervaso da venature novatrici (28).

L'adesione modernista serve a placare la possibile antinomia tra fede e orientazione storicistica e indica quanto sia calato a fondo nella sua struttura intellettuale il metodo storicistico (29). Convinto

(25) *Loc. ult. cit.*, p. 9. Non era, in fondo, dissimile il discorso che Saleilles aveva fatto l'anno prima nel suo saggio programmatico *Ecole historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents*, pubblicato nel primo fascicolo della *Revue trimestrielle de droit civil*, I, 1902, p. 98): « il n'ya qu'en matière religieuse... que l'on peut parler de dogme et d'immutabilité, au moins en ce qui concerne le fond et l'essence du dogme et en mettant à part les explications théologiques qu'on en puisse donner, lesquelles évoluent comme tout le reste ».

(26) Di Newman Saleilles traduce, nel 1905 « La foi et la raison », nel 1906 « Le Chretien ».

(27) *Il Santo (Etude sur le roman d'A. Fogazzaro, Il Santo)*, in *La quinzaine*, nn. dell'1 e 15 febbraio 1906 (lo stesso giornale su cui era uscito, il 15 aprile precedente, il famoso articolo del matematico Edouard Le Roy così incisivo nella storia della riflessione modernistica).

(28) Sulla sua attenzione per i problemi anche squisitamente religiosi, scritturistici, ecclesiologici del modernismo, si veda *Bulletin de la Semaine*, N. del 27 gennaio 1904.

(29) Quando, nel 1907 — l'anno della *Pascendi* — egli rievcherà i suoi studi universitari di diritto facendo salvi solo i nomi di Labbé, di Bufnoir e di Paul Gide, parlando di Gide e del suo insegnamento innovatore del diritto romano inteso non come astrazione geometrica ma come diritto vivo della società antica con ammaestramenti

storicismo e convinto cattolicesimo (sia pure nella versione novatrice) possono convivere nello stesso uomo di cultura e fornire la chiave per una più soddisfacente comprensione anche del giurista. Affrettiamoci a scendere su questo piano e a vederli operanti proprio a livello della cultura giuridica di Saleilles, addirittura delle sue scelte metodologiche e tecniche.

Educazione storicistica ed educazione cattolica convergono intanto su un nodo fondamentale: il rifiuto — direi di più: la ripugnanza — per le basi speculative del moderno diritto borghese, la condanna per i postulati giusnaturalistici così come si erano venuti delineando nella filosofia e nella politologia sei-settecentesche ⁽³⁰⁾: un diritto naturale individuato come realtà assoluta, immobile, eterna, perché individuato nella sua pre-storicità ed a-storicità; una astrazione, una finzione, perché disegnato su un preteso stato di natura originario, che esiste soltanto come modello pensato, inguaribilmente libresco.

Pensato e libresco, pura astrazione esso stesso perché modello teorico, il soggetto di diritto naturale, individuo-microcosmo preesistente a ogni organizzazione sociale e colmo di pretese verso il sociale per la conservazione e tutela delle sue prerogative sovrane ⁽³¹⁾. Bisogna convenire che storicismo e cattolicesimo, acuendo certe naturali ri-

duraturi anche per il giurista ottocentesco, tiene a sottolineare « quelle impression de modernisme intense produisaient les leçons d'un maître tel que Paul Gide, quels horizons elles nous ouvraient sur l'actualité même la plus récente » (*Lettre à M.P. Desjardins sur l'enseignement du droit*, in *Union pour la Verité — Correspondance mensuelle — Cahier annexe formant post-scriptum à la troisième série des « Libres Entretiens »: Sur la réforme des institutions judiciaires*, Paris, 1907, p. 12).

⁽³⁰⁾ Questa critica è particolarmente sviluppata in: *Fondement et développement du droit — Quelques vues émises à propos d'un livre récent*, in *Revue internationale de l'enseignement*, XIII, 1891, p. 42 ss.; *Préface* a F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, prima edizione, Paris, Chevalier-Marescq, 1899, p. XXIII (questa nostra citazione è tuttavia fatta sulla ristampa della seconda edizione: Paris, 1954); *Conception et objet de la science du droit comparé* (Rapport présenté au Congrès international de droit comparé), in *Bulletin de la Société de Législation Comparée*, XXIX, 1900, p. 397; *Ecole historique et droit naturel* cit., p. 96 ss.; *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, in *Revue internationale de l'enseignement*, XLIV, 1902, 2^o, p. 319 ss.; *Le Code civil et la méthode historique*, in *Le Code civil - 1804/1904 — Livre du centenaire*, Paris, 1904, p. 107 ss.

⁽³¹⁾ « le droit social était un dérivé du droit individuel, celui-ci était antérieur et supérieur aux droits de la collectivité » (*Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 108).

pugnanze culturali, consentono a Saleilles una messa a fuoco tanto lucida quanto spietata: questa modellistica astratta, questa che a uno sprovveduto osservatore potrebbe sembrare un innocuo gioco d'ombre, è un'operazione che parte da precise scelte ideologiche e vuol porsi a giustificazione di un preciso assetto sociale ed economico. Le ombre sull'apparente schermo bianco sono, al contrario, individui economicamente ben pasciuti, che intendono difendere ad ogni costo la propria posizione di privilegio nella società. Nella innocua arcadia del giusnaturalismo moderno si radica e si fonda l'assetto individualistico del diritto borghese.

Dirà, in una delle sue prime riflessioni metodologiche risalente al 1891 ⁽³²⁾: « la thèse rationaliste... a abouti tout droit... à la doctrine du *Contrat social*; et c'était forcé: une individualité abstraite, isolée dans sa liberté native, ne peut subir l'obligation de vivre en société que de son libre consentement; l'état social devient forcément l'état secondaire de l'humanité et sa légitimité ne peut résulter que d'une adhésion volontaire de chacun au pacte social » ⁽³³⁾. E, parlando undici anni dopo, nel 1902, al Congresso della « Société d'économie sociale » dedicato al ruolo sociale della gioventù, dove affronta il problema dei metodi formalistici nell'insegnamento universitario del diritto, eccolo ancor più rincarare la dose: « Vous sentez bien, en effet, que, quoi qu'on en dise, cette méthode prétendue classique, ou plutôt cette absence de méthode, n'est pas autre chose que l'application dans le domaine du droit individuel de la pure et néfaste théorie du *Contrat social*, telle que Rousseau l'a proposée chez nous. A la base, l'idée d'un droit individuel absolu, l'individu s'identifiant avec l'idée de souveraineté, et n'ayant à obéir qu'au pacte consenti en son nom par la majorité, de telle sorte que, la loi n'ayant à obliger que dans la mesure du consentement donné de part et d'autre, c'est cette recherche de la volonté légale, puis qu'elle n'est autre qu'une volonté contractuelle, qui domine toute l'interprétation législative.

⁽³²⁾ *Fondement et développement du droit*, cit. Come capita quasi sempre a un temperamento pragmatico e concreto quale Saleilles, la riflessione metodologica è sollecitata da qualche lettura incisiva. In questo caso, il saggio è provocato dalla apparizione del volume di Charles Beudant su « Le droit individuel et l'Etat » (Paris, Rousseau, 1891).

⁽³³⁾ *Fondement et développement du droit*, cit., p. 43.

Qu'importent à coté de cela les résultats de la loi au point de vue moral, économique et social? Qu'avons-nous à nous en occuper? Une seule chose importe: c'est de savoir ce qu'ont entendu sacrifier de leur droit subjectif absolu ces petites souverainetés individuelles dont l'ensemble constitue la nation. Et après cela vienne le déluge, s'il le faut! La souveraineté individuelle est sauve, le pacte social est respecté » (34).

Riprenderemo fra breve alcuni di questi temi; qui si deve per ora prendere atto di una duplice condanna: senza dubbio quella delle astrazioni che, in quanto tali, non possono non trasformarsi immediatamente in assolutizzazioni; ma anche quella di quanto sta dietro, ipocritamente, all'operazione astrattiva, e cioè la costruzione della società in chiave esasperamente individualistica. Lo storicismo culturale di Saleilles trova un alleato nel suo solidarismo cristiano, cui è profondamente ripugnante la contemplazione di un mondo egoistico costellato soltanto da isole sovrane, un mondo esteticamente perfetto nella sua compiuta armoniosità; lo storico e il solidarista sanno che il collettivo è una delle grosse forze della storia, che all'interno di questo collettivo — parte non minima di esso — sta un drappello sterminato di creature innominate — miserabili, malati, sfruttati — certamente assai dissimili dagli individui sovrani della logora favola giusnaturalista, ma esistenti, sofferenti, meritevoli di attenzione, meritevoli di essere riportati alla luce del sole anche a costo di turbare la serenità della favola (35).

Da qui anche l'attacco alla pretesa neutralità di un simile

(34) *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, cit., p. 319.

(35) Mette conto di rileggere una pagina della commemorazione che egli scrisse dello storico del diritto Edouard Beaudoin: « L'histoire est une oeuvre d'art incomparable, l'oeuvre d'art par excellence: car elle est faite, non seulement de tout ce qu'il y a de beauté dans les vies individuelles, mais de tout ce qu'il y a de poésie idéale et de grandeur impersonnelle dans la vie collective de l'humanité. Y-a-t-il sensation d'art qui puisse égaler cette plasticité de résultats sociaux, tels qu'ils ressortent de ce qu'il y a eu de pensées, de sensations, de souffrances, de joies et d'efforts chez chacun des pauvres petits êtres inconnus et oubliés qui ont vécu et qui, sans le savoir et sans le vouloir, ont travaillé, souffert et pensé pour d'autres, pour les autres? » (*Edouard Beaudoin Professeur à la Faculté de Droit de Grenoble*, in *Revue internationale de l'enseignement*, XL, 1900, p. 316).

operare per modelli, alla pretesa neutralità di un metodo che reclama la sua purezza soltanto perché non si contamina con le fattualità grossolane — economiche e sociali — della storia quotidiana, alla pretesa neutralità di un Codice civile che ama proporsi come il sistema dei diritti naturali reclamati per ogni uomo, per una collettività di giuridicamente uguali ⁽³⁶⁾. Saleilles taccia di finzione ipocrita lo stucchevole sistema giuridico giusnaturalistico e ne segnala, al contrario, il carattere di struttura oppressiva di classe: « on avait organisé... le Code de la bourgeoisie » ⁽³⁷⁾.

L'analisi è divenuta anche classista ⁽³⁸⁾, e denuncia che allo storicismo cristiano si giustappongono orecchiamenti e suggestioni che provengono da altre fonti ispiratrici, segno d'un eclettismo che domina all'incirca tutti gli intellettuali europei operanti a cavaliere fra i due secoli, che certamente non lascia immuni i giuristi ⁽³⁹⁾, che è particolarmente evidente in Raymond Saleilles. Insieme allo storicismo metodologico, che ben si poteva armonizzare con un cattolicesimo di stampo modernista, ecco affiancarsi seduzioni evoluzionistiche e socialistiche ⁽⁴⁰⁾ per il tramite di quel gran calderone che fu in

⁽³⁶⁾ *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, cit., p. 319. Ecco quanto si dice espressamente del metodo sillogistico e formalistico — e della sua pretesa purezza — in voga nelle Facoltà giuridiche francesi degli anni Ottanta: « tout ce que j'ai voulu essayer d'établir; c'est que la neutralité des méthodes n'existait pas, dans l'enseignement du droit pas plus qu'ailleurs, et que, quoi qu'on fasse, du moment que l'on fait de la science sociale, on fait de l'éducation intellectuelle, on part d'une conception initiale de la vie, exprimée ou latente et on en déduit des applications concordantes en matière juridique » (p. 320).

⁽³⁷⁾ *Le Code civil et la méthode historique*, cit. p. 115. Al posto dei puntini segnati nel nostro testo Saleilles scrive: « sans le savoir et sans le vouloir », quasi per attenuare la diagnosi registrando quello che è un risultato oggettivo più che un programma voluto.

⁽³⁸⁾ Un accenno alle richieste de « les classes ouvrières » e alla esigenza di un « Code du travail », che accompagni un *Code civil* concretatosi soltanto in un « Code de la propriété », è a p. 116 (*op. ult. cit.*).

⁽³⁹⁾ Cfr. quanto abbiamo rilevato recentissimamente a proposito di Gény (GROSSI, *Ripensare Gény*, cit., p. 320).

⁽⁴⁰⁾ È doveroso però precisare immediatamente questo accenno troppo generico: socialistiche nel senso che si dirà subito dopo, cioè nel senso del cosiddetto socialismo giuridico, concretantesi quasi sempre in un moderato individualismo temperato vieppiù da istanze solidaristiche. Al socialismo rivoluzionario e statalista il Nostro è accanitamente ostile come all'individualismo egoistico di marca giusnaturalistica.

tutta Europa il cosiddetto « socialismo giuridico » (41). Saleilles, sempre intellettualmente curioso, sempre disponibile a ricevere con umiltà dalle fonti più disparate, sempre puntigliosamente attento a quanto si scrive fuori di Francia e in lingue diverse dal francese, ha il merito di giovare di una tastiera straordinariamente ampia, anche se questo merito in uno spirito sofferente di qualche fragilità speculativa può significare incapacità di arginare, ordinare, vagliare. Per fare un esempio che riguarda casa nostra, è ammirevole la curiosità che egli dimostra per quanto si scrive in Italia a fine secolo ed è indubbia la forte suggestione che ha su di lui tutta la civilistica neoterica italiana dopo gli anni Ottanta e la « nuova fase » del diritto civile, per far nostro il titolo di un celebre libro di Enrico Cimbali (42).

Con gli occhi ormai liberi dai vecchi plagi tenaci grazie al suo liberante pluralismo culturale Saleilles può proseguire con piglio sicuro una smantellante opera di demitizzazione di tante pretese conquiste. Tutto viene rimesso in discussione: l'*égalité*, l'uguaglianza giuridica — scritta a lettere d'oro, ieri sugli standardi della Rivoluzione, oggi 1904 in ogni aula giudiziaria francese — mostra di essere nella concretezza della vita sociale una sùbdola turlupinatura per il cittadino più debole allo stesso modo che lo fu apertamente, nell'antico regime, il sistema della disuguaglianza cetuale (43); la divisione dei poteri, nella rigida trasfigurazione dommatica di traguardo ultimo e indiscutibile d'una società democratica, comincia a essere esaminata con un assoluto disincanto e con più di una perplessità,

(41) Per un accenno esplicito al « socialismo giuridico » e anche al « femminismo giuridico » (segno della curiosità di Saleilles per tutto il gran ribollimento che gli ferve intorno), cfr. la *Allocution* introduttiva al volume organizzato per sua iniziativa: *Les méthodes juridiques* — Leçons faites au Collège libre de Sciences sociales en 1910 par Mm. Bertélemy, Garçon, Larnaude, Pillet, Tissier, Thaller, Truchy, Gény, Paris, 1911, p. XXIII.

(42) « suivant une formule chère aux Italiens, nous pouvons, à l'aube du siècle qui commence, saluer les nouveaux horizons du droit civil » (*Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 114). Saleilles — che pur conosce bene Cimbali — si riferisce qui al volume di Camillo Cavagnari *Nuovi orizzonti del diritto civile in rapporto colle istituzioni pupillari* — *Saggio di critica e riforma legislativa*, che egli espressamente cita insieme a lavori di Gianturco, di Giuseppe Salvioli, di Vivante. La sua conoscenza della civilistica neoterica italiana, anche la più ereticale, è eccellente.

(43) « l'égalité de droit, dans la réalité, fait autant de victimes, si ce n'est plus, que jadis le régime du privilège » (*Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 117).

mentre si cerca di coinvolgere sempre più il potere giudiziale — quale potere applicatore della legge positiva — nella vita della norma per la sua effettiva adeguazione ai bisogni della collettività; e il tema dell'equità — dell'equità giudiziaria — non è più il tema vietato, intoccabile, della tradizione illuministica, ma, in vista della edificazione di una nozione più comprensiva — meno talmudica — di legalità, diventa il problema dei limiti a un arbitrio puramente soggettivo del giudice e di un incanalamento oggettivo del suo diritto-dovere di valutazione dei fatti ⁽⁴⁴⁾; il tema ugualmente proibito (e quasi scabroso nella mistica rivoluzionaria e postrivoluzionaria) delle persone giuridiche non solo non è più oggetto di diffidenza, ma è ritenuto uno dei nuclei nodali della organizzazione moderna della società ⁽⁴⁵⁾, tanto che si arriva ad auspicare anche un futuro *Code de l'association* accanto al baluardo degli individui e dei diritti individuali ⁽⁴⁶⁾ (e che sia tema nodale per il Nostro lo dimostra la fedeltà, con cui per tutta la sua vita di studioso vi resta applicato, indagando soprattutto il problema delle fondazioni in vista di una revisione generale del *Code civil* ⁽⁴⁷⁾ e dedicandovi poco prima della morte quella che deve considerarsi la sua fatica di ricercatore quantitativamente e qualitativamente più grossa) ⁽⁴⁸⁾.

Si ha anche la percezione chiara che tutta la « rivoluzionaria » operazione giusnaturalista nel suo esasperato individualismo, nella sua tensione a semplificare al massimo la struttura del sociale facendo piazza pulita di ogni società intermedia e riducendo tutto a un gioco combinato di due poli opposti — microcosmo e macrocosmo, individuo e Stato —, viene a ingigantire e a rafforzare lo Stato fino a farne un soggetto ingombrante, tutelatore e garante di diritti e patrimonii individuali ma senza dubbio sempre più ingom-

⁽⁴⁴⁾ Tema che costituirà uno dei nuclei focali del saggio nel suo svolgersi; per ora basti una citazione eloquente: *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 104.

⁽⁴⁵⁾ *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 125.

⁽⁴⁶⁾ *Op. ult. cit.*, p. 116.

⁽⁴⁷⁾ Di cui è traccia particolarissima nel *Rapport préliminaire sur le projet relatif aux fondations*, che si può leggere in *Bulletin de la Société d'études législatives*, VII, 1908, p. 357 ss. (ma su cui vedi anche altri numerosi interventi, ibidem, V, 1906, p. 467 ss, VI, 1907, p. 237 ss, VII, 1908, p. 188 ss., VIII, 1909, *passim* e specialmente p. 161 ss.).

⁽⁴⁸⁾ *De la personnalité juridique — Histoire et théories — vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, Paris, 1910.

brante ⁽⁴⁹⁾; e questo al cattolicissimo Saleilles, cui sorride in mente un articolato paesaggio corporativo, non è affatto congeniale.

Sempre di fronte al suo pluralismo culturale istituti considerati feccia nefasta dell'immondezzaio della storia ridivengono oggetto di comprensione, come l'abborrito feudo ⁽⁵⁰⁾. E si ha una attenzione tutta nuova e fresca e sgombra di pregiudizi per istituti che arrivavano a proporre, in Francia ma da esperienze estranee, modelli di impedimenti alla libera circolazione dei beni per il loro svincolo dalla libera disponibilità di un individuo fisico e per il loro vincolo a una unità familiare, come lo *Homestead* di stampo anglosassone, una sorta di « patrimoine de famille insaisissable » ⁽⁵¹⁾, che appare al solidarista Saleilles non il mostro da respingere ⁽⁵²⁾ in forza di inderogabili calchi « quiritarii » ⁽⁵³⁾, sibbene il nuovo espediente da sperimentare in seno al diritto francese per garantire saldezza al *foyer* domestico e garanzia di promozione per una piccola proprietà rurale ⁽⁵⁴⁾.

Ho parlato più sopra di pluralismo culturale saleillesiano, e credo che si debba insistervi ma anche chiarire sino in fondo che cosa si intenda. Si badi: pluralismo culturale non vale eclettismo culturale; pluralismo culturale è qualcosa di più della solita mescolanza di storicismo, evolucionismo, sociologismo che è un po' il

⁽⁴⁹⁾ « c'est précisément la doctrine de l'individualisme, poussé à l'excès, qui tend à fortifier l'idée absorbante de l'Etat, puisque, devenu rétif aux efforts qu'exige l'association spontanée, l'individu s'en remet forcément à l'association politique du soin de tout faire dans la société » (*Fondement et développement du droit*, cit., p. 42).

⁽⁵⁰⁾ Si veda, nell'ambito di un assai interessante articolo-conferenza su *Le Homestead aux Etats-Unis* (*Constitution d'un patrimoine de famille insaisissable*), Dijon, 1895, la eloquente nota 43 di p. 31.

⁽⁵¹⁾ *Le Homestead aux Etats-Unis*, cit.

⁽⁵²⁾ È interessante notare che questo istituto dello *Homestead* ha anche in Italia una effimera stagione di successo nel clima di acceso solidarismo che domina le correnti neoteriche di fine secolo (cfr. P. GROSSI, « *La scienza del diritto privato* » — *Una Rivista-progetto nella Firenze di fine secolo*, Milano, 1988, p. 130).

⁽⁵³⁾ « le Homestead a en effet une formule juridique, et une formule qui repugne peut-être à nos esprits formés à l'idée de la propriété Romaine, avec toute la carrure et toute la précision qui la caractérise » (*Le Homestead aux Etats-Unis*, cit., p. 9); « une formule » che tuttavia Saleilles stima scorretto « juger... d'après nos conceptions Romano-Françaises » (nota 18, pp. 28-29).

⁽⁵⁴⁾ La conferenza di Saleilles si chiude insistendo « sur le respect de la famille et sur l'inviolabilité du foyer domestique » (*Ibidem*, p. 22).

consueto vestito d'arlecchino dei giuristi più sensibili di fine Ottocento, ansiosi di rinnovamento e incredibilmente recettizii.

In Saleilles lo scenario culturale si complica e si pluralizza sostanzialmente: nello sfondo c'è sempre l'abborrito Rousseau e il suo *Contrat social* indebitamente ipostatizzato a campione del giusnaturalismo individualistico settecentesco, e, al di sopra, l'adesione incondizionata a Jhering e a Stammler e le adesioni più o meno condizionate a Savigny, a Spencer, a Fouillée, riproponendo una ricetta di miscela culturale che non è certo nuova ⁽⁵⁵⁾. Il nuovo si staglia netto quando compaiono ripetutamente citati con rispetto i filosofi alternativi alle ufficialità culturali trionfanti per tutto il secolo, quei Joseph de Maistre e Louis de Bonald ⁽⁵⁶⁾, considerati appena ieri sprezzantemente i campioni di un passatismo nostalgico indegno di considerazione ⁽⁵⁷⁾.

Del resto, torniamo un momento al discorso da cui si è preso le mosse per tentar di comprendere appieno la cifra culturale di Saleilles, torniamo al tema del diritto naturale: il rifiuto è nettissimo per il diritto naturale del giusnaturalismo settecentesco, per tutto quel che sta a significare, per le sue opzioni accesamente individualistiche, per il suo proporsi nella sua assoluta astrazione e astratta assolutezza. È soltanto un siffatto diritto naturale astorico e antistorico che Saleilles rifiuta; ma ha bisogno — non fosse altro per le proprie convinzioni religiose — di saldare l'essere del diritto a un dover-essere, e ha bisogno dell'idea di un diritto naturale come supporto fondante della costruzione.

Non è forse l'esilio cui Savigny condanna il diritto naturale uno dei motivi (anche se certamente non il solo) per cui Saleilles prende una grossa distanza dai metodi e dagli strumenti conoscitivi del la-

⁽⁵⁵⁾ Per alcuni esempi di questa miscela, cfr. *Fondement et développement du droit*, 1891, cit., pp. 42-43; o *Ecole historique et droit naturel*, 1902, cit., *passim*; o *Le Code civil et la méthode historique*, 1904, cit., *passim*.

⁽⁵⁶⁾ Vedi, per alcune precise citazioni: *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, 1902, cit., p. 326; *Le Code civil et la méthode historique*, 1904, cit., p. 109.

⁽⁵⁷⁾ Dovrebbero, poi, essere segnate anche influenze bergsoniane e blondeliane, anche se infinitamente più tenui che non in Gény. Una affermazione squisitamente blondeliana è in: *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, cit., p. 324.

boratorio intellettuale della Scuola Storica ⁽⁵⁸⁾? In « Ecole historique et droit naturel » (1902) egli aderisce entusiasticamente alla proposta, che Rudolf Stammler aveva formulato qualche anno prima, nell'ambito della sua critica al materialismo storico ⁽⁵⁹⁾, di « ein Naturrecht mit wechselndem Inhalt » ⁽⁶⁰⁾, « un droit naturel à contenu variable » ⁽⁶¹⁾, che appare a Saleilles « un droit naturel rajeuni et transformé » ⁽⁶²⁾, perfettamente in grado — dinanzi ai suoi occhi storicistici — di corrispondere ai bisogni della società e della cultura tardooctocentesche ⁽⁶³⁾; un *droit naturel* assolutamente svincolato dagli apriorismi razionalistici e sempre più identificantesi in un complesso di regole all'insegna della spontaneità e della storicità, segnalate dal basso e non dall'alto grazie all'ausilio prezioso di sempre più vaste

⁽⁵⁸⁾ Sugli *axiomes* di Savigny, cfr. la critica serrata condotta in: *Ecole historique et droit naturel*, cit., *passim* ma soprattutto p. 83 ss. Sulla necessità di un ancoraggio a un ideale di giustizia, ecco una pagina chiarificatrice: « L'école historique aurait donc échoué pour avoir voulu éliminer de son domaine toute idée de droit naturel. Elle a refusé de croire à cette loi sociologique, d'après laquelle, si ce sont les intérêts qui mènent le monde, les hommes ont un intérêt d'ordre sentimental peut-être, mais qui n'est pas moins indestructible, à mettre la satisfaction de leurs besoins économiques d'accord avec un idéal de raison et de justice. Tout système économique s'organise, socialement parlant, autour d'une idée de justice. De sorte que, pour aider à l'évolution du système, il ne suffit pas de constater les intérêts qui deviennent prépondérants, encore faut-il en faire un système organique dans lequel l'idée de justice trouve sa place, et au-dessus duquel plane l'idéal d'une harmonie sociale, à la fois plus stable et plus douce. Il n'y a pas de système politique qui n'ait pris pour mot d'ordre une idée de raison et de justice; et c'est par là qu'ils' ont triomphé. Le système égalitaire de la Révolution française en est une illustration frappante et celui du socialisme un exemple bien autrement menaçant encore » (*ibidem*, p. 96).

⁽⁵⁹⁾ R. STAMMLER, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 1986.

⁽⁶⁰⁾ È precisamente il titolo del § 33.

⁽⁶¹⁾ Come traduce Saleilles (*Ecole historique et droit naturel*, cit., p. 97).

⁽⁶²⁾ Loc. ult. cit. « Il s'agirait de prendre comme mesure d'appréciation du droit existant le postulat d'un droit idéal, non plus absolu, mais essentiellement relatif », *ibidem*, p. 101.

⁽⁶³⁾ « ce qui ne change pas, c'est le fait qu'il y a une justice à réaliser ici-bas, c'est le sentiment que nous devons à tous le respect de leur droit dans la mesure de la justice sociale et de l'ordre social. Mais quelle sera cette mesure; quelle sera cette justice; quel sera cet ordre social? Nul ne peut le dire *a priori*. Toutes ces questions dépendent des faits sociaux avec lesquels le droit entre en contact; ces faits changent, évoluent et se transforment » (*Ecole historique et droit naturel*, cit., pp. 98-99).

rilevazioni comparatistiche, « ce droit commun universel reposant sur la marche comparative du droit dans l'ensemble de son évolution chez tous les peuples civilisés » (64); un diritto naturale — se mai — nel filone di quel diritto naturale secondario — contraddistinto appunto da una ineliminabile storicità — che nel vecchio sistema di San Tommaso e della Scolastica medievale e postmedievale era servito per far mettere i piedi a terra allo *ius naturae*, e che appariva tutto teso a conciliare natura e storia.

3. Dal 1890, data di pubblicazione del suo primo corposo scritto di indole metodologica (65), al 1911, data del suo ultimo della stessa indole (non molto prima della morte) (66), Saleilles non fa che parlar di metodo, insistentemente, a più riprese, mettendo a fuoco i proprii interventi soprattutto sui temi dell'interpretazione del diritto e dell'insegnamento giuridico, così intimamente connessi e reciprocamente coinvolti da supreme valutazioni fondanti.

Se il problema epistemologico è vivissimo nel giurista Saleilles, egli vi corrisponderà — già lo si è rilevato — in un approccio del tutto diverso da quello di Gény: rifuggendo dalla costruzione di una sorta di « discours de la méthode juridique » (che è la scelta del

(64) Come scrive nel 1891 recensendo con entusiasmo un libro a lui congenialissimo di Angelo Sraffa (*Contribution à l'étude des méthodes juridiques — A propos d'un livre de M.A. SRAFFA, La liquidazione delle società commerciali*, in *Annales de droit commercial*, V, 2 e p. 1891, p. 222). Si legga (*loc. ult. cit.*) questo testo altamente significativo per identificare senza equivoci il « giusnaturalismo » di Saleilles: « ce serait... le droit naturel descendu de sa sphère immuable et abstraite pour prendre corps dans un droit vivant nè du conflit des intérêts eux-mêmes, et de la selection naturelle des faits sociaux; dégagé sans doute de tout système *a priori* mais d'autant plus rapproché de l'idée de justice par la force même de la doctrine et de la science juridiques, dont la mission est précisément de ramener à l'harmonie et par suite aux exigences de la justice sociale tous les phénomènes juridiques spontanés ».

(65) *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, in *Revue internationale de l'enseignement*, XIX (janvier-juin 1890).

(66) *Droit civil et droit comparé*, in *Revue internationale de l'enseignement*, LXI, 1911, che è formato dal testo unificato di due lezioni introduttive al corso di diritto civile comparato presso la Facoltà giuridica parigina per l'anno accademico 1910-11. Per verità, l'ultimo testo a contenuto metodologico di Saleilles dovrebbe esser considerato la *Allocution à la séance de clôture de la Conférence Bufnoir le 1er juin 1911*, in *Bulletin de la Conférence Bufnoir*, a. 1910-11, p. 31 ss., la quale tuttavia — come discorso di circostanza — è ripetitiva di conclusioni precedenti.

grande civilista lorenese) e preferendo interventi isolati, spesso occasionati dalla uscita di un libro o dalla presenza a un convegno, sempre all'insegna di una sostanziale umiltà anche se sempre espressione decisa d'un progetto culturale che lo scienziato ha ben chiaro nella propria testa.

Nello sfondo c'è sempre una stessa preoccupazione, insinuante, sollecitante: che il diritto abbia perduto, o almeno stia inesorabilmente perdendo, la sua scientificità; e l'abbia perduta (o la stia perdendo) a motivo di una nozione di diritto assolutamente *fausse*, causata da un falso e falsante approccio metodico, che si porta dietro una falsa impostazione del problema interpretativo e dello stesso insegnamento giuridico. Insomma, una catena inesorabile di storture all'insegna di un vizio epistemologico primo.

Saleilles è almeno su un punto abbondantemente autobiografico: nella descrizione del disastro culturale degli studi giuridici in Francia fino agli anni Ottanta e sul disastroso contatto di lui, giovane e problematico studente del primo corso di Giurisprudenza, con la didattica giuridica allora imperante.

All'apparenza, si trattava di un beato clima sonnacchioso percorso da certezze indiscusse, dove tutto sembrava condannato alla immobilità per essere stati i grandi problemi — quelli fondanti dell'ordine giuridico — già risolti tutti e per sempre da sapienti e lungimiranti trisavoli. Dirà, nel 1910, parlando di metodo nella allocuzione introduttiva a un corso da lui promosso su « les méthodes juridiques »: « il y a un quart de siècle, on en parlait à peine. Cela paraissait, en effet, si simple! Pour appliquer une loi, il n'y avait qu'à la lire. Et si elle présentait quelques lacunes ou quelques points douteux, avec un peu de grammaire et de logique, il était si facile de tout expliquer. Heureux furent les juges qui vécurent jusque vers le dernier quart du XIX^e siècle! Ils pouvaient remplir leurs fonctions sans trop de troubles de conscience. Je n'en dirai pas autant de leurs successeurs » (67).

L'ironia è penetrante: essendo riusciti quei trisavoli a impossessarsi del « segreto » del diritto, l'ordine giuridico era all'insegna della semplicità; principii semplici, soluzioni semplici, norme semplici,

(67) *Allocution*, in *Les méthodes juridiques*, cit., p. XVI.

cómpiti semplici per ogni operatore del diritto, che può assolverli con piena soddisfazione. Agli occhi severi di Saleilles — del Saleilles del 1910 ma identicamente per quello del 1890 —, non di semplicità si trattava ma di semplicismo; di un semplicismo che ignorava la realtà per inconsapevolezza, o — peggio ancora, ma cosa più probabile — si ostinava deliberatamente, per prevenzione ideologica, ad ignorarla.

Il disagio affiora precisamente nell'anno Novanta, perché Saleilles, fresco di una grossa esperienza di studio sulla teoria generale e sulle fonti dell'obbligazione nel primo progetto per il nuovo Codice imperiale germanico ⁽⁶⁸⁾, è assalito da un incubo: conoscitore perfetto e ammiratore di quel grande monumento scientifico che è lo *heutiges römisches Recht* della Germania tardosettecentesca e ottocentesca, teme il carattere costrittivo della codificazione per la libertà della scienza giuridica ⁽⁶⁹⁾. Non ha sul Codice i pregiudizi di Savigny, ma non può fare a meno di constatare quanto un malinteso significato della codificazione possa costare alla scienza giuridica e al diritto stesso nel loro ruolo naturale: « le droit, comme toute oeuvre de l'esprit humain, vit de liberté; là où l'on arrête son expansion, il s'identifie avec la routine, il cesse d'être une science pour devenir un art plus ou moins subtil » ⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁸⁾ *Etude sur la théorie générale des obligations d'après le projet de Code civil allemand*, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, XVIII, 1888-89, e *Etude sur les sources de l'obligation dans le projet de Code civil pour l'Empire d'Allemagne*, *ibidem*.

⁽⁶⁹⁾ *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, cit., p. 490. L'allarme sarà ancora più grave sette anni dopo, quando ormai l'itinerario codificatorio è in Germania già compiuto. Saleilles, che ha effettuato un ampio studio — in prevalenza storico-giuridico — sulla natura delle società in accomandita e che, in forza della stessa analisi storica, propugna una visione più complessa che non quella risolvèntesi in una affermazione o negazione della personalità giuridica, è costretto tuttavia ad ammettere: « Cette évolution a été arrêtée subitement par la conception simpliste des juristes et le mode d'interprétation qui est né de la codification. C'est ce mode d'interprétation contre lequel il faut enfin protester; car s'il continue à se maintenir, c'en est fait du progrès juridique. Le moment est d'autant plus grave que ce procédé de codification se généralise et qu'aujourd'hui l'Allemagne elle-même vient d'accepter le moule très rigide et très compact d'une codification monumentale qui semble vouloir fixer ses limites au progrès de l'évolution doctrinale: "jusque là et pas plus loin!" » (*Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, terza puntata, in *Annales de droit commercial*, XI, 1897, p. 47).

⁽⁷⁰⁾ *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, cit., p. 490.

È il quadro — per lui desolante — della Francia degli anni Ottanta, su cui indulgono le sue reminiscenze autobiografiche: un diritto che ha cessato « d'être une science pour devenir oeuvre d'interprétation servile » (71), gravando su di esso « le Code civil sous sa forme hiératique intangible » (72), « le moule sacrosaint du Code civil » (73); un diritto che non ha altra fonte che la legge, che è tutto contenuto nei testi della legge e il cui universo in quelli trova le proprie invalicabili colonne d'Ercole (74). Il vecchio studente Saleilles ricorda « l'impression de sécheresse que donnait la vieille méthode exégétique, celle qui traitait de haut ce qu'elle appelait les fantaisies prétoriennes de la jurisprudence » (75), nonché la ripugnanza dei giovani fino a ieri immersi nei Licei in cattivanti approcci storici, filosofici, letterari e, all'improvviso, costretti « dans le dédale de nos textes et de leur explication littérale » (76), con un piano di studi che seguiva passivamente l'ordine del Codice (77), con la sequela dei testi che — presi uno a uno e quasi isolati — non riuscivano a offrire nemmeno la percezione del sistema (78).

Dominava la volontà perversa — che diventava autofrustrante e autolesiva da parte dei giuristi che se ne facevano portatori — che

(71) *De la cession de dettes*, in *Annales de droit commercial*, IV, 2e partie, 1890, p. 39. È significativo che una simile affermazione sia fatta da Saleilles all'interno del suo tentativo di una costruzione innovatrice della cessione del debito sulla scorta della dottrina « straniera » di Unger e malgrado il testo del *Code civil*. Ma si veda più avanti una analisi più dettagliata e probante. Si veda anche: *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, cit., p. 493.

(72) *Un livre d'introduction générale à l'étude du droit civil*, in *Revue internationale de l'enseignement*, XXXIV, 1897, 20, p. 525.

(73) *Monsieur C. Bufnoir professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris*, in *Archivio giuridico*, LX, 1898, p. 543.

(74) *Monsieur C. Bufnoir*, cit., p. 536. Idea riaffermata *in extremis* nella *Allocution à la séance de clôture de la conférence Bufnoir le 1er juin 1911*, cit., p. 44.

(75) *Lettre à M.P. Desjardins sur l'enseignement du droit*, cit., p. 14 (ma si veda anche p. 4, dove lo stesso termine « sécheresse » è ripetuto allo stesso proposito).

(76) *Un livre d'introduction générale à l'étude du droit civil*, cit., p. 523.

(77) *Lettre à M.P. Desjardins sur l'enseignement du droit*, cit., p. 6.

(78) « tout ce que nous comprenions, c'est qu'on nous expliquait le Code civil texte par texte, l'un après l'autre; et quelque méthode qu'y sût mettre le professeur, cela nous laissait toujours au debut l'impression d'un enchainement de dispositions sans coordination, sans rayonnement d'ensemble. L'esprit, dès ce premier debut, était faussé: nous restions convaincus que chaque texte se suffisait à lui même » (*ibidem* p. 526).

tutto era stato pensato e progettato altrove, che tutto sarebbe — comunque —, nel presente e nel futuro, pensato e progettato altrove e che pertanto non c'eran da fare che esercizi di logica elementare e di grammatica ⁽⁷⁹⁾ con il sussidio di una adeguata conoscenza degli strumenti tecnici ⁽⁸⁰⁾. Si indulgeva a una concezione basso-professionale del diritto, arte nel suo significato più ridotto di competenza perfetta nel mestiere dell'artigiano-giurista, e soprattutto si pretendeva che di una arte sui testi si trattasse, quasi che i testi fossero il filtro obbligato, l'unico legittimo, verso la realtà sociale ed economica ⁽⁸¹⁾.

Quando, nel 1902, il giurista Saleilles va a parlare *extra moenia*, e cioè a un Congresso di economisti, in modo problematico, sul tema dei metodi di insegnamento del diritto, crede bene di dover esordire presupponendo lo stupore di economisti e sociologi: « Comment! Le droit civil, dont tout l'objet est d'interpréter des textes et dont toute la mission est de former des avoués, des notaires, des avocats ou des juges, le droit civil aurait la prétention de soulever des problèmes sociaux, de troubler les consciences, d'inquiéter les esprits! » ⁽⁸²⁾.

Una pseudo-scienza; ecco in che cosa, all'ombra del Codice, potere politico e un ceto impotente e servo di giuristi hanno trasformato il diritto: « quelque chose de bien inférieur et de bien mesquin, science de pratique pure et de procureurs, matière à

⁽⁷⁹⁾ L'interprete-applicatore — è lo stesso Saleilles a fornirci la qualificazione — di fronte al testo legale « n'avait qu'une fonction de grammairien » (*De la déclaration de volonté — Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (Art. 116 à 144)*), Paris, 1901, p. 290.

⁽⁸⁰⁾ « je m'imaginai qu'un peu de logique devait suffire à tout » giacché il principio che si inculcava nella testa del discente era che « le texte suffit à tout » e che il lavoro dell'interprete si faceva « en brochant sur les textes d'analogie en analogie, ou de syllogisme en syllogisme » (*Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, cit., *passim*, ma soprattutto, pp. 317 e 321).

⁽⁸¹⁾ Saleilles ricorda: « on nous disait jadis: Voilà ce qu'a fait le Préteur; c'est admirable! Mais, avant tout, quand vous serez magistrats, gardez-vous bien d'en faire autant. Ce serait abominable! ». Capovolgendo il motto di San Paolo, egli sembra paradossalmente trovare la dignità metodologica idonea a condensare il principio che regolava allora gli studii giuridici: « La lettre vous suffit; car c'est l'esprit qui tue » (*La réforme de la licence en droit*, in *Revue internationale de l'enseignement*, XLVII, 1904, 1^o, pp. 322-23).

⁽⁸²⁾ *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, cit., p. 317.

chicane »⁽⁸³⁾, un insieme di regole per causidici privo di rilievo sociale perché troppo spesso dal sociale avulso e distante. Saleilles denuncia non soltanto il costo della a-socialità, ma conclama — ed è più grave — che quel costo ne implica un altro ancor più pesante, ed è la a-scientificità: se il diritto ha per sua vocazione essenziale di ordinare i fatti sociali, non potrà esso non consistere in una conoscenza immediata, non mediata, di questi fatti; solo in tal modo adempie adeguatamente alla sua funzione e si propone come scienza. Altrimenti, è turlupinatura, è tradimento.

Concepire l'universo giuridico come un mosaico impenetrabile di testi è una scelta di comodo, per il potere politico senza dubbio che non ha nei giuristi degli interlocutori fastidiosi, ma pure per i giuristi cui basta una logica da quattro soldi e un minimo di capacità sillogistica per rendersene interpreti⁽⁸⁴⁾; ma si tratta di un castello di carte fragile e inaffidante come organizzazione del sociale, inaccettabile come discorso scientifico. Le astrazioni dalla complessità della vita sociale possono pure approdare a delle armoniose geometrie, ma sono i disegni dei cristalli di un caleidoscopio più che un ordinamento coerente del sociale.

Saleilles, che è immerso — dal 1890 pienamente — in questo sociale, che si dedica con tutto il proprio impegno morale e la propria cultura di giurista a inventare nuovi schemi ordinanti secondo le esigenze di una società in profonda e rapida trasformazione (si pensi ai suoi contributi⁽⁸⁵⁾ in tema di cessione del debito e, poi, su quello ancora più arduo della responsabilità oggettiva, che ha nello sfondo il problema socialmente indilazionabile degli incidenti sul lavoro), è convinto che bisogna imboccare una strada nuova⁽⁸⁶⁾,

⁽⁸³⁾ *Droit civil et droit comparé*, cit., p. 8.

⁽⁸⁴⁾ Scriverà con acra ironia nel 1902, schernendo le pseudo-sicurezze e i semplicismi di ieri: « un texte, les travaux préparatoires du texte, un bon syllogisme destiné à adapter le texte à l'espèce, et tout le mécanisme des procédés d'investigation juridique était prêt à fonctionner; il n'en fallait pas plus » (*Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, cit., p. 319).

⁽⁸⁵⁾ Su cui sorvolo rapidamente ora, perché ne sarà trattato diffusamente in seguito.

⁽⁸⁶⁾ Si veda la consapevole, amplissima recensione alla tesi di PAUL RENKER, *De la non-responsabilité conventionnelle* (1893), in *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, IV, 1894, soprattutto a p. 655, dove egli, proprio perché sta parlando degli

che bisogna ridisegnare la nozione di diritto e quella di interpretazione, e — perché no? — il ruolo del giurista.

È una strada in salita, irta di difficoltà, dove si potrà procedere soltanto « par voie de tâtonnements »⁽⁸⁷⁾, e pertanto costellata di incertezze⁽⁸⁸⁾ che faranno sempre più spicco rispetto alle assolute, riposanti pseudo-certezze del mondo giuridico di ieri, ma su cui si deve cominciare a camminare quanto prima possibile. È una urgenza che egli sente già nel 1891, e che ripeterà poi continuamente⁽⁸⁹⁾: « ce qui importe le plus aujourd'hui... c'est de remuer des idées, de soulever des problèmes, de sortir enfin du terre à terre où nous a laissés trop longtemps le but soi-disant professionnel de notre enseignement »⁽⁹⁰⁾.

Per far questo, per sollevarsi dalla bassa corte in cui scienza giuridica e giuristi si trovano impantanati, non resta che una conversione profonda nella coscienza dei giuristi e un recupero di scientificità per il diritto, lasciando la tranquilla zona d'ombra graziosamente concessa e le illècebre di un sapere tecnico interamente votato all'esercizio di un mestiere. Bisogna avere il coraggio di rompere il bozzolo dei testi perché condizionante e deformante, certamente un territorio non turbato da correnti esterne, forse asettico, ma indubbiamente asfittico e indubbiamente smentito da una società in corsa, che non può che allontanarsi velocemente,

incidenti sul lavoro, protesta: « le droit dans certaines conceptions, ne voit guère que l'homme abstrait, il raisonne sur des principes comme la géométrie; c'est là une méthode qui aujourd'hui devient bien insuffisante, pour ne pas dire plus. Le droit ne peut plus faire abstraction de la vie ».

⁽⁸⁷⁾ È nella esemplare « préface » dettata nel 1899 per la prima edizione dell'*opus magnum* di Génys che Saleilles, guardandosi alle spalle e ricostruendo il cammino percorso da alcuni *homines novi*, parla di « une route encore incertaine, où nous étions quelques-uns, moi tout le premier, à procéder par voie de tâtonnements et à chercher en quelque sorte la direction à suivre » (*Préface*, cit., p. XIII).

⁽⁸⁸⁾ Vedi il quadro non ottimistico delle nuove leve, che egli fa commemorando il civilista Léon Mouchet (1845-1893), un civilista immerso ancora in pieno spirito geometrico, cui Saleilles era legato da umana simpatia (*M.L. Mouchet, Professeur de Droit civil à la Faculté de Droit de Dijon in Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Etranger*, XVII, 1893, pp 776-77).

⁽⁸⁹⁾ Per un esempio: *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, cit., p. 47.

⁽⁹⁰⁾ *Fondement et développement du droit*, cit., p. 40.

sempre più, da questo suo specchio immobile riflettente tutt'al meno una immagine di quasi cento anni prima.

Censore severo del corso di studi universitarii da lui stesso seguito, Saleilles ricorda che l'unica ventata d'aria fresca — anno 1875 ⁽⁹¹⁾ — in mezzo a un *droit moderne* concepito quale « droit rigide à application mathématique » ⁽⁹²⁾ era rappresentata soltanto dal diritto romano, che nel suo aspetto di *droit progressif* — il diritto del Pretore, in continuo divenire — insinuava nel discente l'idea del contatto tra forme giuridiche e assetto sociale: « heureusement, nous avons le droit romain! Le droit romain, comme l'a si bien dit M. Durckheim, c'était la sociologie de l'époque » ⁽⁹³⁾. E, recensendo, nel 1897, nella consueta palestra didattico-scientifica della « Revue internationale de l'enseignement », la prima edizione testé apparsa della « Introduction à l'étude du droit civil » di Henry Capitant ⁽⁹⁴⁾, e salutandola con entusiasmo come il primo serio e solidamente costruito contributo ⁽⁹⁵⁾ a rompere una visione formalistica dell'insegnamento, sempre sul filo di un garbato retrosguardo autobiografico, confessa che per liberarsi dell'immagine deformata del diritto che accumulavano nell'animo del discente gli anni per la *Licence*, occorreva arrivare al clima più ossigenato del *Doctorat* quando finalmente esso appare « une science de premier ordre, la plus haute des sciences sociales, celle qui les résume toutes » ⁽⁹⁶⁾.

Intima, essenziale socialità del diritto! È questa suprema (ed elementare) consapevolezza epistemologica a esigere la rottura del bozzolo testuale come involucro senza aperture, ed è questo il merito che, con l'eccessiva benevolenza del discepolo e del genero, egli attribuisce, nella storia della scienza giuridica francese di fine secolo, a Charles Bufnoir: d'aver abbandonato la servile annotazione del *Code civil* secondo il suo spesso ascientifico piano e d'aver cominciato a costruire un *droit civil*, certamente *avec les textes*,

⁽⁹¹⁾ È la data che segna nella sua *retractatio* della *Lettre à M.P. Desjardins sur l'enseignement du droit*, cit., p. 4.

⁽⁹²⁾ *Ibidem*, pp. 8-9.

⁽⁹³⁾ *Ibidem*, p. 7.

⁽⁹⁴⁾ Paris, 1896.

⁽⁹⁵⁾ Di qualità diversa dai pur lodevoli tentativi precedenti di un Courcelle-Seneuil e di un Vareilles-Sommières.

⁽⁹⁶⁾ *Un livre d'introduction générale à l'étude du droit civil*, cit., pp. 523-24.

ineliminabile fondazione normativa, « *mais au dessus des textes et par delà les textes* »⁽⁹⁷⁾.

Insomma, al di là dei testi per rendersi conto dei fatti, dei fatti che mutano; nel 1902, in un momento in cui molto è cambiato e molto sta cambiando per la scienza civilistica francese, parlando a degli economisti e quasi per rassicurarli, Saleilles tiene a precisare: « *nous avons la prétention, sous les textes, de voir les faits* », e ribadisce subito, come per tranquillizzare scienziati avvezzi a fare i conti con la realtà empirica: « *je dis les faits et non les idées — et cela même est déjà toute une révélation* »⁽⁹⁸⁾, sottolineando che non intendeva ripetere vecchi errori illuministici e che non si trattava di lasciare il positivo dei testi (che erano almeno frutto d'un legislatore storico) per inseguire « *des idées d'idéologues* »⁽⁹⁹⁾, principii aprioristici da cui far discendere in modo indimostrato e indimostrabile — secondo il vecchio vizio giusnaturalistico — inaccettabili regole di vita, ma soltanto per osservare i fatti.

Rotto l'involucro, allargato lo sguardo del giurista fino al territorio dei fatti (che diviene, anzi, territorio privilegiato di conoscenza), si impone una rifondazione epistemologica: se per una sequela di testi la logica può offrire un adeguato strumento di conoscenza, un siffatto strumento si rivela del tutto inadeguato per la conoscenza dei fatti, per un approccio correttamente scientifico verso di essi. Con i fatti, con la loro complessità, con la loro possibile irrazionalità, serve soltanto l'osservazione, un metodo d'osservazione e una scienza d'osservazione⁽¹⁰⁰⁾; il recupero della fattualità

⁽⁹⁷⁾ *Monsieur C. Bufnoir*, cit., p. 538.

⁽⁹⁸⁾ *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, cit., p. 314.

⁽⁹⁹⁾ Lo dice immediatamente prima nel *loc. ult. cit.*

⁽¹⁰⁰⁾ Questa linea di pensiero è sviluppata soprattutto negli anni che vanno dal 1890 al 1902. Mi sembrano tappe principali di questo sviluppo: *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, 1890; *Fondement et développement du droit*, 1891; *Monsieur C. Bufnoir*, 1898; *Des rapports à établir entre les Facultés des Lettres et les Facultés de Droit*, in *Revue internationale de l'enseignement*, XXXIX, 1°, 1900; *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, 1902; *Ecole historique et droit naturel*, 1902. Sono invece dei semplici corollarii (anche se assai appariscenti per il grande pubblico, essendo stati pronunciati in assise internazionali di indubbio prestigio) i noti discorsi tenuti in occasione del Congresso interna-

del diritto reclama un mutamento e un arricchimento nello strumentario epistemologico del giurista; la logica continuerà ad essergli preziosa ma indispensabili gli saranno le scienze di osservazione, e cioè l'economia politica e la storia ⁽¹⁰¹⁾, soprattutto quest'ultima « qui est l'instrument d'observation sociale par excellence » ⁽¹⁰²⁾, che, come forma privilegiata di conoscenza delle realtà concrete, si identifica in un metodo — *la méthode historique* — che è il solo a individuarle, comprenderle, valorizzarle pienamente.

Nel 1900, dopo che da un decennio Saleilles ne parla a voce spiegata e dopo tanti interventi e tante adesioni che hanno modificato a fondo il panorama della giuristica francese, il Nostro non manca di guardar soddisfatto a ritroso, soddisfatto del cammino compiuto ma soprattutto della palingenesi scientifica, della recuperata scientificità: « Le droit étant envisagé surtout au point de vue de l'interprétation de textes positifs, les méthodes d'observation étaient un peu partout réléguées au second plan... Le droit... a pris une conscience plus nette, et de sa valeur scientifique et de sa fonction sociale » ⁽¹⁰³⁾

« Storia », « metodo storico »: si dirà che lo storicista Saleilles realizza i suoi ideali storicistici. Non v'ha dubbio che di storicismo si tratta anche se peculiare, e lo dimostrerà il prosieguo del lavoro, ma conviene che ci si attardi un momento per darvi un contenuto

zionale di scienze storiche e del Congresso per il centenario del Codice Napoleone, e cioè, rispettivamente, *Méthode historique et codification*, 1903 e *Le Code civil et la méthode historique*, 1904.

⁽¹⁰¹⁾ Non si accenna qui a quello che è pure uno dei cavalli di battaglia di Saleilles, e cioè il diritto comparato, il metodo comparatistico nelle mani del giurista, semplicemente perché, nella stessa visione saleillesiana, non è che un aspetto della più generale « méthode historique ». Quante volte Saleilles ricorda la frase brocardica di suo suocero, Charles Bufnoir, uno dei primi assertori del diritto comparato in Francia come esigenza scientifica del giurista e uno dei fondatori della « Société de législation comparée », secondo cui « le droit comparé était de l'histoire en marche » (*Lettre à M.P. Desjardins sur l'enseignement du droit*, cit., p. 23), « c'est de l'histoire qui se réalise » (*Conception et objet de la science du droit comparé*, cit., p.395), « la science du droit comparé, c'est de l'histoire réduite à un point dans le temps » (*Contribution à l'étude des méthodes juridiques — A propos d'un livre de M.A. Sraffa*, cit., p. 219).

⁽¹⁰²⁾ *Conception et objet de la science du droit comparé*, cit., p. 386.

⁽¹⁰³⁾ *Des rapports à établir entre les Facultés des Lettres et les Facultés de Droit*, cit., p. 241.

culturale più concreto e per fugare facili equivoci, riprendendo — del resto — alcune precisazioni fatte nel precedente capitolo.

Il lettore avveduto si sarà reso conto che la « storia » di cui parla Saleilles appartiene al laboratorio delle scienze sperimentali, è scienza d'osservazione per individuare e collocare i fatti sociali; è pertanto gremita di positività, come dimostra il perfetto allineamento con l'economia. Il culto del positivo, così diffuso a fine Ottocento, intride il non-positivista Saleilles, e fa della sua « storia » un surrogato della sociologia, in un discorso che è tanto chiaro e netto da diventare impudico agli occhi di uno storico autenticamente storicista: « l'histoire, pour de futures juristes, ne doit pas être étudiée en elle-même, mais en fonction du but de méthodologie qu'elle doit remplir, comme une haute leçon de sociologie juridique »⁽¹⁰⁴⁾; discorso di cui Saleilles è tanto convinto da aver l'impudicizia di ripetere addirittura a un Convegno internazionale di scienze storiche, in esordio alla propria Relazione⁽¹⁰⁵⁾. E questo è un primo dato da segnare per trovar la cifra congrua a misurare questo complicato storicismo.

Ma v'è di più: il modello di giurista, per Saleilles, non dovrebbe limitarsi all'osservazione dei fatti ma verificarli continuamente con l'idea di giustizia, « observation des faits combinés avec l'idée de justice »⁽¹⁰⁶⁾; il problema non è mai soltanto di *savoir*, ma anche di *croire*, cioè di innestare il dato della conoscenza in un mondo di valori⁽¹⁰⁷⁾ da cui quel dato possa trar vigoria e fondazione. Riaffiora quella dimensione della *croissance*, che giocherà un ruolo determinante nel pensiero di Géný⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ *Lettre à M.P. Desjardins sur l'enseignement du droit*, cit., p. 12.

⁽¹⁰⁵⁾ *Méthode historique et codification*, cit., p. 3: « Le droit, comme toutes les sciences sociales, trouve dans l'histoire la vérification des lois qui en dominent le développement ».

⁽¹⁰⁶⁾ *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, cit., p. 496.

⁽¹⁰⁷⁾ Anche a proposito dell'insegnamento giuridico, fin dal '91, Saleilles, non mancava di ribadire: « la jeune génération, qui fréquente nos amphithéâtres, est avide de savoir, mais plus avide encore de croire, parce que croire c'est agir; et ce serait manquer à notre mission sociale que d'ébranler la foi qui lui reste dans l'idée de justice » (*Fondement et développement du droit*, cit., p. 41).

⁽¹⁰⁸⁾ Rinvio a quanto ne ho scritto in: *Ripensare Géný*, cit., p. 17.

Ancora: il giurista di Saleilles non dovrebbe essere unicamente munito « du sens historique » ma altresì « de l'instinct du progrès juridique » ⁽¹⁰⁹⁾. *La méthode historique*, che il Nostro si picca di mettergli in mano come strumento essenziale di conoscenza e di azione, « est une méthode d'évolution et de progrès » ⁽¹¹⁰⁾, è « la méthode scientifique par excellence » che « s'en tient aux faits et aux réalités... les classe et en déduit les lois générales, qu'ils comportent. Appliquée au droit, elle n'a d'autre objectif que de mettre le droit en conformité avec la vie » ⁽¹¹¹⁾; è « une méthode de vie organique ou d'évolution historique » ⁽¹¹²⁾, come disinvoltamente afferma conciliando insieme un sostantivo (évolution) e un aggettivo (historique) che, a rigore, mal si accompagnano insieme.

Si può ben constatare quanto Saleilles sia figlio del proprio tempo e si lasci impressionare completamente dalla pluralità di forze che percorrono e vivificano e rendono complesso e sfaccettatissimo il panorama culturale di fine secolo in Francia e in Europa. Storicista sì, perché lo domina la convinzione antirazionalistica che il diritto non è un paradiso di apriori da cui regole e istituti possono essere costruiti per via deduttiva, ma è una realtà in continuo adattamento; ma anche giusnaturalista, sia pure di stampo stammleriano, con una aspirazione profonda verso un mondo di valori; ma anche ampiamente permeato dalle diffusissime dottrine evoluzionistiche, pur se in lui spogliate di certi loro ottusi determinismi ⁽¹¹³⁾.

E si può ben capire perché, partendo da questo storicismo così composito e così inquinato da dimensioni spurie, lo storicismo savignyano gli appaia cosa povera e respingibile. Affinché il suo lettore non cada in equivoci per lui nefasti, precisa e conclama che

⁽¹⁰⁹⁾ *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, cit., p. 498.

⁽¹¹⁰⁾ *Méthode historique et codification*, cit., p. 11.

⁽¹¹¹⁾ *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 99.

⁽¹¹²⁾ *Préface* a F. GENY, *Méthode*, cit., p. XIX.

⁽¹¹³⁾ Egli è il primo ad attenuare l'apparente rigidità del discorso quando parla di « leggi sociologiche ed economiche », e a prendere culturalmente le distanze dagli eccessi deterministici di tanti sociologi evoluzionisti, da quello che Saleilles non ha esitazione di qualificare come un « procédé provisoire » d'una scienza nascente, la *naïveté* che inevitabilmente paga « toute science qui débute » (*Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, cit., p. 322).

la sua *méthode historique* ha assai poco a che vedere con la *école historique* ⁽¹¹⁴⁾, ed apre contro il savignismo una polemica assai dura ⁽¹¹⁵⁾: questo, a parte il troppo totale rifiuto sopra accennato di ogni diritto naturale, partendo da una intuizione acuta e fertile — e cioè la naturale storicità del diritto e la sua naturale insuscettibilità a essere immobilizzato in astratte costruzioni di principii immutabili —, ha pur tradito le sue premesse arrivando al risultato di una immobilizzazione diversa nei contenuti ma pari nelle conseguenze. Savigny infatti seppelliva il diritto sotto una coltre di arcaismi e di filologismi ⁽¹¹⁶⁾, andando romanticamente alla ricerca di remoti assetti consuetudinarii locali assolutamente inutilizzabili per la costruzione di un diritto presente perché atomizzati nella più piatta empiria e affossati nella archeologia d'un popolo ⁽¹¹⁷⁾: « le peuple rêvait de progrès sociaux et on lui proposait de faire de la philologie! » ⁽¹¹⁸⁾.

In Saleilles, in cui restano decisive influenze giusnaturalistiche ed evolucionistiche, storicità significa invece adattamento, adattamento progressiva. Il campione e il modello è Jhering ⁽¹¹⁹⁾, che si fa studioso anche del diritto romano primitivo per carpirne lo spirito e proiettarlo nel presente, per « retrouver les lois d'évolution et, si l'on

⁽¹¹⁴⁾ Premette nella sua Relazione alle manifestazioni per il centenario del Codice, dove appunto tratta della *méthode historique* applicata al *Code civil*: « si l'on veut se rendre un compte exact de la question, il importe de distinguer nettement l'école historique de la méthode historique » (*Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 99).

⁽¹¹⁵⁾ I cui manifesti massimi sono da vedere in: *Ecole historique et droit naturel*, 1902; *Méthode historique et codification*, 1903; *Le Code civil et la méthode historique*, 1904.

⁽¹¹⁶⁾ « au lieu de se faire progressiste, il se faisait archaïque; au lieu de aller de l'avant, il ramenait le droit en arrière » (*Méthode historique et codification*, cit., p. 11).

⁽¹¹⁷⁾ Per Saleilles è inaccettabile la prevenzione della Scuola Storica per legge e legislatore, e il suo affidamento in una fonte — la consuetudine — che egli sente totalmente inadeguata per i bisogni della società moderna; da qui la condanna de « l'esprit d'immobilisation, d'attachement au passé, et de retour presque mystique aux vieilles curiosités coutumières du droit, qui a caractérisé les principaux représentants de l'école initiale » (*Ecole historique et droit naturel*, cit., p. 93). Cfr. anche *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 105.

⁽¹¹⁸⁾ *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 99.

⁽¹¹⁹⁾ Saleilles ne tesse l'elogio a ogni piè sospinto. Si legga questo, senza riserve, pronunciato proprio nella Relazione del 1903 al Convegno internazionale di scienze storiche: « ce génie d'une envergure si puissante, dans lequel se résumera tout le progrès juridique du XIXe siècle » (*Méthode historique et codification*, cit., p. 11).

peut dire, la loi sociologique, et en faire application au droit moderne »⁽¹²⁰⁾; accanto a Jhering le sue simpatie vanno ai pandettisti sette-ottocenteschi, falsatori e deformati dell'antico diritto romano ma creatori possenti — nel quadro delle vecchie linee architettoniche giustiniane — di un diritto veramente moderno⁽¹²¹⁾, o ai giureconsulti a lui carissimi dello *ancien droit coutumier* — i Dumoulin, i Loisel, i Bourjon — che arrivano alla creazione del « droit commun de la France »⁽¹²²⁾ perché muniti di *sens historique* e di *instinct du progrès juridique*⁽¹²³⁾, due virtù che Saleilles vorrebbe veder congiunte in ogni giurista.

4. Il primo saggio saleillesiano non occasionalmente dedicato a problemi di metodo connessi a un ripensamento profondo delle architetture dell'ordine giuridico risale — per quanto mi è dato sapere — al 1890⁽¹²⁴⁾. Persiste da più di ottanta anni la vigenza in Francia della più grande codificazione del diritto privato che un moderno legislatore avesse mai progettato, e persiste nella sua esclusività così come la volle — malgrado certe aperture dei giuristi compilatori⁽¹²⁵⁾ — Napoleone e così come dipoi la accettarono

⁽¹²⁰⁾ *Ibidem*, p. 12.

⁽¹²¹⁾ « le seul droit romain qui fût en harmonie avec l'état social moderne, était le droit romain déformé, rajeuni, faussé et dénaturé, si l'on veut, des pandectistes modernes, les seuls qui eussent fait de l'évolution historique sans le savoir, alors que les historiens de l'école de Savigny ne faisaient, au fond, que de la réaction historique » (*Ecole historique et droit naturel*, cit., p. 93).

⁽¹²²⁾ È un apprezzamento positivo che ricorre. Enunciazioni limpide sono in: *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, cit., p. 498; rec. a EUGEN HUBER, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts*, in *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Etranger*, XVIII, 1894, p. 765, dove si paragona il tentativo di Huber (di delineare un diritto privato svizzero costruendolo al di sopra delle diversità cantonali) a quello dei giuristi francesi del Cinquecento, del Seicento, del Settecento « qui ont créé le droit commun de la France coutumière »; *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, cit., p. 45, dove si fa un nostalgico riferimento a « notre vieux droit coutumier dans sa belle époque ».

⁽¹²³⁾ *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, cit., p. 498.

⁽¹²⁴⁾ È il saggio — già più volte citato —: *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*.

⁽¹²⁵⁾ Apertura che Saleilles non mancherà di rilevare, sottolineare e valorizzare, come si dirà in prosieguo. Cfr. *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 100 ss.

scienziati e giudici (anche se questi ultimi, larvatamente, si eran dati da fare nel tentativo di sforzarne il tessuto compatto).

È l'ora grave e indilazionabile — lo dirà espressamente Saleilles ⁽¹²⁶⁾ —, in cui un personaggio culturalmente e socialmente responsabile deve darsi carico di operare una elementare verifica fra divenire socio-economico e legge vecchia, anzi vecchissima (« nos Codes sont si vieux! ») ⁽¹²⁷⁾, e porsi alcune domande, elementari pur esse anche se imbarazzanti e impietose.

Si badi che in Saleilles — ed è questo un altro dei tratti che lo distanzia da Géný — l'esigenza di rinnovamento metodologico non emerge come problema teorico, anche se subito dopo in una visione teoretica dovrà ovviamente fondarsi; nasce invece sul terreno pratico, nasce dal basso, dalla contemplazione che il civilista fa della esperienza quotidiana e delle emergenti invenzioni giuridiche che servono ad ordinarla convenientemente. V'è nel Nostro una convergenza di osservazione provocata dalla sua complessa struttura culturale: l'educazione di storico, di storico del diritto, gli dà vivissimo il sentimento del divenire delle forme giuridiche e il gusto di verificare quelle forme nell'incontro-scontro col mutamento sostanziale sottostante; l'educazione di civilista lo porta a diffidare di uno sguardo troppo fisso nel cielo alto dei concetti e a preferire il tessuto degli strumenti della vita giuridica, quegli istituti che nei loro assetti tecnici rivelano con dovizia a occhi attenti e competenti anche tutto ciò che sta dietro e al di sotto.

Nell'ultimo scorcio degli anni Ottanta e nei primissimi anni Novanta lo sguardo di Saleilles — già lo sappiamo — si appunta su alcuni nodi concreti, che segnalano con precisione il distacco separante i bisogni dell'esperienza dagli schemi immobili del Codice: la cessione del debito ⁽¹²⁸⁾ e la responsabilità civile ⁽¹²⁹⁾; per entrambi

⁽¹²⁶⁾ Ancora — e con enfasi — nella Relazione al Congresso internazionale di scienze storiche del 1903, nel momento cioè della rimeditazione in vista del centenario: « cette heure est grave, avant tout, car il s'agit de savoir comment la codification va pouvoir continuer à remplir sa fonction sociale sans devenir un obstacle au progrès social » (*Méthode historique et codification*, cit., p. 14).

⁽¹²⁷⁾ È una esclamazione che gli sfugge quasi di bocca, proprio pronunciando il discorso introduttivo al ciclo di conferenze da lui promosso sui problemi metodologici della scienza giuridica (anno 1910). Cfr. *Allocution*, in *Les méthodes juridiques*, cit., p. XVI.

⁽¹²⁸⁾ Come è testimoniato dalla recensione a J. UNGER, *Schulduebernahme* (Wien,

appariva chiara la inadeguatezza del dettato legislativo, per entrambi si imponeva di trovar nuove soluzioni anche malgrado quel dettato, al di là di quel dettato.

La sintonia fra prime riflessioni intieramente metodologiche e insoddisfazioni del civilista lettore attento del divenire giuridico francese è significativa: la necessità di rifondazione della scienza giuridica, del mestiere di giurista, della sua interpretazione non fa capolino a vuoto e a freddo, ma si inserisce in una vicenda di studio sofferta in prima persona da un indagatore che non lascia per un solo istante il terreno sicuro della vita quotidiana. È da questo terreno, dalla incomposta esperienza che il diritto è chiamato a ordinare, che si reclamano nuovi canoni metodologici in mano al giureconsulto, che si reclama — secondo Saleilles — un giureconsulto finalmente agguerrito da un « metodo storico » inteso quale « méthode d'adaptation historique » ⁽¹³⁰⁾, garanzia che la regola giuridica scritta nei *textes* non si rinsecchirà mai e non correrà mai il rischio massimo di essere costrizione e violenza del sociale.

Già nel primo contributo metodologico l'idea dominante è l'insofferenza per lo strumento legislativo come regola soltanto autoritativa piovente dall'alto nella vita di una comunità e caratterizzata da generalità e da rigidità; in quanto tale, impotente a esprimere le diversità, le sfumature, il progresso continuo della pratica delle istituzioni; e affiora l'esigenza di un « régime plus souple et plus élastique » ⁽¹³¹⁾. Si inaugura così un vocabolario, che diventerà tipico di Saleilles e che, ripetuto con monotonia infinite

Holder, 1889), che appare nel *Bulletin de la société de législation comparée*, XIX, 1889-90, p. 150, e dall'ampio saggio: *De la cession de dettes*, apparso in *Annales de droit commercial*, IV, 2e p., 1890.

⁽¹²⁹⁾ Come è testimoniato dalla recensione — che è però un vero saggio autonomo in tema di responsabilità civile, ricco di intuizioni e di idee nuove — a PAUL RENKER, *De la non responsabilité conventionnelle*, cit. Come già sappiamo, sullo stesso tema Saleilles tornerà spesso in seguito.

⁽¹³⁰⁾ Così lo qualifica in: *Méthode historique et codification*, cit., p. 18.

⁽¹³¹⁾ « Elle est impérative, et elle est générale: étant impérative, elle met fin, quelquefois trop vite, aux expériences que la libre initiative pouvait susciter; étant générale, elle interdit la diversité des usages, elle établit une règle unique là où un régime plus souple et plus élastique aurait peut-être mieux convenu... elle est impuissante à fonctionner avec cette régularité d'évolution » (*Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, cit., p. 490).

volte, connoterà inequivocabilmente il suo messaggio di giurista: *souple, souplesse, assouplir, s'assouplir, assouplissement* ⁽¹³²⁾, termini tutti esprimenti una medesima istanza storicistica, ossia la naturale coerenza tra diritto e realtà sociale.

Per il cultore del positivo, per il personaggio innamorato della osservazione diretta dei fatti e sensibile al divenire e al progresso, la legge si rivela strumento impotente ma anche inadatto. Impotente, perché il testo legislativo è sempre un'ossatura inerte, spesso morta, immobile e immobilizzante ⁽¹³³⁾, cui non potrà che sfuggire la complessità che — al contrario — è il tratto peculiarissimo del sociale ⁽¹³⁴⁾. Forzatura del sociale e suo irrigidimento in una chiave fissa e statuaria di lettura ⁽¹³⁵⁾, esso si pone come artificio ⁽¹³⁶⁾, che ben spesso poco ha a che vedere con la complessità e la ricchezza straboccanti della vita ⁽¹³⁷⁾. Modello prefabbricato (quante volte

⁽¹³²⁾ Per chi volesse verificare la ripetitività di un tal lessico (accanto a molti altri termini denunciati la medesima nozione di elasticità), cfr. *Contribution à l'étude des méthodes juridiques - A propos d'un livre de M.A. Sraffa*, cit., p. 227; *Le risque professionnel dans le Code civil*, cit., p. 638; *Monsieur C. Bufnoir*, cit., p. 538; *Préface* a F. GÉNY, *Méthode*, cit., pp. XX e XXIV; *Conception et objet de la science du droit comparé*, cit., p. 403; *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, cit., p. 323; *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, Paris, 1904, p. 99; *Allocution*, in *Les méthodes juridiques*, cit., pp. XIX-XX. Potremo arrestare qui una collezione di riferimenti testuali, capacissima di allungarsi oltre misura; ne aggiungiamo solo uno, che è emblematico per la sua ripetitività ossessiva e per la sua collocazione al termine della vicenda umana di Saleilles: *Allocution à la séance de clôture de la Conférence Bufnoir le 1er juin 1911*, cit., *passim*.

⁽¹³³⁾ « il s'agit d'institutions exposées d'après les textes qui les régissent, c'est à dire d'après l'ossatura inerte qui leur sert de charpente, et non d'après leur fonctionnement pratique et la façon dont elles agissent et dont elles vivent » (*Conception et objet de la science du droit comparé*, cit., p. 383). Sul « principe d'immobilisation de la norme juridique », cfr. *ibidem*, p. 403.

⁽¹³⁴⁾ Una pagina, tutta ispirata alla complessità del sociale che la legge inevitabilmente tradisce, è nel ricordo che Saleilles fa di uno storico del diritto (cfr. *Edouard Beaudoin*, cit., p. 315).

⁽¹³⁵⁾ Pagine significative: *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, cit., p. 45; *Preface* a F. GÉNY, *Méthode*, cit., *passim*; *Le Code civil et la méthode historique*, cit., *passim*.

⁽¹³⁶⁾ « ce qu'il y a toujours d'artificiel dans une législation purement positive » (*Monsieur C. Bufnoir*, cit., p. 538).

⁽¹³⁷⁾ Studiando un istituto concreto, è facile reclamare il vincolo profondo tra diritto e vita (cfr. recensione a P. RENKER, cit., p. 655).

viene segnalato il pericolo di *moules* troppo stretti!), non potrà che costringere la varietà dei fatti nella sua griglia senza avere per essi alcun rispetto⁽¹³⁸⁾. Il lettore paziente e umilissimo di tanta letteratura giuridica tedesca, che, più che delle architetture ardite dei pandettisti, si era deliziato del colorito messaggio organicista di Otto von Gierke e dei germanisti, coglie la cessazione di ogni vincolo organico, simbiotico, tra fonte di diritto e comunità di utenti, lo coglie come un momento grave di negatività⁽¹³⁹⁾, e ne ha diffidenza.

Ripugna di risolvere nella legge il diritto privato, che è storicamente e logicamente diritto autenticamente prestatuale e prelegislativo⁽¹⁴⁰⁾; si ha coscienza che il diritto legale è in perenne ritardo sul divenire e che ben di rado esso può veramente fungere da strumento di progresso giuridico⁽¹⁴¹⁾. Il più gran torto compiuto nel solco della eredità giusnaturalistica è stato di ritenere il giurista un puro loico e di confinare i suoi compiti nella sterilità di esercizi di logica ermeneutica, di logica sui testi, mentre « pour être de bons jurisconsultes, il ne suffit plus d'être logiques, il faut avoir une logique qui s'assouplisse aux faits; c'est à dire une technique juridique qui emprunte aux faits ses postulats supérieurs »⁽¹⁴²⁾.

Il vero *esprit juridique* non consiste nell'abilità combinatoria e sistematoria di un mosaico di testi; è piuttosto « un esprit d'opportunité historique », o meglio « un esprit de conscience historique », che avrà per riferimento non il sistema inerte dei testi ma « la conscience morale du peuple », ossia « la couche profonde au sein de

⁽¹³⁸⁾ Saranno istituti della vita pratica poco o punto incasellabili nei tipi offerti dal *moule* codicistico, come le società in accomandita, a rivelarlo pienamente a Saleilles (*Etudes sur l'histoire des sociétés en commandite*, cit., 45): « il ne faut pas, comme chez nous, que ce soient les nécessités sociales qui se plient à la rigidité d'un seul moule juridique »).

⁽¹³⁹⁾ Richiami frequentissimi. Esempi: rec. a P. RENKER, cit., p. 655; *Préface* a F. GENY, *Méthode*, cit., p. XIX. Lo preoccupa soprattutto « le divorce... entre le droit abstrait et les couches profondes où s'élabore le droit vivant », come dice nella riassuntiva *Allocution à la séance de clôture de la conférence Bufnoir le 1er juin 1911*, cit., p. 39.

⁽¹⁴⁰⁾ *Contribution à l'étude des méthodes juridiques — A propos d'un livre de M.A. Sraffa*, cit., p. 222.

⁽¹⁴¹⁾ *Le risque professionnel dans le Code civil*, cit., p. 638.

⁽¹⁴²⁾ *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, cit., p. 323.

laquelle les idées de justice se forment en principes de droit »⁽¹⁴³⁾; il vero *esprit juridique* è innanzi tutto percezione e ordinamento della mutazione sociale. Il richiamo ai grandi giuristi romani dell'età classica e postclassica è d'obbligo, e non varrebbe nemmeno la pena di segnalarlo; lo si segna per sottolineare un punto: Saleilles addita a modelli di condotta dei giuristi che agivano in un ambiente profondamente diverso sotto il profilo delle fonti del diritto, eludendo e rimuovendo la circostanza pesante della presenza di una codificazione generale per il povero civilista francese dell'Ottocento⁽¹⁴⁴⁾.

Ma è chiaro il motivo di fondo: bisognerà avere il coraggio di « rompre avec le moule sacrosaint du Code civil »⁽¹⁴⁵⁾. Metodo storico vuol dire « méthode externe et non plus interne »⁽¹⁴⁶⁾ teso a costruire il diritto come « une science de faits, une science du dehors, qui, comme toutes les sciences, puise dans la nature des choses »⁽¹⁴⁷⁾. I fatti sociali recupereranno il loro ruolo di protagonisti, la loro osservazione sarà il naturale compito d'ogni giurista, e sarà evitato il rischio della sordità della regola giuridica al mutamento. L'essenziale è non rinchiudersi nella prigione dei testi, l'essenziale è andare « au-delà ». Nel '99, prefando Génny, Saleilles può con soddisfazione ammettere: « il sera difficile désormais que

⁽¹⁴³⁾ *Ibidem*, pp. 324-25.

⁽¹⁴⁴⁾ A parte il passo citato alla nota precedente, aggiungiamo questo testo significativo tratto da una pagina dedicata — nel 1899 — al tema per Saleilles intrigante della cessione del debito: « le droit romain a une haute valeur historique, mais il a encore une plus haute valeur progressive, parce qu'il nous offre l'exemple d'une évolution constante et qu'il nous invite à le suivre, au lieu de rester figés dans nos formules et dans nos textes » (*Un nouveau livre sur la cession de dettes*, in *Annales de droit commercial*, XIII, 1899, p. 92). Come se, nel '99, in Francia non fosse vigente il *Code civil*!

⁽¹⁴⁵⁾ *Monsieur C. Bufnoir*, cit., p. 543.

⁽¹⁴⁶⁾ « à la méthode syllogistique et dogmatique, qui tirait de la codification une vie toute factice et toute irréelle, arrêtée dans son développement, et comme définitivement achevée dès que la construction d'ensemble fût complète, on a essayé de substituer une méthode de vie organique, ou d'évolution historique, *méthode externe et non plus interne* comme la première; dont le propre fut de vivifier les codes au lieu de la substance qu'ils empruntaient à leur propre fonds, *par l'afflux de tous les éléments de vie successive qui leur venaient du dehors*. Loin de se replier sur eux-mêmes, ils s'ouvraient au monde extérieur... » (*Préface*, a F. GENY, *Méthode*, cit., p. XIX). I corsivi sono miei e valgono a sottolineare l'istanza dominante di apertura verso i fatti esterni, verso il *dehors*.

⁽¹⁴⁷⁾ *Ibidem*, p. XXV.

cet « au-delà » ne devienne pas le mot d'ordre de tous les juristes » (148).

Ma questo *debors*, cui il diritto civile è così prepotentemente vocato, in che cosa consiste? Senza dubbio — già lo sappiamo —, i fatti, i fatti economici e sociali, rilevati senza alcuna prevenzione formalistica, così come le due tipiche scienze d'osservazione — l'economia e la storia — individuano e valorizzano, mentre, nello stesso territorio del giuridico, l'invito al *debors* diventa rifiuto di antiche chiusure, rinnegazione di pretese purezze, superamento di orgogliosi isolamenti. Il civilista non potrà non fare i conti con il diritto comparato e con la riflessione teorica (ma soprattutto giurisprudenziale) che si sviluppa nell'alveo tipicamente amministrativistico.

Il diritto comparato — norme legislative, analisi dottrinali e prassi forense — è per il civilista francese un salvataggio e una verifica. Proprio perché si misura nei larghi spazi, in un panorama in cui si comparano i singoli sistemi nazionali, mette il giurista nel contatto sicuro con un consenso generale che va ben oltre i possibili artifici di una legislazione nazionale, di semplici occasioni di potere e pretesti politici, e gli offre la capacità di discriminare la regola fittizia (o l'espedito meramente potestativo) da quella che riposa sulla natura delle cose. L'allargamento dello sguardo oltre i propri confini statuali — anche se questo Stato è la *République française* — si impone come condizione per garantire scientificità e oggettività al discorso giuridico (149).

Un pari salvataggio è offerto dalla dottrina e dalla prassi del diritto amministrativo. Senza l'ombrello protettivo ma anche impeditivo del Codice e del suo inchiodamento sistematico, avendo da fare i conti unicamente con dispersi atti legislativi, dottrina e ancor più giurisprudenza amministrative hanno costruito con una sensibilità assoluta verso il mutamento sociale, in un processo di adatta-

(148) *Loc. ult. cit.*

(149) Bastino due sole citazioni: il saggio-recensione del 1891 intorno al volume di Sraffa sulla liquidazione delle società commerciali, dove il problema viene impostato con lucidità (cfr. *Contribution à l'étude des méthodes juridiques — A propos d'un livre de M.A. Sraffa*, cit., soprattutto pp. 220-224); la Relazione su *Conception et objet de la science du droit comparé*, cit., tenuta al Congresso internazionale di diritto comparato del 1900, dove Saleilles sintetizza le intuizioni comparatistiche presenti in quasi tutti i suoi saggi.

zione costante; « à travers cette construction, à la fois très ferme et très souple, solide et cependant mouvante comme tout ce qui confine à l'évolution des moeurs, à travers cette construction, dis-je, passe un souffle de liberté et de haute équité, auquel nous rendons tous le plus parfait hommage » ⁽¹⁵⁰⁾.

Ferme e souple, solide eppur mouvante: sono le qualità che destano l'ammirazione di Saleilles. Il diritto che, per propria intima natura, porta sempre in sé la contraddizione che gli deriva dall'essere vestimento del sociale e, al tempo stesso, registrazione di valori, che tende perciò al sistema ma che non può non essere espressione del divenire storico, sembra quasi trovare — agli occhi del maturo civilista ⁽¹⁵¹⁾ — una sua dimensione composta ed armonica proprio nell'opera dei giudici del *Conseil d'Etat*, disponibili, coscienti del proprio ruolo creativo, immuni da plagì e da servaggi. Con uno stile autenticamente *prétorien* essi hanno operato il miracolo di costruire uno *ius* sulle sparse e disarmoniche *leges* esistenti: « dans un domaine où nous n'avions que des lois, des *leges*, ils ont créé un droit véritable, un *jus*, au sens le plus complet du mot » ⁽¹⁵²⁾. Dove — se non m'inganno — *jus* sta per la romana *ars boni et aequi*, ordine sostanziale d'una civiltà radicato nella natura storicamente variabile e perciò intrinsecamente giusto, e *leges* sta per un qualcosa di qualitativamente più basso e più grezzo, norme autoritative che si proiettano sulla società correndo troppo spesso il rischio di non esprimerla. Ai giudici amministrativi francesi va il merito di aver fatto saltare di piano quelle norme trasformandole in ordine giuridico.

Un esempio, insomma, da imitare da parte degli assai più condizionati civilisti, che son chiamati da Saleilles ⁽¹⁵³⁾ ad abbandonare il chiuso delle loro officine per guardare quanto è avvenuto e sta avvenendo nei fertili laboratorii giuspubblicistici. Se ieri il diritto civile ha senza dubbio elargito al diritto pubblico « ses habitudes de

⁽¹⁵⁰⁾ *Allocution*, in *Les méthodes juridiques*, cit., p. XVIII.

⁽¹⁵¹⁾ I testi, che qui si chiosano, risalgono al 1910. È il caso di notare che si tratta di un atteggiamento costante di Saleilles (per un esempio risalente a quasi quindici anni prima, cfr. *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, cit., p. 48).

⁽¹⁵²⁾ *Allocution*, cit., p. XIX.

⁽¹⁵³⁾ E non soltanto da lui; basterebbe pensare a civilisti come Génèy e Charmont (cfr. GROSSI, *Ripensare Génèy*, cit., p. 338, nota 148).

construction dottrinale », e cioè la robustezza dell'armamentario tecnico del giurista, oggi il secondo può comunicare al primo « un peu de sa souplesse et de son indépendance » (154).

5. Un dubbio si insinua legittimamente: ma tutto questo *élargissement* nella concezione del diritto e nell'azione intellettuale del giurista, tutta questa apertura verso il *dehors* che sta al di là delle ristrette norme codificate (o, comunque, legislative), non è smentito — e, pertanto, reso inutile e vano — da una nozione di legge, universalmente accolta, come dichiarazione di volontà del legislatore, rigidissima nella sua lettera e nel suo spirito, tale da non dare che un minimo spazio all'interprete-applicatore e tale soprattutto da non lasciarsi impressionare da nessuno — anche se capitale — evento successivo, intangibile nella sua struttura di espressione immodificabile d'una volontà superiore, immodificabile se non da un potere di pari intensità che emani un atto di pari qualità normativa?

Secondo Saleilles questa è certamente la nozione vulgata di legge positiva, quella che circola in dottrina e giurisprudenza e che è ricevuta senza batter ciglio dall'uomo della strada, che è fatta circolare ad arte dal potere politico, ma è soltanto il messaggio della ideologia imperante, è la voce dell'assolutismo giuridico che ne ha fatto uno dei capisaldi della sua strutturazione dell'universo del diritto, forse il maggiore, il più portante. Siamo, ohimè, di fronte a « une formule hiératique » (155) della legge, o addirittura a « la superstition de la loi » (156). È insomma una nozione legata a certi presupposti ideologici e a una certa visione del mondo giuridico, storicamente datatissima e su cui si deve avere il coraggio di dissentire, riproponendo — in positivo — una nozione che recuperi la nozione oggettiva di legge positiva.

È il primo grande tema di fondo di tutta la riflessione saleillesiana: rifiutare una nozione soggettiva e volontaristica in favore di

(154) *Allocution*, cit., p. XX.

(155) *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, cit., p. 329.

(156) *Conception et objet de la science du droit comparé*, cit., p. 403.

una più suadente e coerente nozione oggettiva e organicistico-finalistica.

Parole grosse e forse grevi di oscurità, ma che Saleilles è in grado subito di chiarire. I testi che ci sembrano più nitidi e sonori appartengono a due impegnativi momenti riflessivi sul BGB ormai vigente in Germania, ma non fanno che esprimere con particolare vigoria ed apertamente un insegnamento che è costante nell'itinerario del Nostro.

Ecco la precisa presa di posizione scritta in uno dei libri più cari a Saleilles, dedicato alla costruzione del concetto di atto giuridico sulla scorta dei §§ 116-144 del BGB: « La loi est un instrument de réglementation sociale; elle doit s'interpréter de la façon la plus conforme au bon fonctionnement du mécanisme créé par le législateur. Et comme la matière sociale est une matière organique, en voie de transformations constantes, la réglementation qui s'y applique doit suivre l'évolution progressive du milieu pour lequel elle est faite. L'adaptation de la loi se moule en quelque sorte à la plasticité des éléments auxquels elle s'applique; de sorte qu'elle devient, elle-même, un organisme qui se développe et qui porte ses fruits, précisément par l'interprétation incessamment progressive qui en est faite » ⁽¹⁵⁷⁾; ribadendo poco dopo: « elle constitue un organisme permanent, qui, comme tout organisme, progresse et se transforme » ⁽¹⁵⁸⁾.

Tre anni dopo (1904), nella « Introduction à l'étude du droit civil allemand », la stessa visione è ripetuta e arricchita: « elle [la loi] n'a pas pour objet seulement la satisfaction des besoins du moment, ceux qui lui ont donné naissance, mais la satisfaction des besoins permanents de la collectivité, en tant qu'ils se relient à l'objet qu'elle a prévu et réglé. Elle doit donc être assez souple et flexible... [Le juge]... doit, en premier lieu, la mettre à la même de remplir son but initial et, par suite, en demander la révélation aux nécessités sociales qui ont donné naissance à la loi elle-même; lui permettre, en second lieu, de satisfaire à son but ultérieur, qui est de subvenir aux exigences de l'avenir; et, enfin, de lui garder son rôle de directrice générale de la vie juridique de la collectivité... Ce triple rôle, qui est

⁽¹⁵⁷⁾ *De la déclaration de volonté*, cit., p. 214.

⁽¹⁵⁸⁾ *Ibidem*, p. 216.

un rôle social et non individuel, ne peut être rempli qu'en envisageant l'unité de la loi sous un double rapport, celui de l'ensemble du système juridique, et celui de la vie sociale collective. Aucune loi n'est un tout par elle-même. Elle se rattache à un système d'ensemble, qui constitue le mécanisme juridique..., mais ce mécanisme juridique, pris dans son unité, n'est lui-même, qu'un mode d'organisation de la vie sociale..., qui, sous le couvert du droit, devient... un organisme complet et vivant » (159).

Dalla lettura discendono agevolmente alcune notazioni. La prima, solo apparentemente terminologica, concerne lo scialo sovrabbondante di vocaboli come « organico » e « organismo »: visione organica della legge, legame organico fra legge e organismo sociale, la legge essa stessa come organismo. È lo strumento terminologico, concettuale, culturale (si vedano i nomi di Josef Kohler, Otto von Gierke, Eugen Huber ben messi in evidenza nella prefazione a « La déclaration de volonté »), che ha alcuni scopi precisi: sottrarre la legge dalla nicchia del momento di emanazione, smentire l'idea che essa consista in una dichiarazione di volontà e coglierne un determinante profilo obiettivo (160); puntare jheringianamente sulla nozione di scopo della legge, operazione che serviva a proiettarla ben al di fuori di una pretesa volontà del legislatore e a misurarne la validità non già nella mente di un mitico soggetto, ma nel campo vivo della realtà esterna da regolare (161); sottolineare che la legge — quale organismo permanente — non ha più nessi (se non tenui) con l'originario promulgatore, ma ne ha di continui con la comunità in divenire che la ricolma via via di valori e contenuti nuovi; spostare tutta l'attenzione dell'ordinamento dalla emanazione del provvedimento alla sua vita nel tempo e nello spazio, ossia alla sua applicazione, con un coinvolgimento di altre forze presenti nella società a

(159) *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, cit., pp. 99-100.

(160) Non vale la pena di esemplificare. Tutta l'opera saleillesiana è contro questo dogma-mito della legge come atto di volontà.

(161) Scriverà più tardi, 1907: « ce qu'il faut avoir constamment en vue, c'est beaucoup moins le texte que le but social, le but pratique de la loi... c'est ce but que le juge doit atteindre en adaptant non pas la solution pratique à la rigidité du texte, mais le texte lui-même au but supérieur qu'en attend la société » (*Lettre à M.P. Desjardins sur l'enseignement du droit*, cit., pp. 17-18).

livello di fonti di diritto ⁽¹⁶²⁾; spostare, conseguentemente, il perno fondante dell'ordinamento da un testo immobilizzato, sacralizzato, mitizzato (e perciò collocato fuori del tempo e dello spazio) alla interpretazione del testo, intesa — ovviamente — quest'ultima come intermediazione fra testo e fatti successivi in cui il testo via via si trova immerso.

Saleilles ridicolizza il « législateur idéal et phantastique », che, nella oleografica raffigurazione della dottrina tradizionale, è « une sorte de personnalité imaginaire, mythique et permanente ⁽¹⁶³⁾, e si rifà a una legge che, rotto ogni cordone ombelicale col suo produttore, è « une entité nouvelle » ⁽¹⁶⁴⁾; che « comme un organisme vivant qui se développe sous la pression des faits... a très peu de valeur par elle-même, mais qui en a une très considérable par l'usage que nous saurons en faire » ⁽¹⁶⁵⁾.

L'attenzione non è più per un testo e per un preteso *Urwillle* ⁽¹⁶⁶⁾, bensì per il reticolato di nessi di cui quel testo è occasione tutte le volte che la comunità lo accoglie e lo rivive. Il carattere della rigidità, che era stato costruito come essenziale per l'atto legislativo nella vecchia concezione, cede necessariamente il passo a quello della *souplesse*, che è l'unico ad assicurare una effettiva disponibilità ai fatti esterni. E il vecchio modello costrittivo, che sembrava quasi imprimere esso solo ai fatti il marchio della giuridicità, diventa una realtà assai plastica che ai fatti si modella e da questi è modellata.

L'importante è deporre il vecchio paraocchi normativistico per

⁽¹⁶²⁾ « dans cet organisme juridique qui constitue la loi d'un pays, vont venir s'intercaler et se fondre tous les éléments de la vie juridique spontanée du peuple pour lequel la loi est faite: coutumes, nécessités de la vie économique, conceptions morales, modifications des rapports sociaux » (*Introduction à l'étude du droit civil allemand*, cit., p. 100).

⁽¹⁶³⁾ *Preface* a F. GÉNY, *Méthode*, cit., pp. XV e XVI.

⁽¹⁶⁴⁾ *Ibidem*, p. XVI.

⁽¹⁶⁵⁾ *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, cit., p. 329.

⁽¹⁶⁶⁾ Saleilles insiste sulla absurdità di pretendere che l'interprete odierno « indovini » il significato del testo normativo a lui lontano secondo le intenzioni del legislatore di allora: « bien comprendre la loi comme on l'aurait comprise il y a un siècle, en reculant d'un monde, ce qui ne serait pas seulement ridicule, mais matériellement impossible » (*Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, cit., p. 322).

uno sguardo assai più comprensivo, l'importante è — secondo una felice formula saleillesiana — « substituer à l'esprit de norme juridique l'esprit de discipline juridique ⁽¹⁶⁷⁾, finirla di condensare il proprio sguardo sulla norma come isolata manifestazione d'una volontà suprema remota e in sé conchiusa, e spostarlo invece alle reazioni fra norma e vita sociale, al contesto in cui la norma convive coi fatti, anzi col progresso dei fatti, e da norma separata diventa disciplina, cioè regola immedesimata col sociale, ordinamento, di esso aspetto insopprimibile perché espressione della sua stessa natura.

La legge di Saleilles è allora il vaso vuoto disegnato da Adickes, Bülow, Kohler e ancor più elasticizzato nelle conclusioni della *Freirechtslehre*? Che vi siano con questa sintonie e simpatie non è dubbio; basterebbe la rispettosissima citazione della « Freie Rechtsfindung » di Ehrlich, appena pubblicata e subito letta con avidità ⁽¹⁶⁸⁾, che sta in calce a uno dei passi sopra riportati ⁽¹⁶⁹⁾, o l'attenzione che dimostrerà in seguito per l'opera di Ernst Fuchs ⁽¹⁷⁰⁾. Che, in realtà, tutto possa far pensare legittimamente a una conclusione di stampo gius-liberistico, anche questo è indubbio. Ma non è così.

Come Gény, anche Saleilles resta in qualche modo un « legalista », però con qualche incoerenza, con qualche incertezza, con un fondo di sostanziale aporia rispetto alla soluzione netta e limpidissima del civilista lorenese. Il discorso di Gény è infatti nettissimo: la legge esprime poco della ricchezza dell'universo giuridico, è fonte insufficiente e impotente proprio perché è uno specifico atto di volontà del soggetto-legislatore; come tale deve essere interpretato, individuando soltanto ciò che è il dichiarato oggetto della sua volizione; il suo messaggio normativo è unicamente ciò che essa espressamente e sicuramente volle; è pertanto solo di fronte a un messaggio oscuro, equivoco, lacunoso che si apre la possibilità di un

⁽¹⁶⁷⁾ *Conception et objet de la science du droit comparé*, cit., pp. 403-404.

⁽¹⁶⁸⁾ EUGEN EHRLICH, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1903.

⁽¹⁶⁹⁾ *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, cit., p. 98.

⁽¹⁷⁰⁾ *Droit civil et droit comparé*, 1911, cit., p. 10.

libero concorso di altre fonti, prima fra tutte la consuetudine, non ultima la libera ricerca scientifica.

Assai più « rivoluzionario » nelle premesse è il discorso del civilista borgognone: la legge non è un atto di volontà, è una realtà organica alla società che è chiamata a ordinare; ha pertanto una vita autonoma — come entità distinta — adattandosi al sociale con una naturale *souplesse*. L'interpretazione è quindi assai poco ricostruzione d'una volontà originaria ed è assai più coscienza di questo adattamento, di questo *assouplissement*. Legittima è dunque la conclusione, che traiamo — *exempli causa* — da una pagina della *Déclaration de volonté* e che concretizza bene tutto il rilievo che una simile concezione dà al giudice e che è continuamente ribadito da Saleilles: « Le juge, loin d'être l'instrument passif que l'on prétend, est le régulateur de la vie sociale, dans ses rapports avec la loi » (171).

Siamo forse di fronte a una « Theorie der richterlichen Rechtsfindung », come farà più tardi Ehrlich (172)? Assolutamente no. Ecco una franca, sintetica scrittura di Saleilles tratta da un suo testo programmatico del 1903: « Tout le monde proclame aujourd'hui que le principal élément du droit d'un pays, c'est sa jurisprudence. On peut discuter et se demander si la jurisprudence constitue une source autonome à côté de la loi; je ne le crois pas. Mais ce qui est certain, c'est que ce qui constitue, à un moment donné, le droit d'un pays, ce n'est pas la loi abstraite, c'est la loi dans l'interprétation vivante que lui donne la jurisprudence » (173).

Saleilles, come Géný, diffida della legge come mezzo di effettivo ordinamento del sociale, e coglie piuttosto in essa elementi di impotenza e di violenza insieme verso il mutamento profondo della Francia di fine secolo; come Géný, avverte il bisogno di certezza (174); come Géný, teme l'eccessivo arbitrio del giudice sfociante

(171) *De la déclaration de volonté*, cit., p. 214.

(172) E. EHRLICH, *Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes. Vier Stücke aus dem in Vorbereitung begriffenen Werke: Theorie der richterlichen Rechtsfindung*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 67, 1917.

(173) *Méthode historique et codification*, cit., p. 17.

(174) Testo esemplare: *Méthode historique et codification*, cit., p. 4 (« le besoin juridique le plus urgent de notre époque est celui de la certitude juridique »).

in soggettivismo ⁽¹⁷⁵⁾ ed ha, come il maestro di Nancy, sempre di fronte come male da evitare l'avventurismo del Presidente del Tribunale di Chateau-Thierry e di tutti i *bons juges Magnaud* di questo mondo ⁽¹⁷⁶⁾. Solo che, mentre Gény ha l'ancoraggio fermo di un atto legislativo, ridotto possibilmente al minimo ma ricostruito come volizione suprema e indiscutibile del legislatore, e, proprio perché con questo ancoraggio, può permettersi di aprire a un sostanziale pluralismo ⁽¹⁷⁷⁾ di fonti per tutto il grande territorio lasciato intatto da quella volizione ⁽¹⁷⁸⁾, Saleilles si ritrova privo di ancoraggi.

Il suo sentimento di certezza e il suo rifiuto di arbitrii giudiziari non trovano alcun appagamento nella visione « organica » della legge, nella demolizione — puntigliosamente fatta — di questa come dichiarazione di volontà e, quindi, della interpretazione come ricerca di una volontà, nel continuo richiamo all'adattamento e allo sforzamento dei testi, nella pressante relativizzazione del loro contenuto. Il rimedio e la soluzione, per Saleilles, sono quelli indicati nel discorso del 1903: un ordinamento che punti su fonti extra-legali, soprattutto sulla giurisprudenza, per garantire una disciplina adeguata, ordinante e non coartante, ma un ordinamento in cui il giudice — che pure è considerato indispensabile strumento di adeguamento e condizione di vitalità — faccia sempre capo alla legge. Insomma: la legge applicata da una giurisprudenza, che la rivive per proprio conto a seconda delle diverse esigenze ma che la assume come non

⁽¹⁷⁵⁾ *Ecole historique et droit naturel*, cit., p. 105.

⁽¹⁷⁶⁾ Enunciazione chiara in *Droit civil et droit comparé*, cit., p. 10: « N'allez pas vous méprendre sur cette formule ... A la prendre telle quelle, vous pourriez croire que c'est la thèse du "bon juge" que je prétendrais soutenir, du "juge-roi", comme on a dit quelquefois. Rassurez-vous, car c'est plutôt un système tout contraire que je vous enseignerai, aussi éloigné que possible du subjectivisme purement individuel ». Cfr. anche *Lettre à M.P. Desjardins sur l'enseignement du droit*, cit., p. 48 (« les à coups de subjectivisme et d'arbitraire d'un ou de plusieurs "bons-juges" »).

⁽¹⁷⁷⁾ Nel pur altamente laudativo rendiconto critico, che egli fa della *Méthode* di Gény nel primo fascicolo della sua « Revue trimestrielle de droit civil ». Saleilles ammette: « je crois qu'il va un peu plus loin que je n'irai moi-même » (*Ecole historique et droit naturel*, cit., p. 90).

⁽¹⁷⁸⁾ GROSSI, *Ripensare Gény*, cit., p. 326 ss.

eliminabile momento di validità per il proprio agire. I fatti nuovi inseriti nel *cadre* della legge vecchia.

È questa un'idea ricorrente in Saleilles, ed è ricorrente una correlativa terminologia — *cadre, cadrer, encadrement, encadrer* —, che diventa parte del suo lessico tipico e inconfondibile. Quello che abbiamo più sopra notato per *souple, souplesse, assouplissement* — come caratteri peculiari della *loi* — si deve ripetere qui per l'esigenza riferita ai *faits sociaux*. La legge deve adattarsi, ma i fatti dovranno sempre essere *inquadrati* nella cornice legittimamente offerta dalla legge.

Una pagina di grosso rilievo è offerta dalla densissima *préface* redatta nel '99 per la *Méthode* di Géný, che costringe il Nostro più allo scoperto che altrove per la necessità di segnare il confine che lo separa dal lorenese, di registrare consensi e dissensi. Identiche le premesse: « nul ne prétend plus que le droit soit une création du législateur »⁽¹⁷⁹⁾; « le domaine impératif de la loi est très restreint »⁽¹⁸⁰⁾. Pertanto, esigenza di *vivifier les codes* grazie a una *méthode externe* « par l'afflux de tous les éléments de vie successive qui leur venaient du dehors »⁽¹⁸¹⁾. Tuttavia, se « loin de se replier sur eux-mêmes, ils s'ouvraient au monde extérieur », essi codici lo facevano « non pour se laisser envahir ou dominer par lui [*l'afflux* di cui sopra], mais pour s'y adapter et le dominer, l'encadrer dans leur propre discipline, et traduire en monnaie juridique, ayant la frappe qui leur est propre, toutes les relations nouvelles issues du développement de la vie »⁽¹⁸²⁾.

Se mi è consentito abbondare un po' in citazioni, ecco precisazioni preziose offerte dall'Autore: « dans cette méthode d'évolution historique... on continue encore à poser en principe que tout se ramène à la loi écrite, considérée non pas comme la seule source vivante du droit, mais comme le seul cadre scientifique et juridique qui lui serve en quelque sorte de passeport devant les tribunaux »⁽¹⁸³⁾; « pour obtenir la valeur d'un droit objectif qui s'im-

⁽¹⁷⁹⁾ *Préface*, cit., p. XX.

⁽¹⁸⁰⁾ *Préface*, cit., p. XXI.

⁽¹⁸¹⁾ *Préface*, cit., p. XIX.

⁽¹⁸²⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽¹⁸³⁾ *Loc. ult. cit.*

pose, il faut que ces créations puissent se rattacher à la loi, qu'elles rentrent dans son cadre, qu'elles se mettent en harmonie avec l'ensemble de la construction juridique prise dans son intégrité, qu'elles se vivifient à cette source supérieure » (184).

Si propone, in definitiva, una *jurisprudence* « non plus chargée de s'asservir à un texte mort, mais seul pouvoir effectif qui ait pour fonction de développer un texte incessamment vivant. C'est à elle de ramener au texte les germinations spontanées que lui offre la pratique des affaires, et en même temps de plier le texte aux nécessités nouvelles qui la sollicitent, d'en assouplir la formule, d'en dégager les principes inconnus et de fondre le tout dans une harmonie d'ensemble, dont la logique crée la certitude pour les intérêts privés, en même temps qu'elle défie l'arbitraire, qui est la menace incessante de toute méthode subjective » (185).

Il lettore può constatare che l'abbondanza delle citazioni è giustificata dalle illuminanti precisazioni offerte da Saleilles: è evidente che egli ha timore di un totale affidamento al giudice come vorrebbero i giusliberisti, e non ritiene sufficiente il solo aggancio oggettivo con il diritto naturale. Ne vien fuori una proposta mediana: « à l'objectivité résultant du texte, base éminemment précieuse de certitude juridique, il faut joindre désormais l'objectivité résultant des réalités économiques et sociales » (186); una proposta mediana, nella quale *textes* e *faits sociaux* sono visti quasi in posizione di interscambio, ma nel contesto della quale l'autore rischia di incorrere in una sostanziale aporia: l'inquadramento dei fatti nuovi nei testi vecchi, anche se semplice aggancio di legittimità, potrebbe costituire un elemento frenante, una violenza, insomma anche una smentita a quella tanto conclamata visione organica e a quell'adattamento della legge al divenire progrediente, che è il fine che si vorrebbe ad ogni costo raggiungere. A meno che tutto non si riduca ad una finzione, a un aggancio puramente formale.

È un nodo irrisolto, che connota di aporeticità tutta la costruzione di Saleilles, che lo stesso Gény gli rinfaccia; il Nostro registra la critica

(184) *Préface*, cit., p. XX.

(185) *Loc. ult. cit.*

(186) *Méthode historique et codification*, cit., p. 19.

ma sostanzialmente non vi risponde ⁽¹⁸⁷⁾, ritenendosi pago dal constatare che in ambe le soluzioni — la sua e la gényana — il risultato di rottura del formalismo legalistico e di arricchimento pluralistico dell'ordine giuridico era lo stesso. Tutto sommato, egli si pone in un itinerario di continuità con quella sensibile giurisprudenza francese che per tutto il secolo aveva creato diritto dissimulando l'aspetto creativo sotto un mantello ipocrita di esegesi fedele e di esercizio passivo di meri arnesi logici. Saleilles questo solo ammette infatti di rimproverargli: di aver gabellato come deduzioni esegetiche tutte le grandi costruzioni in tema di dote mobiliare, di assicurazioni sulla vita, di mandato domestico della donna maritata, di responsabilità civile, di ricerca della paternità, e via dicendo ⁽¹⁸⁸⁾.

Il nostro discorso deve ora completarsi facendo cenno agli strumenti posti in essere da Saleilles per realizzare, accanto a una visione nuova della legge come fonte, l'operazione riduttiva del suo raggio d'azione e della sua incisività sociale; il che servirà non poco a illuminare l'operazione complessiva del Nostro.

La nuova legge, non più volontaristicamente falsata, è disponibile al progresso sociale ed economico, perché il suo contenuto autenticamente normativo è — per sua stessa natura — assai modesto. Non più la fonte pressoché sacrale di ieri, ma nemmeno l'atto supremo di individuazione e consolidazione della pubblica felicità con un contenuto ampio, progettuale, il più possibile totalizzante.

La nuova legge non fornisce principii, teoriche, definizioni, formule, progetti, ma soltanto soluzioni, alcune soluzioni: « la loi ne connait que des solutions, elle n'impose pas de doctrines juridiques » ⁽¹⁸⁹⁾. E prende forma quella contrapposizione tra *solutions* e *conceptions* — le prime consentite al legislatore, le seconde a lui fermamente vietate — che assume il carattere di costante del pensiero di Saleilles; già affiorante nell'incontro e nella consonanza

⁽¹⁸⁷⁾ *Préface*, cit., p. XXI, dove la critica di Gény è segnalata con esemplare franchezza.

⁽¹⁸⁸⁾ *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, cit., p. 323: « il y a longtemps que le juge, sans oser le dire, se laissait impressionner par les lois inéluçables des nécessités économiques... Seulement, il dissimulait cette orientation extérieure aux textes sous le couvert d'une logique plus ou moins formelle, appliquée aux textes ».

⁽¹⁸⁹⁾ *Un livre d'introduction générale à l'étude du droit civil*, cit., p. 527.

intellettuale con le rivendicazioni creative di Unger sul terreno della *Schulduebernahme* ⁽¹⁹⁰⁾, si vede riaffermata nella prima autonoma riflessione metodologica ⁽¹⁹¹⁾, senza sosta ripetuta ⁽¹⁹²⁾, fino ad arrivare intatta in seno agli ultimi saggi ⁽¹⁹³⁾. Le *conceptions* non competono al legislatore, perché sono intimamente legate al processo sociale e perché affidargliele avrebbe lo stesso significato di una pesante opera di immobilizzazione con la conseguenza di un ristagno innaturale: « la concéption du droit est livrée à la jurisprudence, à la doctrine, à l'évolution historique » ⁽¹⁹⁴⁾, « l'essence de toute construction juridique, puisqu'elle est l'oeuvre de la doctrine et non de la loi, est d'être incessamment en marche, incessamment mobile et progressive » ⁽¹⁹⁵⁾. Sarà soprattutto la giurisprudenza a intuire le esigenze costruttive in quel perenne laboratorio sperimentale di casi pratici che ha di fronte, e sarà la scienza a comporre dipoi le segnalate esigenze in architetture teoriche che, senza porre argini al variare dei tempi, non ne subiscano in maniera eccessiva l'usura. È l'impostazione grazie alla quale Saleilles ritiene di poter costruire una formulazione nuova della cessione del debito, una concezione nuovissima di rischio professionale e di responsabilità oggettiva, una peculiare natura giuridica per le società in accomandita.

Già da questa operazione riduttiva, che assegna alla legge compiti e contenuti ben delimitati, appare la precarietà sostanziale dello *encadrement*, che il giudice è tenuto ad operare. I fatti sociali nuovi un inquadramento effettivo nei vecchi testi potrebbero averlo se si trattasse di ordinarli in quella cornice tutta intellettuale, e perciò plasticissima, che sono dottrine e costruzioni teoriche, ma se il punto di riferimento e di misura sono soltanto le *solutions* intese

⁽¹⁹⁰⁾ Rec. a UNGER, *Schulduebernahme*, 1890, cit., p. 151.

⁽¹⁹¹⁾ *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, 1890, cit., pp. 491-92.

⁽¹⁹²⁾ *De la cession de dettes*, 1890, cit., p. 27; *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, 1897, cit., pp. 47-48; *Un livre d'introduction générale à l'étude du droit civil*, 1897, cit., p. 527; *Les accidents de travail et la responsabilité civile (Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle)*, Paris, 1897, p. 47; *Un nouveau livre sur la cession de dettes*, 1899, cit., p. 92; *Ecole historique et droit naturel*, 1902, cit., p. 109.

⁽¹⁹³⁾ *Droit civil et droit comparé*, cit., p. 22.

⁽¹⁹⁴⁾ *Un nouveau livre, sur la cession de dettes*, cit., p. 92.

⁽¹⁹⁵⁾ *Droit civil et droit comparé*, cit., p. 22.

come il vero contenuto normativo d'una legge, l'inquadramento si propone piuttosto come conflitto e si risolve o in una devitalizzazione del fatto che cede dinnanzi alla soluzione normativa contraria, o in una sorta di benedizione formale da parte della norma col risultato di un inquadramento puramente nominale e fittizio e della devitalizzazione del dettato normativo.

Ma v'è di più. Saleilles, consapevole del possibile conflitto, spinge ancor più innanzi l'operazione riduttiva: se da quanto si è ora detto, legge, come dato cogente, non è mai una concezione giuridica, la quale non può non essere legata al divenire della coscienza scientifica e, ove il legislatore ne proponga una, questa non avrà certo carattere vincolante per gli interpreti di cento anni dopo; se legge, come dato cogente, è solo una certa soluzione concreta a un certo specifico problema giuridico, tuttavia non ogni soluzione vincolerà l'interprete. E Saleilles non si riferisce davvero a soluzioni implicanti qualche dubbio od oscurità, di fronte alle quali era facile rivendicare la libertà dell'interprete-applicatore. Il riferimento è invece alle soluzioni legislative specifiche e non equivoche, tra le quali si opera una fondamentale distinzione.

O esse hanno una loro non defettibile imperatività per essere connesse a problemi di ordine pubblico e di interesse generale, caso nel quale l'adagio sulla *durities* della legge non può che essere senza eccezioni confermato e l'interprete-applicatore del 1904 non ha che da chinare la testa di fronte alla norma decrepita di cento anni prima. O, se la connessione con l'ordine pubblico non sussiste, la loro è una imperatività assai relativa, essendo giocoforza ritenerle delle semplici « *présomptions* » operate dal legislatore, il quale, constatando la frequenza — per esempio — d'un certo uso, lo ha sussunto nella norma presumendo che ciò fosse accetto ai privati; presunzione che viene a cadere cento anni dopo, se l'interprete-applicatore constata circolante e accettato un uso diverso o contrario ⁽¹⁹⁶⁾.

Dice Saleilles a proposito delle scelte del Codice in tema di società commerciali: « Il y a donc avant tout dans toute oeuvre de

⁽¹⁹⁶⁾ La teorica di Saleilles è già perfettamente espressa nel primo saggio metodologico del 1890 (cfr. *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, cit., pp. 490-91); viene subito applicata a un istituto specifico nel contributo, dello stesso anno, sulla cessione del debito (*De la cession de dettes*, cit., pp. 40-41).

codification une sorte de départ à établir... entre ce qui est d'autorité publique... où la volonté de la loi reste intangible, et ce qui est du domaine de la liberté, et par conséquent simple constatation d'usage, et en matière de droit privé c'est la partie de beaucoup la plus considérable. Sur ce terrain, la solution légale n'indique qu'une préférence au cas de doute, afin d'écartier l'incertitude et l'arbitraire, elle ne constitue pas un dogme qui s'impose. Elle n'est que la consécration d'idées, d'usages ou de doctrines, représentant l'opinion courante à une époque donnée; l'état économique d'un pays à un moment déterminé, idées usages ou formules économiques destinés à se modifier au cours de l'évolution des faits » (197).

Quindi: imperative non sono mai le concezioni, ma soltanto le empiriche soluzioni di una legge; e, tra queste, solo le soluzioni legate all'ordine pubblico o all'interesse generale. Resta una tranquillizzante conclusione da trarre per portare a termine la drastica operazione riduttiva, e Saleilles non manca di sottolinearla: « les solutions directes, voulues par le législateur, et qui s'imposent, tant qu'elles n'ont pas été modifiées par le procédé légal, constituent la part la plus infime du domaine juridique ».

Nel campo del diritto privato l'esistenza di una *solution* connessa all'ordine pubblico o all'interesse generale « constitue l'exception »; « la grande majorité » può esser tranquillamente confinata nell'ambito delle presunzioni (198). Il Nostro lo puntualizza quasi con sollievo, facendo l'esempio del « domaine des conventions », cuore e fulcro dell'intero diritto privato, in cui v'è un solo principio imperativo, ed è « celui de la liberté des conventions ». Al di sotto dell'ombrello protettivo di un siffatto principio « costituzionale » le soluzioni legali in tema di obbligazioni non sono che semplici *présomptions de volonté*, che attendono possibili smentite dalla prova contraria rappresentata da nuovi usi (199).

Saleilles gioca al ribasso riducendo a ben minima cosa la imperatività cogente d'una norma legislativa: « le domaine impératif de la

(197) *Etude sur l'histoire des' sociétés en commandite*, cit., p. 48.

(198) *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, cit., p. 491.

(199) *Loc. ult. cit.*

loi est très restreint »⁽²⁰⁰⁾; viene a mente quel delizioso racconto di Colette in cui al protagonista, da un grande cappotto di lana rovinato dalle tarme, a forza di tagliare, non resta in mano che un minuscolo nettapenne.

L'opera di Saleilles sul piano delle fonti resta aporeticamente l'opera di un personaggio, che crede nel diritto extralegale e vuole ad ogni costo ridotto il ruolo della legge nell'economia dell'universo giuridico, lo vuole molto più di Géný, perché — al fondo — è più sfiduciato di Géný nel legislatore e nelle sue volontà; che ha il coraggio di operare una decisa relativizzazione e una altrettanto decisa pluralizzazione di forze produttrici, ma che non se la sente di portare questo atto di coraggio alle debite conseguenze. Pagando, come si è visto, il costo di qualche incoerenza, di qualche incertezza, di qualche ambiguità; di far apparire a qualche lettore severo i suoi recuperi legalistici come l'omaggio formalistico a un feticcio e quindi un atto di sostanziale ipocrisia.

Un giudizio così severo peccherebbe di ingiustizia: più che di ipocrisia, si può parlare — come sopra si è fatto — di un nodo irrisolto, di un nodo che nasce nel tormento sincero dell'autore conteso fra due esigenze di pari intensità: scongiurare il pericolo dell'incertezza e dell'arbitrio atomistico consequenziale ad un totale *Richterrecht*; garantire la perfetta espressività del diritto rispetto alle cangiantissime forze storiche.

Saleilles aveva voluto edificare una nuova legalità, che potesse superare quel « mépris de la légalité » che egli riscontrava così frequente tra i suoi studenti dei corsi di « diritto civile »⁽²⁰¹⁾, che aveva

⁽²⁰⁰⁾ *Préface* a F. GÉNY, *Méthode*, cit., p. XXI.

⁽²⁰¹⁾ Ecco lo sfogo — e confessione insieme — che egli grida forte, utilizzando un consesso di non-giuristi, il XXI° Congresso della « Société d'économie sociale » dedicato, nel 1902, al ruolo sociale della gioventù: « Aussi, espérons-nous un peu, par cette conception nouvelle que nous faisons ainsi de la loi, inspirer à la génération qui vient un sentiment qui n'a que trop manqué à la nôtre, celui de la légalité. Et il lui a manqué parce qu'on lui a trop dit que la loi n'était pas autre chose que la volonté du législateur à l'état de permanence impérative, ce qui se traduisait uniquement par ces mots: la loi est l'oeuvre d'un parti politique, de droite ou de gauche, peu importe, indifférente à la justice et à l'équité; qui même, si c'est une oeuvre politique, n'a rien à voir avec la justice et l'équité. Et la génération à qui l'on avait eu l'imprudence de tenir pareil langage, croyait suivre son instinct de justice, en érigeant en système, ou quelquefois en snobisme,

la più generale conseguenza — e nefasta — di un « esprit juridique en baisse » e si traduceva infine in « une désaffection à l'endroit du droit civil » (202). Era convinto che tutto nascesse da un parossismo legalistico e da quella visione volontaristica, che mostrava nelle sue nudità l'atto legislativo come atto di politica spicciola, di destra o di sinistra, di questo o di quel partito, ma, in ogni modo, sottratto al contesto sociale di cui doveva essere l'espressione fedele.

Saleilles aveva voluto immergere anche la legge in quel contesto, recuperarla alla storicità, e il discorso gli aveva preso la mano. Ed ecco, subito accanto, l'esigenza dello *encadrement*, con tutto il suo messaggio di aporia, quasi di stonatura. L'essenziale è coglierne da parte nostra le motivazioni squisitamente etiche; l'aporia nasce infatti dal mescolarsi di una sentita dimensione etica con quella culturale. Da questo angolo visuale, l'aporia merita il nostro rispetto, anche se il lettore esigente avverte l'insoddisfazione di una costruzione teorica non interamente riuscita: è infatti un tentativo che esprime con grande sincerità la sensibilità e le ansie di un civilista francese di fine Ottocento, che vive il suo tempo con occhi straordinariamente aperti.

6. È ovvio che una visione così riduttiva (anche se con qualche ambiguità) della legge, e soprattutto il determinatissimo intendimento di coglierla non come atto di volontà ma come realtà organica coinvolta nella comunità dei destinatari e disponibile a mutare di fronte alle loro esigenze mutate, comporti una sua

le mépris de la légalité. On se croyait en droit de dire de la loi qu'au lieu d'un traité de paix entre les partis elle était un instrument d'oppression politique que les vaincus ou prétendus tels avaient toujours le droit de contester ou de dédaigner. Connaissez-vous formule d'anarchie sociale ou politique plus dangereuse et plus néfaste? Un peuple qui n'a pas le sens de la légalité ne peut avoir celui de la liberté et encore moins celui de la vie publique. Nous avons payé cher ce qui a fait défaut à notre éducation juridique. Nous savons aujourd'hui que la loi ne peut être une oeuvre de parti, qu'elle peut être en soi bonne ou mauvaise, mais que cela n'importe guère; car nous ne voyons plus en elle la volonté d'un homme ou d'une majorité d'hommes; mais un instrument d'ordre social, l'instrument positif qui nous est mis en mains, si nous savons nous en servir, pour réaliser, l'ordre d'abord, la justice et le progrès ensuite (*Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, cit., p. 329).

(202) È l'esordio accorato al suo corso parigino di diritto civile comparato, anno accademico 1910-11 (cfr. *Droit civil et droit comparé*, cit., pp. 5 e 6).

substanziale desacralizzazione e demitizzazione. Sarà interessante proseguire ancora — sia pur brevemente — il discorso per verificare un simile processo demitizzatore rispetto alla legge più mitizzata, più apologizzata per tutto un secolo, quel *Code civil* che aveva rafforzato il suo mito nel momento in cui la generalità dei Codici statuali successivi lo aveva assunto quale modello indiscusso, ben spesso — più che imitato — addirittura tradotto nelle rispettive lingue nazionali.

Nell'analisi di Saleilles il Codice non ha sorte differente da ogni atto legislativo. Non si tratta di « un texte hiératique et immobilisé » ma di « un instrument de progrès »⁽²⁰³⁾. Non un punto d'arrivo ma un punto di partenza⁽²⁰⁴⁾, che stimola l'evoluzione naturale del diritto di un popolo anziché arrestarla⁽²⁰⁵⁾, com'è nella falsante visione che Savigny ebbe di ogni esperienza codificatrice.

Il Codice, se rettamente inteso, non deve apparire, come han troppo spesso insegnato i primi esegeti ottocenteschi, quale realtà compatta e in sé completa. Al contrario, l'essenza di un Codice è di essere « un régulateur du pouvoir judiciaire »⁽²⁰⁶⁾, ossia un collettore di non molte regole, cioè di non molte soluzioni concrete, da offrire come punti fermi alla giurisprudenza per i mille diversissimi casi pratici sottoposti alla sua valutazione e decisione, punti fermi che, lasciando libertà al giudice, consentano la certezza del *cadre*, di cui si parlava nel capitolo precedente.

E Saleilles invoca volentieri *ad adiuvandum* quei passi del *Discours préliminaire* dove i compilatori del *Code civil* — questi grandi mentori della moderna scienza giuridica francese — davano per scontato di non aver fatto opera completa e rinviavano, con umiltà ma anche con convinzione, a consuetudini continuate, a opinioni comuni di dottori, a insegnamenti costanti della giurisprudenza

⁽²⁰³⁾ *Lettre à M.P. Desjardins sur l'enseignement du droit*, cit., p. 10.

⁽²⁰⁴⁾ *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, cit., p. 47. La convinzione d'un Codice come *point d'arrivée* « c'est ce qu'il ne faut pas et ce qu'il faut empêcher à tout prix » (*loc. ult. cit.*).

⁽²⁰⁵⁾ « un Code n'est pas un monument immobilisé, qui arrête la marche du droit, c'est, au contraire, un mécanisme destiné à susciter partout la vie et à faire fructifier tous les éléments de vie qui se font jour. C'est un instrument d'évolution et non d'immobilisation » (*Introduction à l'étude du droit civil allemand*, cit., p. 101).

⁽²⁰⁶⁾ *Lettre à M.P. Desjardins sur l'enseignement du droit*, cit., p. 10.

come a preziose fonti integrative ⁽²⁰⁷⁾. Saleilles fa di più: riepuma dall'oblio quell'articolo del *Livre préliminaire* — disegnato dai compilatori ma restato lettera morta —, in cui si dichiarava che il giudice, nelle materie civili, in assenza d'una legge precisa, è « un ministre d'équité » ⁽²⁰⁸⁾.

Si noti: tutto questo, in quella Relazione « Le Code civil et la méthode historique », che rappresenta il suo contributo ai festeggiamenti centenari del 1904. È un saggio singolarissimo: se v'è un elogio sincero, più che per il Codice, è per i giudici francesi che sono riusciti faticosamente a garantire l'adeguamento giuridico durante il secolo malgrado la presenza d'una legge tanto vecchia, sempre più vecchia; se v'è un elogio sincero per il Codice, è di esser composto di « formules si vagues et si imprécises » ⁽²⁰⁹⁾, d'essere « un texte aux mailles très lâches, aux formules très souples et, quoi qu'on en ait dit, aussi peu précises et aussi peu scientifiques que possible » ⁽²¹⁰⁾; tanto da consentire ad « organes prêts au fonctionnement de la vie juridique » come « notaires », « hommes d'affaires », « avoués », « barreau », « magistrature » di diventare « les pièces maîtresses du système ».

Strano elogio demolitorio, dove si esaltano i difetti per sottolineare e porre in evidenza l'emergere e il consolidarsi quali fonti del diritto di altri organi e altre forze. Nella sostanza, una dissacrazione impietosa della maestà del *Code civil*; dissacrazione che è accentuata e non attenuata dal disegno che se ne offre come di una sorta di vaso di Pandora, che tutto ricomprende e da cui tutto fuoriesce, anche gli istituti più lontani dalla più ardita preveggenza dei redattori.

7. Da tutto quanto si è detto non può che scaturire — in perfetta coerenza — una certa e ben contrassegnata teoria della interpretazione, corollario obbligato di una certa e ben contrassegnata concezione del diritto e della legge. Il discorso, del tutto consequenziale, può pertanto permettersi d'essere rapido, limitandosi a fissare alcuni punti particolarmente espressivi.

⁽²⁰⁷⁾ *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 100.

⁽²⁰⁸⁾ *Ibidem*, p. 101.

⁽²⁰⁹⁾ *Ibidem*, p. 102.

⁽²¹⁰⁾ *Ibidem*, p. 106.

La dottrina ermeneutica di Saleilles è tutta racchiusa in questa elementare ma suprema dignità: la verità giuridica non è una entità consegnata e fissata nella immobilità dei testi normativi; al contrario, è essa una verità progressiva che ogni giorno diviene, muta, progredisce. La esprime splendidamente il Nostro nel ricordo commemorativo dello storico del diritto Edouard Beaudoin: « Ceux qui interprètent le droit, pris dans son évolution actuelle, concourent en quelque sorte à la formation incessamment progressive de la vérité juridique: il s'agit d'une vérité qui se crée tous les jours »⁽²¹¹⁾.

Si tratta di un'operazione di spossessamento: il legislatore non è più l'unico detentore della verità giuridica, ma viene costretto a dividerla anche con altri personaggi, e cioè gli applicatori della legge. Con due conseguenze rilevatissime: si sfuma, o almeno non ha più le nettezze segnate nella dottrina ufficiale, il discrimine fra legislatore e interprete; il momento interpretativo/applicativo perde la sua passività, diventa momento coinvolto nella creazione del diritto e vede ingigantita la sua funzione e anche il suo prestigio.

Il momento interpretativo-applicativo infatti non si riduce più alla mera conoscenza della legge. La conoscenza della legge e della sua logica interna è soltanto un elemento che va dialetticamente messo in contatto e frizione con i fatti sociali progredienti, che furono ignoti al legislatore e che unicamente l'applicatore è in grado di apprezzare. L'attività intellettuale dell'applicatore va perciò ben oltre il ruolo del « grammatico », e si prospetta invece come un insieme combinato di conoscenza, volontà, intuizione, giacché è unicamente dalla loro combinazione che si realizzerà il miracolo della creazione continua del diritto. Il salto abissale, che nella tradizione rigorosamente esegetica separava legislatore e interprete, se non si colma, almeno si sfuma e si attenua, nel momento in cui quest'ultimo viene sottratto alla prigione dei testi e messo in contatto diretto coi fatti, erigendolo ad apprezzatore dei fatti⁽²¹²⁾.

⁽²¹¹⁾ *Edouard Beaudoin*, cit., pp. 318-19.

⁽²¹²⁾ « Vous me direz, sans doute, que je confonds ici la compétence exigée du législateur avec celle réclamée du juriconsulte. Pour faire une loi, il faut pouvoir en apprécier par avant tous les résultats économiques et sociaux; pour l'appliquer il suffit, dit-on, de la bien connaître. Mais c'est précisément cette distinction que nous n'admet-

Occorre pertanto che i presupposti, le basi, i limiti della « méthode d'interprétation juridique » — in una parola, la sua concezione e il suo spazio — mutino ⁽²¹³⁾, serbando visibile traccia della rivoluzione che ha investito la riflessione scientifica sul diritto. Improntata alla più generale « méthode historique » e perciò solo in minima parte conoscenza del testo, l'interpretazione è prevalentemente « adaptation évolutive du texte », consiste in « une méthode d'adaptation » ⁽²¹⁴⁾. Infatti, il diritto — come puntualizza Saleilles in una pagina che ho sopra già commentato — non è la legge da sola, e nemmeno la giurisprudenza da sola, ma « la loi dans l'interprétation vivante qui lui donne la jurisprudence » ⁽²¹⁵⁾.

È ovvio il ruolo centrale — « rôle considérable » ⁽²¹⁶⁾ — che quest'ultima assume al centro dell'ordine giuridico, ed è altrettanto ovvio che si ipotizzi per essa un « très large pouvoir d'interprétation » ⁽²¹⁷⁾, una « très large initiative » ⁽²¹⁸⁾. Il diritto di Saleilles è per buona parte diritto giudiziale, giacché è soltanto da una giurisprudenza libera e vigile sulle mutazioni, consapevole « des coutumes et des usages qui se créent, des idées qui évoluent, des besoins qui sollicitent une solution de justice » ⁽²¹⁹⁾, che ci si aspetta — e dipende — l'ordine giuridico come armonia sostanziale e non pura forma o violenza legale. In questa ottica, è singolare e forzosissima la prospettiva di un *Code civil* come di un sistema legale fatto più di vuoti che di pieni, tutto vocato e teso a farsi realizzare capillar-

tons plus » (*Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, cit., p. 318).

⁽²¹³⁾ È una istanza che affiora subito (cfr. *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, cit., pp. 490-91). E viene formulata in maniera icastica appena che il contatto con liberi approcci comparatistici di studio rende evidente l'incapacità della vecchia metodologia a ordinare efficacemente le realtà economiche nuovissime (cfr. *Contribution à l'étude des méthodes juridiques — A propos d'un livre de M.A. Sraffa*, cit., p. 220).

⁽²¹⁴⁾ *Méthode historique et codification*, cit., pp. 14-15.

⁽²¹⁵⁾ *Ibidem*, p. 17. Eloquenti le pagine della *Allocution à la séance de clôture de la Conférence Bufnoir le 1er juin 1911*, cit., *passim*.

⁽²¹⁶⁾ *Ecole historique et droit naturel*, cit., p. 84; *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 100.

⁽²¹⁷⁾ *Ecole historique et droit naturel*, cit., p.101.

⁽²¹⁸⁾ *Conception et objet de la science du droit comparé*, cit., p. 404.

⁽²¹⁹⁾ *Allocution*, in *Les méthodes juridiques*, cit., p. XXII.

mente da una giurisprudenza « souple et hardie » integratrice e modificatrice ⁽²²⁰⁾.

Si dirà: e la dottrina? Fin qui non se ne è parlato, se non di sfuggita. C'è spazio nella visione di Saleilles per la interpretazione dottrinale? Senza dubbio sì, e gli si farebbe torto se ci si arrestasse a una affermazione troppo netta sul ruolo dei giudici; la quale è e resta valida, perché è al momento giudiziale che si guarda come effettiva promozione dell'ordinamento, ma deve esser resa più completa e anche più « nuancée », per usare una terminologia saleillesiana.

Dal 1890 al 1911 — prendo come punti di riferimento il primo saggio metodologico e le lezioni su « Droit civil et droit comparé » — Saleilles ha fatto un costante riferimento anche alla scienza giuridica ⁽²²¹⁾ affidandogli il compito, a essa peculiare, di fissazione di principii, di costruzioni giuridiche teoricamente elaborate che fungano da « ossature juridique » ⁽²²²⁾ per le intuizioni e soluzioni specifiche, concrete, individue, dei tribunali; l'ha costantemente esortata a fungere da sollecitatrice, con un richiamo preciso a mettersi alla testa del movimento rinnovatore, a costituirne l'avanguardia, richiamo che troviamo significativamente ripetuto nel primo e nell'ultimo saggio ⁽²²³⁾.

⁽²²⁰⁾ « le Code civil français a été rédigé et formulé de telle sorte qu'il ne pouvait fonctionner qu'à l'aide d'une jurisprudence souple et hardie, susceptible de combler les lacunes du texte et d'en adapter les dispositions à toutes les nécessités successives qui pourraient se faire jour » (*Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 104).

⁽²²¹⁾ *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, cit., p. 496 e p. 498; *Droit civil et droit comparé*, cit., p. 22 ss. La costanza di un simile atteggiamento è documentata anche nella *Lettre de M. Saleilles* al Presidente della « Société d'études législatives » sulla revisione del Codice civile, in *Bulletin de la Société d'études législatives*, IV, 1905, p. 78 (« nul plus que moi n'a jamais réclamé plus large liberté d'allure en faveur de l'interprétation doctrinale et jurisprudentielle »). In quello che può considerarsi quasi il suo testamento metodologico, e cioè il discorso pronunciato alla seduta della Conferenza Bufnoir il 10 giugno 1911, egli ribadisce: « La doctrine est plus que jamais indispensable, une doctrine souple et nuancée, mais une doctrine enfin qui échappe à l'empirisme des espèces. C'est la seule garantie contre l'arbitraire des entraînements irréflechis » (*Allocution*, cit., p. 35).

⁽²²²⁾ È espressione dello stesso Saleilles (cfr. *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, cit., p. 49).

⁽²²³⁾ E sempre facendo riferimento ai soliti esempi/modelli dei giuristi romani e di quelli del vecchio *droit coutumier*. Cfr., *Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*, cit., p. 498; *Droit civil et droit comparé*, cit., p. 23.

Se la sua preferenza va alla interpretazione giudiziale, se egli assume questa come motore dell'ordinamento in marcia, è per una diffidenza legittima provocata in lui dalla funzione moderatrice e conservatrice assunta fino agli anni Novanta dalla stragrande maggioranza della civilistica francese, quella che riconosceva in François Laurent il proprio corifeo. Di questa pseudo-scienza, che si prefigge compiti tanto frustranti, che si preclude ogni contributo per la « évolution » del diritto, Saleilles ha timore, e preferisce affidarsi a una giurisprudenza che ha visto invece operare con coraggio, forse con non bastevole coraggio secondo lui che avrebbe desiderato maggiore ardimento, ma alla quale pur si doveva tutto quel nuovo di cui s'era arricchita l'esperienza francese durante il secolo.

La sua riflessione storico-giuridica del 1897 sulla natura delle società in accomandita si conclude con uno sfogo senza reticenze, che consente di veder chiaro nei reali intendimenti dell'autore: « l'heure presse et le moment est urgent. Ce n'est pas la jurisprudence que j'accuse: elle a su faire son oeuvre, timidement peut-être; elle a été hardie et osée, pas assez à mon gré; peu importe, elle va de l'avant. Mais c'est l'antagonisme entre la doctrine et la jurisprudence qu'il faut enfin faire cesser; la doctrine jusqu'ici s'est donné la mission d'un modérateur. Aujourd'hui ce que nous demandons pour elle, c'est un rôle d'avant-garde » (224).

Dopo questi chiarimenti sul ruolo che dottrina e giurisprudenza han da svolgere nel nuovo modulo interpretativo, si può senza indugio esaminare la definizione che di questo è lo stesso Saleilles — evidentemente ben sicuro di sé — a fornire: « L'interprétation pourra se définir la science positive de l'application de la loi, conformément à son but initial, en vue de son adaptation aux nécessités du présent, et sous la garantie d'une orientation générale des relations collectives de l'avenir, mais à la double condition de l'envisager dans ses rapports avec l'unité du système juridique et dans ses rapports avec l'ensemble de la vie sociale du pays » (225).

Una definizione, che non ci sorprende davvero e che già tutte le precedenti notazioni sul concetto di legge lasciavano presagire; una

(224) *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, cit., p. 49.

(225) *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, cit., p. 100.

definizione che esprime bene la complessità del sistema di rapporti — escogitato da Saleilles — fra legge, interprete, fatti sociali, e cioè la concatenazione garantistica fra un testo ineliminabile, il *cadre*, e l'azione libera dell'applicatore, il quale si appoggia formalmente al testo quale *base e point de depart* ⁽²²⁶⁾, ma può smentirlo se le esigenze effettive lo domandano e a condizione che l'invenzione nuova si inserisca nell'unità del sistema giuridico e nella vita sociale complessiva della nazione francese.

Si riproducono qui — e non può non essere altrimenti — le vaghezze, le fumosità, le incoerenze segnalate a proposito della nozione di legge: « nous admettons encore la *dura lex sed lex*, car la loi est la loi. Mais là où la loi est muette ou indécise, et surtout là où, à la place de la loi écrite, il faut substituer le *jus* de la doctrine et des tribunaux, nous dénierons la qualité de droit à tout *summum jus* qui risquerait d'être une *summa iniuria* » ⁽²²⁷⁾. Ancora: « respect absolu de la loi, tant que le juge, seul arbitre de l'évolution légale, n'aura pas incliné le texte dont il est, non pas le gardien farouche, mais l'interprète intelligent, dans le sens des postulats nouveaux d'équité et de justice » ⁽²²⁸⁾.

Si ripetono quelle affermazioni combinate — che già conosciamo — di rispetto della legge e di rispetto dell'equità, che proprio nella loro combinazione e nella loro palese disarmonicità rivelano una sottostante, profonda, insuperata antinomia.

Il risultato è che la legalità saleillesiana si prospetta come sempre più formale cedendo alle esigenze dell'adattamento: che l'interprete debba avere per scopo finale il raggiungimento della soluzione *giusta* passando « par voie de technique et de construction juridique fondée sur l'ensemble des textes dont il dispose » ⁽²²⁹⁾, rischia d'apparire un discorso di sostanziale ipocrisia nella richiesta ai *textes* di fungere comunque da copertura formale d'un'operazione politica del giudice. E la teoria saleillesiana dell'interpretazione — al pari della sua teoria organica della legge, della quale è filiazione —, tesa com'è a conciliare

⁽²²⁶⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽²²⁷⁾ *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, cit., p. 324.

⁽²²⁸⁾ *Ibidem*, p. 325.

⁽²²⁹⁾ *Ecole historique et droit naturel*, cit., p. 102.

l'inconciliabile, a salvare una parvenza di legalità senza operare costrizioni al progresso sociale, proprio nella sua ambiguità, nelle sue soluzioni insoddisfacenti, diventa speculare di una sincera e tormentata vicenda intellettuale contesa tra forze e valori in contrasto.

Dietro le soluzioni coraggiose si profilano spettri sgradevoli: dietro l'equità giudiziale, l'arbitrio incontrollato del giudice; dietro la elasticizzazione della legge ai fatti, l'anarchia giuridica. E a ogni piè sospinto riaffiorano i valori della legalità e della certezza a turbare l'animo di chi pur aveva imboccato con convinzione la strada del nuovo ⁽²³⁰⁾. Forse, con una accentuazione nel Saleilles della estrema maturità. Se nel '97, immerso pienamente nelle nuove invenzioni giuridiche in tema di incidenti sul lavoro, non aveva esitato a condannare le vecchie logiche in nome del conseguimento dell'equità (e respingendo la viltà della « peur de l'arbitraire » ⁽²³¹⁾, già nel 1907 la lettera a Paul Desjardins si conclude in una percezione più complessa del problema e nel disegno — appena delineato — del progetto « de concilier l'idée d'une sorte de droit coutumier judiciaire avec le maintien de la suprématie légale » ⁽²³²⁾; tre anni

⁽²³⁰⁾ *Ibidem*, p. 102 ss.

⁽²³¹⁾ Proprio riferendosi al giudice dell'antico regime munito di poteri assai larghi ma nel tempo stesso efficacemente inseriti in un capillare sistema di garanzie e di limiti, egli esclama: « Pouvoir arbitraire du juge, a-t-on dit, supprimons tout cela! Et en effet on l'a supprimé, mais l'arbitraire subsiste, parce qu'il ne peut pas ne pas subsister; mais il subsiste, moins les règles qui le dominaient et l'empêchaient précisément d'être l'arbitraire pour devenir l'équité. Par peur de l'arbitraire nous supprimons l'équité; et nous appelons cela, je ne dis pas en droit moderne, mai en droit napoléonien, de la simplification, de la logique et de la justice » (*Les accidents de travail et la responsabilité civile*, cit., p. 39).

⁽²³²⁾ Mette conto di trascrivere il testo conclusivo della *lettre*: « Or, nous ne voulons, à aucun prix, de l'anarchie judiciaire... nous voulons que nos juges, comme jadis à Rome et aujourd'hui encore en Angleterre, soient soustraits à la servitude légale, pour devenir des agents du progrès social dans l'application du droit. Seulement, il faut, pour cela, créer des méthodes d'interprétation qui échappent à l'arbitraire et qui assurent le règne de la loi, tout en faisant la part de l'évolution progressive du droit. Il s'agit de concilier l'idée d'une sorte de droit coutumier judiciaire, avec le maintien de la suprématie légale; et ceci ne se fait pas par les à-coups de subjectivisme et d'arbitraire d'un ou plusieurs "bons juges". Il y faut une élaboration scientifique très sûre et très longue, une éducation pratique très traditionnelle, et une psychologie très pénétrante » (*Lettre à M.P. Desjardins sur l'enseignement du droit*, cit., p. 48). Testo complesso, dove è notevole lo spazio fatto alla scienza e dove non si può non sottolineare il richiamo a « une éducation pratique très traditionnelle ».

dopo, le lezioni parigine di diritto civile comparato, senza smentire le idee in lui consolidate, sono percorse dall'incubo di un « double danger, péril d'arbitraire et péril d'incertitude juridique »⁽²³³⁾, con una intensificazione — mai prima di allora così vistosa — del ruolo oggettivo della scienza e delle sue costruzioni sistematiche quali argini al possibile soggettivismo del giudice.

Nel 1911 si è ormai tutta consumata l'esperienza sconcertante di Paul Magnaud, ed Hermann Kantorowicz ha già fatto echeggiare per tutta Europa il suo acceso manifesto giusliberistico. Ai suoi studenti parigini Saleilles, consapevole di possibili fraintendimenti nelle sue tesi di fondo in tema di legge e di interpretazione della legge, tiene a dare un messaggio di segno diverso: « vous pourriez croire que c'est la thèse du « bon juge » que je prétendrais soutenir... Rassurez-vous, car c'est plutôt un système tout contraire que je vous enseignerai, aussi éloigné que possible du subjectivisme purement individuel »⁽²³⁴⁾. Gli esiti assolutamente giusliberistici di quelle nuove visioni, di cui egli si era fatto tra i primi portatori, se non conducono a ripensamenti sostanziali, fanno emergere l'esigenza di qualche freno consistente.

8. Saleilles non era un metodologo, era — lo si sa — un civilista, ossia un giurista avvezzo a verificare e misurare il suo sapere nel tessuto di assetti organizzativi concreti del sociale. I suoi principi metodici non restano mai campati in aria, ma tendono a tradursi in scelte positive e trovano il loro puntello necessario negli istituti che ordinano la vita quotidiana del diritto. Sia per tener dietro all'atteggiamento proprio di Saleilles, sia per offrire qualche verifica corposa delle proposte generali di cui s'è discorso finora, si scenderà brevemente, nelle poche pagine che seguono, su un terreno operativo, constatando alcune peculiari e significative applicazioni del metodo saleillesiano.

La scelta si è appuntata sui tre istituti, che, più di altri, mi sono

⁽²³³⁾ *Droit civil et droit comparé*, cit., p. 19. Ma cfr. anche il testo della *Allocution* citata alla nota 219.

⁽²³⁴⁾ *Ibidem*, p. 10. Anche nella chiusura, ricordata alla nota 232, della « Lettre à M. Desjardins » campeggia chiaro il riferimento al *bon juge Magnaud*.

parsi un autentico terreno sperimentale per il civilista borgognone:

a) Saleilles entra in contatto con il problema di una possibile successione a titolo particolare nel debito grazie ai suoi primi studi sulla teoria generale delle obbligazioni nel primo *Entwurf* di Codice civile germanico ⁽²³⁵⁾ e alla lettura della *brochure* del grande giurista austriaco Josef Unger sulla «Schulduebernahme» ⁽²³⁶⁾, *brochure* che egli prontamente segnala al pubblico francese ⁽²³⁷⁾.

I tedeschi avevano dato una soluzione positiva al problema, partendo da una concezione della obbligazione come perfettamente svincolata dalla personalità del debitore: l'obbligazione, nella sua essenza giuridica, è un valore economico oggettivo, ed è legittima l'idea di una mobilitazione della qualità di debitore senza che il relativo diritto ne esca modificato. Più difficile era stata per Unger la soluzione del problema, giacché il Codice austriaco del 1811, ancora vigente nel 1889, non conoscendo altro espediente tecnico per far passare un debito in capo a un altro soggetto se non la novazione, è visibilmente ispirato alla concezione romana affermando il carattere essenzialmente personale di obbligazione e alla conseguente incredibilità del rapporto obbligatorio nel suo profilo passivo; se Unger arriva ad ammettere una cessione del debito anche durante la vigenza dell'ABGB, è perché ritiene fermamente che una concezione — quella romana di obbligazione —, anche se fatta propria da un testo di legge, non ha alcun carattere normativo e non vincola i futuri destinatari della norma, essendo l'insieme delle concezioni-costruzioni una realtà squisitamente scientifica, cioè affidata alla scienza e non al legislatore, e sottoposta a una continua revisione.

Saleilles, con il suo *Code civil* ispirato saldamente, sul punto, dalla tradizione romanistica, sta nella stessa posizione di Unger e ne approva incondizionatamente la conclusione. Trova, anzi, nella soluzione affermativa anche per l'ordinamento francese, un tipi-

⁽²³⁵⁾ *Etude sur la théorie générale des obligations d'après le projet de Code civil allemand*, 1889, cit.

⁽²³⁶⁾ J. UNGER, *Schulduebernahme*, Wien, 1889.

⁽²³⁷⁾ Nella recensione, già più volte citata, che pubblica sul *Bulletin de la Société de législation comparée*, XIX, 1889-90, p. 150.

co terreno di verifica per la sua impostazione teorica a livello di fonti.

Che cos'è — si domanda — questa costruzione tecnica dei tedeschi? È il frutto tutto soggettivo della inventiva di Delbrück ⁽²³⁸⁾ e di altri giuristi? « Non; c'est le développement d'une idée; un principe est posé, toute la question est de l'admettre: acceptez-vous que l'obligation ait une réalité juridique objective, en dehors de la personne du débiteur? » ⁽²³⁹⁾.

Nella visione riduttiva della portata del Codice, che è propria di Saleilles, l'ammissione del nuovo principio è rimessa alla libera volontà delle parti, giacché non è nei poteri del legislatore di creare teoriche e proporre concezioni scientifiche che inchiodino il futuro; sempre, ovviamente, che non si tocchi la sfera riservata dell'ordine pubblico e che le soluzioni — che il nuovo principio comporta — non si pongano come esclusive impedendo alle parti di adottare principii e soluzioni ammessi dal Codice ⁽²⁴⁰⁾. « Le code Civil, s'en tenant aux idées anciennes, a présumé que la personne du débiteur avait été prise en considération pour l'exécution même de l'obligation; mais ce n'est qu'une présomption et on ne peut en conclure que les parties doivent forcément la subir et qu'elles n'aient pas le droit de la rejeter » ⁽²⁴¹⁾;

b) al termine di una lunga ricerca sulle società in accomandita — per buona parte storico-giuridica — Saleilles arriva alla conclusione, perfettamente in accordo con la sua valutazione riduttiva della codificazione francese, che il *Code civil* e il *Code de commerce* hanno inteso rinviare alla tradizione giuridica dell'*ancien droit* per quanto concerne la natura giuridica di quegli istituti e soprattutto il rapporto fra società e patrimonio sociale ⁽²⁴²⁾.

Nella secolare prassi consuetudinaria, accanto a strutture societarie che costituivano delle vere e proprie persone giuridiche — « personnes fictives » — si collocavano anche assetti sociali dove la piattaforma patrimoniale — organizzata come proprietà —

⁽²³⁸⁾ Saleilles fa gran conto dell'opera di BERTHOLD DELBRÜCK, *Die Uebernahme fremden Schulden nach gemeinem und preussischem Rechte*, Berlin, 1853.

⁽²³⁹⁾ *De la cession de dettes*, cit., p. 26.

⁽²⁴⁰⁾ *Ibidem*, p. 41.

⁽²⁴¹⁾ *Ibidem*, p. 43.

⁽²⁴²⁾ *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, cit., p. 45.

respingeva l'idea atomistica del condominio romano arrivando a strutturarsi in patrimonio separato indisponibile dai socii, che realizzava l'unità aziendale e fungeva da garanzia per i crediti sociali; ed emerge alle pagine di Saleilles il disegno della proprietà a mani riunite, antico ed esiliato strumento della prassi europea medievale, quale schema congeniale anche a parecchie singolari figure associative commerciali.

Quel che qui preme non è l'ipotesi saleillesiana presa di per sé, bensì quale pretesto « de revendiquer pour le droit moderne, sous l'empire même du Code civil et au nom en quelque sorte du Code civil lui-même, la conception de patrimoines de ce genre »⁽²⁴³⁾, di rivendicare per le parti la libertà di estendere simili modelli organizzativi del reale anche al di là del terreno specificamente societario: « pour en décider autrement il faudrait introduire ici une idée nouvelle, celle d'un principe de droit public, et considérer qu'il était d'ordre public de ne pas créer de nouvelles formes de la propriété en dehors de celles admises par la loi; autant dire que la propriété est de pure création légale et qu'elle ne peut exister que conformément au moule légal; et voilà certes qui ne ferait que trop beau jeu aux socialistes! Qui oserait prétendre que ce fût la doctrine du Code civil? »⁽²⁴⁴⁾.

Il *moule légal* va minimizzato, la sua *étroitesse* allargata, in modo che la vita sociale possa liberamente dare il suo contributo e ossigenare l'universo giuridico. Per l'interprete di un Codice civile — dice conclusivamente Saleilles con una punta d'ironia — « il ne faut pas seulement se cantonner dans le droit privé.... Pour interpréter un Code de droit civil, il faut surtout faire du droit public et de l'économie politique »⁽²⁴⁵⁾. Conoscere, insomma, bene i limiti intangibili d'ordine pubblico e la realtà economica con le sue esigenze. Al di là di quei limiti ristretti la creazione perenne dell'ordinamento deve avvenire senza restrizioni, assumendo modelli giuridici anche al di là della cultura ufficiale, in altri, diversi, forse opposti, filoni culturali verso cui la disinvoltura intellettuale di Saleilles non ha prevenzioni. La *Gesammte Hand*, che a Saleilles raccomandava con voce suadente il suo prediletto Gierke, poteva e

⁽²⁴³⁾ *Ibidem*, p. 46.

⁽²⁴⁴⁾ *Ibidem*, p. 47.

⁽²⁴⁵⁾ *Ibidem*, p. 48.

doveva essere recuperata dall'esilio, al quale la cultura individualistica trionfante l'aveva condannata;

c) intorno agli enormi problemi che sullo schema giuridico della responsabilità civile viene inevitabilmente a proiettare l'organizzazione della moderna società industriale, Saleilles, come abbiamo sopra visto, torna più volte con curiosità e attenzione. Lo attrae soprattutto il problema, etico prima ancora che giuridico, della responsabilità per gli incidenti sul lavoro, cui dedica nel '97 una *brochure* giustamente famosa negli annali della scienza giuridica francese ⁽²⁴⁶⁾, e l'anno dipoi una interessantissima conferenza ⁽²⁴⁷⁾, interessante perché — pronunciata *extra moenia* — è redatta da un Saleilles straordinariamente franco e confessorio ⁽²⁴⁸⁾.

La soluzione saleillesiana è nota, ma ripetiamola per nostro uso, mettendola in rapporto con tutto l'ideario del nostro civilista in tema di fonti e di interpretazione del diritto così come l'abbiamo disegnato nei precedenti capitoli: di fronte a un fenomeno sociologicamente nuovo quale quello della macchina e dei suoi ingranaggi che dominano l'uomo più che esserne dominati, occorre superare « les formules traditionnelles » accolte nell'art. 1382 del *Code civil* e che parlano soltanto di una responsabilità per colpa ⁽²⁴⁹⁾. Seguendo talune intuizioni giurisprudenziali, senza affidarsi alla vana attesa di interventi legislativi, i quali o non verranno o verranno — comunque — troppo rigidi e forzosi ⁽²⁵⁰⁾, occorre costruire una obbligazione legale derivante dal solo fatto dell'incidente ⁽²⁵¹⁾.

⁽²⁴⁶⁾ *Les accidents de travail et la responsabilité civile (Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle)*, cit.

⁽²⁴⁷⁾ *Le risque professionnel dans le Code civil*, cit.

⁽²⁴⁸⁾ È infatti pronunciata in seno alla « Société d'économie sociale » . Saleilles, convinto e compiaciuto del suo operato, si sente autorizzato a una particolare franchezza dalla qualità dei suoi uditori, in prevalenza non-giuristi e tali da non scandalizzarsi per le sue proposizioni ereticali: « comme idée juridique, j'ai bien peur d'avoir commis une bien grosse hérésie... mais vous n'êtes pas les gardiens du Code civil » (*Le Risque professionnel*, cit., p. 635).

⁽²⁴⁹⁾ *Le risque professionnel*, cit., p. 636.

⁽²⁵⁰⁾ Saleilles trova modo di ribadire più volte la propria sfiducia nello strumento legislativo (cfr. *ibidem*, pp. 637, 638 e 643) e di vedere invece un mezzo immediato ed efficace di progresso giuridico nella interpretazione giudiziale: « je suis loin de dire que cela doive suffire à tout: mais je tiens que, comme principe, c'est excellent » (*ibidem*, p. 637).

⁽²⁵¹⁾ *Ibidem*, pp. 640-41.

L'art. 1384 — « un de ceux que l'Europe nous envie » ⁽²⁵²⁾ — serve alla bisogna; parlando espressamente di responsabilità « par le fait des choses que l'on a sous sa garde », si presta a essere interpretato organicamente secondo i canoni saleillesiani, a essere cioè immerso nel divenire dei fatti sociali progredienti e ad avere un contenuto storicamente adeguato mediante quegli *élargissements* e *assouplissements*, che sono la grande arma dell'interprete nuovo. Se ne ricava, insomma, grazie a una conveniente elasticizzazione della nozione di *garde*, una « responsabilité du fait des choses » basata non sul principio della colpa ma su quello del rischio, del rischio d'impresa, del rischio professionale, che per il tramite di questo testo di legge così pronò ed elastico (o, almeno, inteso come tale) viene a trovar cittadinanza sparuta nel sistema del Codice.

Nella conferenza del '98 Saleilles, che parla a degli economisti e a dei sociologi, si spinge oltre, anche se — come egli stesso ammette — « en hérétique impénitent » ⁽²⁵³⁾: cogliendo nell'art. 1384 il testo che fissa la portata e le condizioni di applicazione dell'art. 1382, egli ne ottiene il principio generale che « la responsabilité de tout fait positif qui causait dommage à quelqu'un, en vertu de l'article 1382, était une responsabilité purement objective, fondée sur l'idée de risque et indépendante de toute faute prouvée et établie » ⁽²⁵⁴⁾. Il delitto civile viene a caratterizzarsi « uniquement par sa matérialité », « par son côté objectif » ⁽²⁵⁵⁾. Saleilles, consapevole che il rischio professionale « c'est le risque de la vie moderne » ⁽²⁵⁶⁾, gli ha voluto dar cittadinanza nell'ordine giuridico francese. Di più: nel *cadre* del sistema legislativo codificato. Ha voluto farlo, costi quello che costi, tenendo dietro alle istanze etiche e culturali della sua *méthode historique*.

⁽²⁵²⁾ E Saleilles sembra sottintendere: per la sua laconicità, per la sua vaghezza, per la sua disponibilità ad essere elasticizzato. Son questi i pregi che il Nostro ha sempre proclamato per l'intero Codice Napoleone.

⁽²⁵³⁾ *Ibidem*, p. 644.

⁽²⁵⁴⁾ *Ibidem*, pp. 644 e 645.

⁽²⁵⁵⁾ *Ibidem*, p. 645.

⁽²⁵⁶⁾ *Ibidem*, p. 646.

UN GRANDE GIURISTA DEL NOSTRO TEMPO.
FRANZ WIEACKER (1908-1994)

1. Giusromanista, storico del diritto medievale e moderno, filosofo e teorico del diritto, civilista, Franz Wieacker appartiene al nòvero di quei giuristi — un manipolo, per vero, oggi sempre più sparuto ma fino a ieri folto di uomini e vivo di forze — che, per ingegno nativo indocile a chiusure e per inusitata capacità di ricerca, sono stati in grado di scrutare e incidere a fondo nei territori più disparati dell'universo giuridico. In questa sede, chiamato dalla vigile attenzione di Alberto Trabucchi a parlare del grande Amico scomparso, sarà allo storico del diritto moderno e al civilista che soprattutto si guarderà, non dimenticando tuttavia per un solo istante una cautela che diventa guida indispensabile per un approccio adeguato a Wieacker: si tratta di un personaggio straordinariamente unitario. In lui lo storico, il teorico, il tecnico del diritto non sono dimensioni separabili; al contrario, l'una ha vita e vitalità dall'altra e con l'altra, in una costante reciproca indispensabile integrazione.

Pochi *Wissenschaftler* hanno percepito — e soprattutto vissuto e realizzato — quanto lui la complessità del giurista — di quello autentico —, bisognoso di arricchirsi della fusione fra le dimensioni storica teoretica e tecnica, specchio di quella scienza giuridica che è unitaria e che soltanto la pochezza degli uomini e gli artifici accademici possono scomporre a piacimento. In particolare, in lui, il proprio essere storico del diritto — lo coglieremo meglio fra poco — diventa irrobustimento della capacità di lettura del civilista; in lui la coscienza del divenire storico non solo non sfoca lo sguardo dell'indagatore del diritto vigente ma consente la più precisa messa a fuoco degli occhiali strettamente civilistici. È solo con questa consapevolezza della unitarietà del personaggio che una puntuale compren-

sione sarà possibile, ed è solo muniti di essa che ci accingiamo a delineare la sagoma singolare della sua figura.

2. Singolarità che cominciava ad esprimersi financo in quel suo tratto esteriore della persona, che l'interlocutore trovava — via via che il colloquio si distendeva e la familiarità si accentuava — in perfetta coerenza con il sottostante profilo interiore, col personaggio, con l'uomo di cultura, il giurista: un volto roseo e infantile ma incisivo, protetto ed esaltato da una capigliatura leggera bianchissima fantasiosa; uno sguardo dolce ma penetrante; un discorrere mite ma deciso; un vestire decoroso ma sempre dimesso.

Quell'uomo, che frequentava con affabilità i nostri Congressi ovunque invitato e auspicato, quel meraviglioso parlatore di tante lingue che girava il mondo come fosse casa sua ovunque accolto quasi un familiare e un amico, ovunque cittadino e mai straniero, ovunque a suo agio come soltanto può sentirsi il partecipe d'una sconfinata repubblica sapienziale, quell'uomo sembrava esprimere fin dalla sua figura alcuni caratteri tipizzanti; soprattutto due: l'umiltà e la fantasia.

L'umiltà dei veramente forti e dei veramente sapienti, una umiltà consapevole, che crede nella dialettica dei confronti, che misura la propria verità alla luce di quella dell'altro, che porta a un sapere essenzialmente problematico. Di questo va dato ampiamente atto a Wieacker, a tutta la sua opera: ogni conclusione, dalla più arrischiata alla più fondata, non perde mai una intima impostazione problematica, è sempre una ipotesi di lavoro che chiede il vaglio e la verifica degli altri studiosi. Un momento elementare ma insopprimibile della epistemologia wieackeriana è la problematicità della scienza, della scienza giuridica; e si capisce il saluto cordiale e la difesa pronta che egli volle dare a quel libretto di Theodor Viehweg « *Topik und Jurisprudenz* » che, al di là delle sommarietà che gli avevano attirato molti strali da parte della dottrina tedesca e che non garbavano certo nemmeno al Nostro, poteva vantare per lui il merito sacrosanto di aver sottolineato il carattere squisitamente topico, cioè problematico, della scienza giuridica ⁽¹⁾.

(1) Si veda la sua recensione in *Gnomon*, 27 (1955), p. 367 ss.

Umiltà, umiltà come disponibilità al problema, che, proprio in questa sua veste, si sposa perfettamente con la fantasia; e qui conviene soffermarsi per un momento, giacché siamo di fronte a un tratto altamente interpretativo. L'opera di Wieacker è infatti all'insegna della fantasia; egli è stato davvero un personaggio sommatamente fantasioso.

In una recente nota commemorativa ⁽²⁾, io ritenevo di insistere e precisare: « fantasia mediterranea », e coglievo nel Maestro di Göttingen il più mediterraneo dei giuristi tedeschi. Credo che ciò sia percepibile anche a un osservatore superficiale. Eccellente conoscitore e innamorato delle lingue latine, affascinato dalla civiltà mediterranea, familiarizzato a questa civiltà per lunghi soggiorni di studio e per un fitto tessuto di amicizie e di sodalità, Wieacker se ne è intriso nel profondo; e la sua opera ha fatto spicco tra la severità ma anche tra la piattezza degli studi giuridici in Germania dagli anni Trenta in poi. Se il lettore italiano, sgomento della equivocità del termine « fantasia », ne pretende un contenuto più precisato, gli risponderò pronto che penso a qualcosa di ben lontano da una sorta di futurismo giuridico, una mescolanza di bizzarria e arbitrio, può darsi gradevole ma scientificamente inaffidante. Qui fantasia sta a segnare il naturale sviluppo d'una coscienza problematica, è consapevolezza che un discorso scientifico non può essere ridotto in termini puramente e semplicemente razionali, che il sapere scientifico non è solo logica e sistema ma intuizione. Fantasia significa uno scienziato che non si lascia seppellire dalla logica e — mi verrebbe quasi la voglia di dire — dalla contabilità dei dati positivi, ma, percependo anche la dimensione dell'irrazionale, riesce a collocarli in un reticolato più ampio presente ma inespresso, li sorprende nella loro carica creativa inserendoli in un divenire, ne coglie la progettualità mettendo in frizione presente e futuro. Come ha sottolineato un avveduto cultore italiano del diritto civile e commerciale in un felice libretto che mi spiace sia rimasto troppo nell'ombra, qui fantasia è vista « nella sua funzione mediatrice di conoscenza fra (realtà) presente e futura » ⁽³⁾, una contemplazione del passato o del

⁽²⁾ Nella « pagina introduttiva » del vol. XXIII (1994) dei « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno ».

⁽³⁾ Il riferimento è a V. PANUCCIO, *La fantasia nel diritto*, Milano, 1984, p. 138 (su

presente che si eleva a progetto. Insomma, quella virtù grande che impedisce allo storico di diventare un erudito e al civilista di diventare un esegeta. E Wieacker è sempre stato l'opposto di un erudito e di un esegeta.

Il mio vecchio maestro Piero Calamandrei non era percorso dal pur minimo dubbio quando — cinquant'anni fa — affermava saccente che « i giuristi non possono permettersi il lusso della fantasia » (4). La sua è oggi una voce autorevole ma lontana, ben datata, espressione di un chiuso positivismo giuridico che consentiva al giurista un modestissimo discorso sillogistico e combinatorio a valle delle norme, voce per noi resa lontana da quella successiva e ricchissima corallità che ha colto il diritto quale dimensione vitale dell'esperienza, connesso a tutta la dovizia delle forze storiche d'una civiltà. A Calamandrei ribatterei che proprio per questa esperienza del diritto, scritto sempre sulla pelle degli uomini e non sulle nuvole del cielo, la fantasia è virtù suprema al giurista: perché egli deve poter vedere, al di là della logica d'un testo normativo, il gioco di forze spirituali culturali materiali in cui è immerso, e, per ciò stesso, cogliere il vigente e cogente se non come punto d'una linea, primizia e garanzia di futuro.

Ebbene, di questa consapevolezza, di questa vigilanza, di questa sensibilità Franz Wieacker è stato un convinto testimone. Io non so se egli si sia mai incontrato con le pagine tormentate e tormentanti di Capograssi, con quel rifiuto di immiserire il diritto come norma e come forma, con quell'alto e consolante reclamare il diritto all'esperienza e alla sua problematicità. Probabilmente, questo incontro non c'è mai stato, ma il giurista tedesco e il filosofo italiano del diritto parlavano uno stesso linguaggio, erano parimente espressioni di quel ripensamento degli anni Trenta del nostro secolo che mise a nudo le miserie del positivismo giuridico.

cui si può vedere la mia nota, dello stesso titolo, in *Quaderni fiorentini*, 15 [1986], p. 589 ss.). Oggi, una lettura di grande interesse è rappresentata dalle pagine recentissime di P. COSTA, *Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per una antropologia del giurista*, in *Diritto pubblico*, I (1995).

(4) V.P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina* (1942), ora in appendice a F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, N.E., a cura di G. Astuti, Milano, 1968, p. 176.

C'è una nozione che qui conviene sottolineare e su cui ha insistito a fondo come nessun altro giurista Wieacker, ed è quella di *stile*. Nessuno più di lui si è rifatto convintamente a questa nozione, nessuno più di lui ha individuato in essa la tipicità di una esperienza giuridica, nessuno più di lui l'ha assunta come fondamentale criterio interpretativo. Ma rifarsi ad essa significa rivendicare il carattere innanzi tutto méta-normativo del diritto, coglierne la genesi e l'as-sestarsi più nel costume che nelle tavole delle leggi, più nell'at-teggiarsi impalpabile d'una civiltà dietro molteplici forze che nella logica chiusa d'un sistema normativo. E il giurista è necessariamente qualcosa di ben diverso dal sordo contabile di quel sistema.

Il risultato, presente nella più vigile riflessione giuridica italiana da Santi Romano in poi, era il recupero del diritto al sociale, immediatamente, senza schermi ingombranti statualistici e pertanto formalistici, al centro di un pluralismo di forze ordinanti che, solo, poteva farne percepire tutta la ricchezza storica. Ma era lo stesso risultato perseguito anche Oltralpe, soprattutto in quell'area cultu-rale tedesca dove, nei primi venti anni del secolo, l'eversione giusli-beristica aveva meglio allignato e dove, in seguito, nel quindicennio di Weimar, le *Modernisierungstendenzen* e le *neue Organisationsfor-men* emergenti nell'ambito del *moderne soziale Rechtsstaat* avevano disegnato in modo accentuatamente pluralistico un ordine giuridico sempre meno semplice nelle sue commistioni tra privato e pubblico, sempre più complesso nella sua disponibilità a registrare il diversi-ficarsi e complicarsi dei fatti economici e sociali.

Wieacker, da questo clima certamente convulso e confuso di affioramenti, di avvio verso nuovi percorsi, di tentativi di costruzione di nuove categorie ordinanti, che vede impegnata la scienza giuridica tedesca sia del periodo weimariano sia del primo periodo nazional-socialista, assorbe due atteggiamenti che lo segneranno a fondo e che contraddistinguono tutta la sua operosità di giurista: un marcato antiindividualismo e un altrettanto marcato antiformalismo.

3. E qui giungiamo a una caratterizzazione più precisa del Wieacker giurista, che è necessario chiarire e sviluppare.

Può apparire singolare e falsante quell'accostamento or ora fatto indiscriminatamente tra momento weimariano e nazionalsocialista, ma, dal punto di vista della storia della scienza giuridica novecen-

tesca, v'è un elemento accomunante e anche un forte profilo di continuità malgrado le diversità di ideologie politiche: il richiamo alla comunità, al *Volk* come comunità, al *Volk* come depositario primo della giuridicità, anche se il *Volk* dei weimariani è un organismo socio-politico prodotto storico di molte forze mentre il *Volk* nazionalsocialista si connota immediatamente in un vincolo di sangue e in un primato del sangue.

Ai giuristi è un richiamo che serve per riscoprire le radici comunitarie del diritto, la sua genesi non da uno Stato-apparato ma dalla *Gemeinschaft*, la sua irriducibilità nelle forme astratte del diritto borghese e di quella Pandettistica ottocentesca che di esso era stata voce espressiva. Parecchi giuristi sentono il movimento sotto il segno della continuità; a loro la *Rechtserneuerung* — come allora si diceva — serve per uscire dalle secche del formalismo. I problemi della giustizia materiale si fanno più sentiti in un orizzonte che si colora maggiormente sotto il profilo sociale; alla astrattezza predicata fino a ieri, al timore di contaminare la purezza civilistica nelle miserie di fatti particolari, alla difesa strenua di una unità civilistica ben rispecchiata nel Codice unitario e onnicomprensivo, fanno ora riscontro l'infittirsi di leggi speciali che svuotano il codice in parecchi punti vitali, l'emergere di diritti speciali che i fatti nuovi reclamano, soprattutto quella *Wirtschaftsverfassung* cui ormai si dà grande attenzione non solo dal legislatore ma anche da giudici e dottrinarii (è del 1919 la significativa creazione presso l'Università di Jena di un « Institut für Wirtschaftsrecht » da parte di quel Justus Wilhelm Hedemann, il civilista che aveva avviato con atteggiamento critico lo studio dei « Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert ») ⁽⁵⁾. E la stessa concezione del sacrario delle fonti — fino a ieri la più semplice possibile in un assolutismo giuridico immobilizzato nella ferma monocrazia del *Gesetz* — si intorbida ma anche si amplia, dando spazii nuovi a quello strumento primario di adegua-

⁽⁵⁾ Nello stesso anno di fondazione del nuovo Istituto, Hedemann leggeva un discorso dal titolo e dal contenuto significativi: *Das bürgerliche Recht und die neue Zeit*, Jena, 1919. Hedemann, civilista che lavora per l'intero arco del primo cinquantennio del Novecento, incarna bene con la sua opera quella continuità di cui si parla nel testo.

mento delle forme e norme giuridiche ai fatti nuovi che è il giudice (6).

È un movimento intenso, assai coinvolgente, che percorre l'ordine giuridico dal '19 in poi e che ha momenti di indubbia continuità anche dopo il '33 nel senso che si è ora sommariamente segnato: basti pensare al *Kampf gegen das bürgerliche Recht* e contro il BGB, che inizia sotto Weimar e si sviluppa, dal 1934, nella cosiddetta *Kieler Schule* (7).

Questo troppo conciso abbozzo teso a sottolineare, malgrado il brusco mutamento di regime politico, alcuni motivi di continuità nella storia della scienza giuridica novecentesca, ha il solo scopo di cogliere in quale tessuto culturale, cioè di cultura giuridica, si situa e anche si motiva quella voce espressiva della storiografia giuridica e della civilistica tedesca che fu senza dubbio Franz Wieacker.

Egli infatti compie i suoi studi giuridici nei tardi anni Venti, pubblica il primo lavoro scientifico nel 1931 (8) ed ha nel decennio di imperio nazista una epifania distesa e compiuta. La sua formazione, il suo momento fertile è, sotto il profilo civilistico, proprio in quegli anni Trenta che, a dispetto del passaggio dalla *Weimarer Republik* al *Dritte Reich* e al *Führerstaat*, offrivano al giurista, particolarmente al privatista, sostanziali segni di rinnovamento e contrasto rispetto al diritto borghese ma di continuità in una sorta di nuova linea interpretativa tedesca dopo la prima guerra mondiale: rilievo di forze sociali ed economiche prima represses, una minore diffidenza per l'osmosi coi fatti, sensibilità a istanze di giustizia materiale, aduggiamento verso un ordine giuridico concepito come realtà formale, coscienza del nominalismo codificatorio, scetticismo sull'individuo come momento portante di quell'ordine, scetticismo

(6) Una corretta visione sintetica del complesso paesaggio storico-giuridico è offerta da K. KROESCHELL, *Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*, Göttingen, 1992, p. 49 ss. Maggiori informazioni in K.W. NÖRR, *Zwischen den Mühlsteinen. Eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik*, Tübingen, 1988.

(7) Sulla quale KROESCHELL, *Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*, cit., p. 83.

(8) A tutt'oggi, non esiste — ch'io sappia — una bibliografia completa del Nostro. Un imperfetto strumento bibliografico fino al 1978 può reperirsi in calce alla *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, hrsg. v. O. Behrends, M. Diesselhorst, H. Lange, C. Wollschläger, Göttingen, 1978.

anche sull'etica formale della libertà che lo sorreggeva come piattaforma ideologica, scetticismo infine sugli strumenti tecnici appositamente conati, come il « diritto soggettivo » savignianamente inteso quale potere riconosciuto alla volontà del singolo.

Tutto questo viluppo di motivi è ben presente nel primo Wieacker, ed è presente in lui come osservatore e testimone del suo tempo, diagnostico fedele d'una linea di tendenza nata poco prima, che appare espressiva e pertanto destinata a durare.

Una siffatta convinzione era avvalorata nel civilista dal suo essere anche storico del diritto, storico provvedutissimo del diritto moderno. Come quasi tutti i docenti tedeschi di Facoltà giuridiche, Wieacker ha sempre congiuntamente insegnato il diritto civile vigente insieme alla storia del diritto, congiunzione che in lui non risultò essere, come talvolta avviene, né una accessione forzata né una banale giustapposizione, bensì, come si diceva all'inizio, occasione preziosa di irrobustimento metodologico e di arricchimento culturale. In questa nostra Italia, dove siamo costretti a una separazione assoluta fra discipline che studiano o il diritto positivo o il diritto storico, io ho sempre guardato a una condizione quale quella di Wieacker con un certo sentimento di invidia (pur non nascondendomi i rischi, o di eclettismo, o di aservimento della dimensione storica alla vigente). Anche oggi, soprattutto oggi, ciò che più temo è la solitudine, sia del civilista sia dello storico del diritto, il primo ridotto o facilmente ridicibile (vi si è accennato, di passata, più sopra) a un mero esegeta, il secondo a un mero erudito, senza la possibilità di realizzazione di quella figura di giurista costruttore, sensibile e lungimirante, di cui si ha urgente bisogno per disegnare un ordine giuridico sempre più uniforme e sempre più sovra-statuale.

Un modello di giurista adeguato ai tempi, mi è invece apparso proprio Franz Wieacker, personaggio dalla doppia dimensione, la cui ricchezza derivava per l'appunto dall'aver vissuto appieno la propria complessità come integrazione dell'una dimensione nell'altra. Più che al romanista — sicuramente, fra i più grandi del secolo ⁽⁹⁾ — penso alla simbiosi magnifica e fertile fra il civilista e lo storico del diritto moderno. Mette conto che ci si soffermi su questo

⁽⁹⁾ Chi volesse saperne di più può leggere con profitto il ricordo che ne ha scritto D. SIMON, in *Rechtshistorisches Journal*, 13 (1994).

Wieacker modernista e sulla interrelazione profonda con il tecnico d'un diritto positivo.

Come si sa, si deve a Wieacker una compiuta, la più compiuta *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, apparsa in una prima smilza edizione nel 1952, e nel 1967 in una seconda quantitativamente e qualitativamente irrobustita ⁽¹⁰⁾. Accanto, v'è tutta una fioritura di saggi sparsi dedicati a protagonisti del pensiero giuridico moderno (Savigny, i fratelli Grimm, Jhering, Windscheid) ⁽¹¹⁾ o a punti nodali e svolte decisive della storia del diritto moderno; fra questi ultimi, significativissimi: « Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschafts », del 1953, che, quasi in anteprima, la vigile curiosità di Lorenzo Mossa volle tradotto in italiano sulla pisana « Nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale » ⁽¹²⁾; « Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen », del 1960 ⁽¹³⁾; « Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution », del 1969 ⁽¹⁴⁾.

Quel che più sorprende, in un giurista dalla formazione squisitamente romanistica, è la capacità di cogliere il « moderno » nella sua autonomia di forze portanti e non vederne in modo riduttivissimo un semplice anello della lunga ininterrotta e ininterrompibile tradizione romanistica ⁽¹⁵⁾; quel che sorprende è la valorizzazione anche del filone germanista di pensiero e di azione; quel che

⁽¹⁰⁾ Mi faccio un vanto di aver promosso la traduzione italiana di quest'opera fondamentale. Cfr. *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, voll. 2, trad. ital. di U. Santarelli e S.A. Fusto, Milano, 1980 (Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno, 7).

⁽¹¹⁾ In buona parte raccolti in: *Gründer und Bewahrer. Rechtslehrer der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte*, Göttingen, 1959.

⁽¹²⁾ Questo saggio, insieme ad altri, è stato tradotto in italiano (*Il modello dei Codici civili classici e lo sviluppo della società moderna*), con opportuna iniziativa, da G. Liberati nel volumetto collettaneo intitolato: *Diritto privato e società industriale*, Napoli, 1983.

⁽¹³⁾ Lo si può reperire tradotto in italiano (*Diritto civile e mutamento sociale*) nel volumetto ricordato alla nota precedente.

⁽¹⁴⁾ È tradotto in italiano, ed è ricompreso nel volumetto menzionato alla n. 12.

⁽¹⁵⁾ Anche se è doveroso prendere atto che, talvolta, la formazione romanistica continua a pesare. Wieacker, per esempio, non riesce a sbarazzarsi di quello strumento equivoco e anchilosante che è lo schema della *Rezeption*.

sorprende è l'occhiale con cui spesso si guarda al moderno, un occhiale germanisticamente messo a fuoco. Se si pensa a come le due tradizioni culturali si sono, in Germania, troppo spesso guardate in cagnesco, questa valorizzazione, questo occhiale complesso, hanno un solo significato: lo sforzo da parte di Wieacker di liberarsi di lenti deformanti, di storicizzare compiutamente, di operare una demitizzazione del moderno togliendolo dalle secche della propaganda romanistico-borghese.

Senza lenti deformanti, lo sguardo e l'analisi di Wieacker han dell'impietoso. Demitizzante è il suo disegno della Pandettistica ottocentesca dove, pur riconoscendo la congenialità del suo formalismo nella architettura del diritto borghese, è alla sua incapacità di adeguamento tecnico alle nuove esigenze socio-economiche che si presta attenzione⁽¹⁶⁾; e si riconosce invece con franchezza alla « germanistica » il merito di aver dato un contributo decisivo per la edificazione di nuovi schemi tecnici e soprattutto del moderno diritto commerciale⁽¹⁷⁾. Demitizzante è l'ottica con cui si guarda al BGB, al suo *Allgemeiner Teil*, al presidio che esso rappresenta dell'unità civilistica, perché si insiste sulle insensibilità della maestososa costruzione legislativa — che aveva alla sua base, invisibile ma inequivocabile, la firma di Bernardo Windscheid — verso nuovi settori emergenti (per esempio, il diritto del lavoro) o nuove figure giuridiche (per esempio, la locazione dei fondi rustici e degli alloggi come regimi profondamente differenziati).

Il diritto privato classico, che la scienza ottocentesca consolida su fondamenti romanistici e giusnaturalistici, segnala a Wieacker uno iato profondo tra forme giuridiche e società; è senza dubbio il diritto di una società di pionieri (i primi imprenditori del maturo capitalismo tedesco) che vuol forgiare strumenti all'insegna della propria spregiudicata libertà di azione, ma è anche un diritto che manovra, recando in sé tracce vistose di elementi patriarcali, dei modelli concettuali pre-industriali e pertanto inadatti: si pensi a quella nozione di *Sache* che, ancora nel § 90 del BGB, è nulla più e nulla meno che la *res corporalis* di Gaio; si pensi ancora alla difficoltà

⁽¹⁶⁾ È questo lo svolgimento dell'intero saggio *Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution*, cit.

⁽¹⁷⁾ *Storia del diritto privato moderno*, cit., vol. II, p. 168 ss.

per giungere a una piena ammissibilità del contratto a favore di terzo e della cessione del debito in forza di una nozione quasi fisica di rapporto obbligatorio non molto dissimile da quella dello stesso Gaio.

Il diritto privato ottocentesco, nella sua esclusione di ogni etica materiale, nel suo fondarsi sull'etica formale del dovere e della libertà di stampo kantiano, genera e tollera, quando non fa prospere, nel suo seno profonde iniquità; e risalta nella pagina di Wieacker ⁽¹⁸⁾ — con intensa adesione — quel passo tagliente del *Lys rouge* di Anatole France in cui il grande romanziere ironizza da par suo sulla uguaglianza giuridica irridendo « la majestueuse égalité des lois, qui interdit au riche comme au pauvre de coucher sous les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain » ⁽¹⁹⁾.

Questa sapienza storico-giuridica, che coglie lucidamente il passato prossimo del diritto tedesco ed europeo, non è un fardello erudito, bensì un patrimonio di consapevolezze balzanti dai dati storici spregiudicatamente analizzati, patrimonio da mettere in contrappunto con l'insieme di certezze del giurista degli anni Trenta del nostro secolo. La coscienza delle radici storiche diventa coscienza del mutamento e della sua necessità: l'urgenza di un'etica materiale più appagante, la costruzione in atto di uno Stato sociale, la contemplazione che legislazione speciale e prassi si dàn da fare nel conio di nuove figure, tutte si congiungono alla diagnosi impietosa del vecchio diritto civile nelle sue grandi luci ed ombre e danno a Wieacker il senso della linea, che è senso di discontinuità tra il vecchio e la *Rechtserneuerung* a lui contemporanea, che è senso di inappagamento per un assetto del diritto privato non riconducibile a schema universale onnivalente ma invece ben datato e ben databile.

Il grande merito di Wieacker è stato il contributo decisivo alla storicizzazione del diritto privato moderno nelle sue grandezze e nelle sue miserie: né l'oggetto intoccabile da sacrario della propaganda filo-borghese, né l'oggetto di scherno della opposta propa-

⁽¹⁸⁾ *Il modello dei Codici civili classici e lo sviluppo della società moderna*, cit., p. 18. La citazione è ripresa anche altrove da Wieacker (p.e. in *Storia del diritto privato moderno*, cit., vol. II, p. 161).

⁽¹⁹⁾ *Le lys rouge*, Paris, 1894¹⁰, p. 118.

ganda socialista di stampo marxista. Piuttosto, un frutto storico, un frutto di forze storiche, un frutto adatto a certi tempi ma che, come tutti i frutti, matura e marcisce: e rispetto al quale si impone la *Rechtserneuerung*.

Ecco la dimostrazione di quanto poco retorica e declamatoria fosse la affermazione fatta più sopra, e allora indimostrata, che la dimensione storico-giuridica dava spessore e ricchezza anche al Wieacker civilista. Le carenze del vecchio diritto civile pandettistico e codificato, evidenti per lo storico del diritto che, da giurista, lo guardava dal di dentro delle tecniche giuridiche e del tessuto degli stessi istituti giuridici nella sua incapacità di tener dietro al mutamento della vita sociale ed economica, fónzano vieppiù, dànno spessore, all'anti-formalismo e all'anti-individualismo che il giovane Wieacker assorbe dal clima circostante e in cui pienamente si riconosce. La sua adesione alla *Rechtserneuerung* si motiva ancora di più.

Sul piano sostanziale, si originano da questo contesto di biografia intellettuale gli interessi per alcuni specifici temi di indagine: il problema delle fonti, pressante e incombente in ogni momento di transizione; il problema della/delle proprietà; il problema dell'assetto sistematico fra diritti reali e diritti personali.

4. Il problema delle fonti è vissuto e problematizzato intensamente da Wieacker in stretta connessione con la coscienza del mutamento che non lo abbandona mai. L'analisi impietosa del diritto civile ottocentesco, tutto consegnato in una trama rigida di regole legislative, nel momento in cui viene messa a confronto con i bisogni sempre crescenti e sempre nuovi che il giovane giurista vedeva emergere intorno a sé nel gran laboratorio socio-economico tedesco degli anni Venti-Trenta, lo portava a una visione riduttiva delle reali capacità ordinanti del legislatore; e soprattutto gli mostrava la assoluta vanità della passata legolatria e della totale fiducia nel legislatore demiurgo.

Il chiuso orizzonte legislativo, la monocrazia della legge collocata al vertice di una rigorosa gerarchia di fonti, gli sembrano condannare all'asfissia l'ordine giuridico. Si aggiunga la virulenza erosiva in lui di un sapere storico-giuridico che, nella contemplazione delle civiltà giuridiche romana e medievale, gli recava l'imma-

gine suadente di un diritto che aveva assunto a forze produttive la giurisprudenza pratica e quella teorica, confidando ad esse la guida e il governo della dinamica dell'ordinamento.

Il ruolo della scienza e il ruolo del giudice sono, per questo, sempre stati un tema prediletto e ricorrente nella problematica wieackeriana, con una attenzione che supera le singole ideologie politiche e i singoli regimi susseguentisi in Germania, e funge da costante; funge anche — mi pare — da prezioso elemento interpretativo.

In un saggio del '38, valorizzando pienamente la centralità del giudice nella comunità, nella *konkrete politische Verfassung*, non esitava ad affidargli la conduzione della *Rechtserneuerung* con il compito primario di una ampia *Sachgestaltung* ⁽²⁰⁾; venti anni dopo, nel '58, in un densissimo ripensamento complessivo, relegava tra le illusioni dei tempi andati il mito della completezza dell'ordine legale, denunciava come imperfette (se non false) le passate convinzioni sui rapporti tra giudizio e legge, cogliendo nell'articolo 20 della Costituzione federale tedesca l'incrinatura di quella separazione fra produzione e applicazione del diritto che rappresentava il principio fondante dell'ordine giuridico borghese ⁽²¹⁾; nel '62, in un saggio famoso, sottolineando efficacemente il ruolo del giurista di sempre (ma partendo dai dati illuminanti offerti dal diritto romano e medievale), insisteva sulla sua « gleichsam künstlerische Geistesart », sulla « intuitiv-anschauliche Betrachtung » come suo tratto tipizzante, e gli assegnava un compito sostanzialmente costruttivo,

(20) « Der Tätigkeit des Richters liegt heute die Anschauung zugrunde, dass das Recht sich in der Streitentscheidung nicht erschöpft, sondern Sachgestaltungsaufgaben hat » (*Richtermacht und privates Rechtsverhältnis-Eine Übersicht über den Stand der Problematik im Privatrecht*, in *Archiv, des öffentlichen Rechts*, N.F., 29. [1938], p. 4).

(21) *Gesetz und Richterkunst. Zum Problem der aussergesetzlichen Rechtsordnung*, Karlsruhe, 1958 (discorso pronunciato il 15 novembre 1957, in Karlsruhe, davanti alla « Juristische Studiengesellschaft »). Wieacker lo ripropone in italiano negli studi dedicati al suo amico e collega pisano Lorenzo Mossa (cfr. *Legge e arte giudiziale — Sul problema dell'ordine giuridico extralegale*, in *Studi in memoria di Lorenzo Mossa*, Padova, 1961). Il testo tedesco può ora essere comodamente consultato nelle *Ausgewählte Schriften*, B.2 — *Theorie des Rechts und der Rechtsgewinnung*, hrsg. v. D. Simon, Frankfurt am Main, 1983. Che il problema attraesse non poco Wieacker è dimostrato dalla nota su Esser, dell'anno prima: *Gesetzesrecht und richterliche Kunstregel. Zu Essers Buch « Grundsatz und Norm »*, in *Juristen-Zeitung*, 12 (1957), p. 701.

inventivo, (*inventio*) (22), dove, più che una organizzazione logica, veniva messa a frutto un'arte, uno stile, un sapere intuitivo; nel '69, infine, nelle pagine dedicate al civilista austriaco Gschnitzer ed eloquentemente intitolate al *Beruf des Juristen*, se per il giurista si auspicava « die Kräftigung ihres Selbstbewusstseins », ciò era dovuto alla sua « unersetzliche Funktion in der Gesellschaft » (23).

Dietro questo atteggiamento costante fa da sfondo e da legittimazione culturale l'insoddisfazione per il legalismo e il formalismo, la ricerca di un vincolo sostanziale fra società e ordine giuridico, che ormai va trovato al di là della legge e di una concezione legalistica. Ed anche l'insoddisfazione per una giustizia formale delineata su dei modelli e non su uomini in carne ed ossa; ed anche l'esigenza di una giustizia materiale che si misuri su quella carne e su quelle ossa, contaminandosi magari nei fatti ma guadagnando in credibilità sociale. La scienza giuridica novecentesca non dovrà e non potrà più, come la pur grande dottrina del secolo XIX, arrestarsi alla sua officina popolata di statue o di manichini; dovrà essere invece dottrina inserita, responsabile e cosciente dei propri compiti nella società, non esegeta di testi ma interprete della tensione che percorre la società stessa (24).

E Wieacker non manca di elevare un fermo richiamo alla scienza unendovi il monito altrettanto fermo a non ripercorrere i sentieri fallaci del passato (25). È interessante notare che, in questa rivalutazione del momento interpretativo e applicativo, o, meglio, in questa ricomprensione del momento interpretativo e applicativo all'interno del processo di produzione giuridica, Wieacker si inserisca a pieno titolo fra i protagonisti di quel momento — chiamiamolo così —

(22) *Die juristische Sekunde. Zur Legitimation der Konstruktionsjurisprudenz*, ora in *Kleine Juristische Schriften-Eine Sammlung zivilrechtlichen Beiträge aus den Jahren 1932 bis 1986*, Göttingen, 1988, p. 78.

(23) *Der Beruf des Juristen in unseren Zeit*, ora in *Kleine Juristische Schriften*, cit., p. 9.

(24) Intellettualmente curioso, Wieacker fu il recensore pronto e sensibile dei libri più sollecitanti che apparivano nell'orizzonte tedesco ed europeo, come provano le recensioni a Hedemann, Larenz, Esser, Viehweg, Welzel, che costellano la sua bibliografia.

(25) *Diritto civile e mutamento sociale*, cit., p. 47.

« giusnaturalistico » che la Germania Federale ha intensamente vissuto nel primo ventennio dopo la catastrofe bellica.

Si sa bene che, in quel tempo di distruzione e di vuoti, la giurisprudenza pratica esplicita le proprie motivazioni su basi dichiaratamente morali, di diritto naturale, tendendo a voler fondare l'ordine giuridico sui valori etici consolidati nella tradizione della civiltà occidentale. E ne scaturisce un dibattito acceso e fertile cui prendon parte gli stessi giudici (a cominciare dal primo presidente del *Bundesgerichtshof* Weinkauff) ⁽²⁶⁾ e un foltissimo numero dei più vigili scienziati ⁽²⁷⁾; si arriva perfino a indicare un itinerario « vom Gesetzesstaat zum Richterstaat » ⁽²⁸⁾. Fra questi scienziati vi fu anche Wieacker con parecchi interventi, col saggio sopra menzionato su « Gesetz und Richterkunst » ma soprattutto con l'altro, del '61, intitolato con franchezza « Rechtssprechung und Sittengesetz » ⁽²⁹⁾. Formulando dissensi rispetto alle proposte del *Bundesgerichtshof* (soprattutto in ordine alla rigidità e generalità dei principii e criterii extralegali vincolanti per i giudici), prendendo le distanze dalle scelte più eversive affioranti, Wieacker si sente tuttavia a proprio agio in questa rifondazione dell'ordine giuridico su radici più materiali, sostanzialmente etiche. In ciò il suo accanito antiformalismo lo sorreggeva e lo motivava.

5. All'appello-monito per una scienza giuridica ben inserita nella società e nella cultura del proprio tempo il primo a rispondere e a corrispondere fu, per l'appunto, Franz Wieacker come civilista.

⁽²⁶⁾ Di lui si deve ricordare soprattutto una ben nota messa a punto: *Der Naturrechtsgedanke in der Rechtssprechung des Bundesgerichtshofes*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1960, pp. 1689-1696 (che ora può essere comodamente consultata in: *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, hrsg. v. W. Maihofer, Darmstadt, 1962, p. 554).

⁽²⁷⁾ Il senso e la portata del dibattito si può avere con chiarezza leggendo i saggi riassuntivi del filosofo del diritto A. KAUFMANN, *Recht und Sittlichkeit*, Tübingen, 1964; del civilista E. VON HIPPEL, *Mechanisches und moralisches Rechtsdenken*, Meisenheim, 1959, e dello stesso WIEACKER, *Rechtssprechung und Sittengesetz*, in *Juristen Zeitung*, 16 (1961), p. 337 ss. (ora in *Ausgewählte Schriften*, cit., B. 2), ma soprattutto nel prezioso discorso (anche retrospettivo) *Zum heutigen Stand der Naturrechtsdiskussion*, Köln, 1965 (ora in *Ausgewählte Schriften*, B. 2).

⁽²⁸⁾ È il titolo di un libello di R. MARCIC, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, Wien, 1957.

⁽²⁹⁾ Vedilo citato alla nota 27.

La sua risposta fu, negli anni Trenta, l'attenzione prevalente verso la disciplina della proprietà e dei diritti reali, la sua risposta consisté soprattutto nel testo civilistico più noto, più discusso, più contestato del Nostro, e cioè le « Wandlungen der Eigentumsverfassung » apparse nel 1935 quale *Heft 13* della collana « Der deutsche Staat der Gegenwart » di cui era *Herausgeber* per la *Hanseatische Verlagsanstalt* di Hamburg Carl Schmitt.

Questi dati minuziosi e prolissi offerti al lettore vogliono sottolineare — senza ipocrisie od elusioni — la piena appartenenza del libello wieackeriano al suo tempo, la piena collocazione in esso. Le *Wandlungen* sono figlie di quegli anni grevi, serbano indubbiamente nel loro tessuto cristallizzazioni che orecchiano la *konkrete politische Verfassung des national-sozialistischen Reiches* ed évocano immediatamente a chi si appaghi di abbagli esteriori la sgradevole immagine del clima della Germania nazista. A chi legge con occhi più provveduti, più attenti alle cifre interiori, lo spessore di questa densa riflessione giuridica appare per buona parte diverso.

Contro le facili demonizzazioni e in un tentativo che non è di apologizzazione ma di compiuta storicizzazione, diamo la parola a Wieacker: il problema che il giurista affronta sorge « beim Zusammenstoß der Grundgedanken der Volkerneuerung mit dem Eigentumsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches », e sorge precisamente perché la scienza giuridica ha un disperato bisogno di « ein nahes und kraftvolles Verhältnis zur Lebenswirklichkeit »⁽³⁰⁾. Questo legame con l'esperienza si realizza soltanto se si toglie *la* proprietà da quel *Begriffenbimmel* in cui idealità e ideologie (ben avvinghiate insieme) l'hanno situata, e la si ricolloca tra le istituzioni con cui un popolo si ordina; infatti « nicht “das Eigentum” ist eine Institution der geltenden deutschen Rechtsordnung, sondern “Grundeigentum” und “Fahnis” sind es »; anche queste scomposte « in einzelne Sachgruppen »⁽³¹⁾. Solo con una siffatta operazione — che è rigorosamente affidata a strumenti tecnico-giuridici, ma si tratta di una tecnica che affonda nella *Lebenswirklichkeit* e da essa non intende separarsi — si sottrae il fenomeno proprietario dalle palafitte di un

⁽³⁰⁾ *Wandlungen*, cit., p. 7.

⁽³¹⁾ *Wandlungen*, cit., Vorbemerkung, p. 11.

pallido artificioso normativismo (« einem unkräftigen Normativismus ») ⁽³²⁾.

Il lettore provveduto di queste pagine vi ritrova consonanze precise, vi riscopre la manifestazione tedesca di una *koiné* cui è, per esempio, vivamente partecipe la più sensibile giusciviltistica italiana. Il principio astratto di proprietà — quello di Windscheid, tanto per capirci — così accontentutistico, così onnivale, che aveva un significato solo come presidio e strumento del soggetto e della sua libertà e che di questa libertà diventava una dimensione insostituibile; questo principio è, dopo il '19, in Germania ma anche in Italia, quasi come un idolo infranto, infranto perché non serve più e perché non è più ricevuto dal nuovo costume giuridico antiindividualistico.

Nel saggio sopra ricordato del 1953 su « Il modello dei codici civili classici e lo sviluppo della società moderna » v'è una affermazione solenne, programmatica che è, insieme, confessione autobiografica e individuazione d'una cifra comune: « L'*ethos* del nostro tempo... è quello della responsabilità » ⁽³³⁾. È la cifra antiindividualistica che Wieacker crede di leggere come segno della nuova coscienza giuridica nata con e nelle macerie del primo *Weltkrieg*, in cui si riconosce e che è lieto di sorprendere innanzi tutto nel suo *interior homo*, nella sua caratterizzazione più profonda.

È in questo « *ethos* della responsabilità » che lo *abstrakte Eigentum* di Puchta, di Pagenstecher, di Windscheid perde la sua astrattezza, viene trascinato a terra, si intride di storia di economia di politica, viene immesso in un tessuto di rapporti in mezzo ai quali il soggetto proprietario vede attenuarsi di gran lunga la propria dimensione potestativa, sempre più condizionata e compromessa dalle venature di dovere che il tessuto di rapporti afferma. E quello che era soltanto « diritto », situazione soggettiva unilineare la più semplice ipotizzabile, diventa una situazione complessa su cui il soggetto non campeggia più con la propria superiorità ma da cui è avvolto e coinvolto.

In questa complessità il nuovo *Eigentum* appare principalmente come funzione, ormai sottratto all'urna del puro diritto civile, ormai creatura ambigua fra pubblico e privato dove le connotazioni pub-

⁽³²⁾ *Ibidem*.

⁽³³⁾ *Il modello dei Codici civili classici e lo sviluppo della società moderna*, cit., p. 38.

blicistiche sono sempre più rilevanti: tant'è vero che se ne occupa il legislatore speciale ed eccezionale del primo dopoguerra tedesco, tant'è vero che, per la sua caratterizzazione, Wieacker non esita a servirsi delle riflessioni e invenzioni dei giuristi pubblicisti, primo fra tutti quel Forsthoff con cui avverte una particolare sintonia perché vive la stessa avventura intellettuale ⁽³⁴⁾.

Di tutto questo travaglio complesso e rispettabile sono specchio le *Wandlungen* e, insieme, le altre due opere civilistiche più grosse e rilevanti della ricerca scientifica wieackeriana fino al '45, e cioè il volume sul *Bodenrecht* che appare nel '38 sempre per i tipi della « Hanseatische Verlagsanstalt » di Hamburg e l'ampio saggio su *Vielfalt und Einheit der deutschen Bodenrechtswissenschaft der Gegenwart* che risale al '42 ⁽³⁵⁾; come a dire che le *Wandlungen* non sono un episodio, ma lo specchio di un decennio di scavo sul grande nodo della proprietà.

Uno scavo consistente essenzialmente nel recupero di uno schema trascendentale fra le istituzioni del diritto positivo; uno schema, pertanto, esaminato non più soltanto dall'alto della testa del soggetto proprietario ma anche — e forse soprattutto — dal basso, dalle cose che esso è chiamato a ordinare *funzionalmente*, cioè nel rispetto di esigenze e scopi scritti nella loro stessa natura. Da qui la rottura di una unità, che aveva soltanto una finalità ideologica ma che era un artificio se esaminata alla luce delle strutture; da qui, una necessaria scomposizione e frammentazione: non più *la proprietà*, che è astrazione priva di cittadinanza in qualsivoglia ordinamento positivo, ma *la proprietà fondiaria*, *la proprietà mobiliare*, e così via, dove è lo statuto della cosa a pretendere e dettare il regolamento dell'assetto proprietario; da qui, la *Vielfältigkeit* del fenomeno proprietario, una sua visione *dinamica* che si affermava come opposta a quella visione statica che era stata propria della concezione, « classica » ⁽³⁶⁾.

⁽³⁴⁾ Sintomatica quella pagina delle *Wandlungen* (cit., p. 46 ss.), dove il proprietario è sorpreso quasi come un « organo » investito della pubblica funzione di amministrazione del fondo.

⁽³⁵⁾ Stuttgart-Berlin, 1942.

⁽³⁶⁾ L'aggettivo « statico » è ricorrente nei nuovi giuristi che si occupano di

Orbene, se questo è il messaggio originario e originale delle indagini wieackeriane sul tema e delle *Wandlungen* in particolare, è facile la constatazione che si tratta di una percezione che avverte (e di una vicenda che vive) non la sola scienza giuridica tedesca. In Italia, sono percezioni seguibili (e seguite) agevolmente. Già nel '23 Enrico Finzi, in un saggio di rara storicità — cioè di rara espressività storica — segnalava bene le tendenze di un dopoguerra colmo di novità per il civilista: una proprietà recuperata al sociale, con il definitivo relegamento in soffitta del « suo organamento.. essenzialmente fondiario e statico »⁽³⁷⁾ di stampo fisiocratico e dello *ius abutendi* che la contrassegnava; una proprietà-funzione sempre più controllata da una dimensione pubblica perché sempre più innervata in un tessuto condizionante di rapporti; una proprietà cioè còlta ormai non nella sua solitudine di diritto soggettivo ma nella sua socialità di rapporto controllato dalla comunità, con un contenuto essenzialmente sociale che oggi — millenovecentoventitré — è avvertito quale parte integrante della sua struttura tecnico-giuridica⁽³⁸⁾. Discorso — lo si sa bene — che non resta, in Italia, l'antesignana ed ereticale opinione di un civilista appartato; Finzi stesso lo spingerà alle estreme conseguenze nel primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario del 1935 — singolare! 1935, lo stesso anno di pubblicazione delle *Wandlungen* — capovolgendo l'angolo di osservazione da cui e con cui analizzare correttamente la proprietà e guardandovi « da sotto in su », partendo dalla cosa, dai suoi statuti riposti, dalle sue esigenze⁽³⁹⁾. Discorso che, nell'immediato secondo dopoguerra, sistemerà e definirà il Pugliatti dell'altissimo discorso tecnico su *le* proprietà⁽⁴⁰⁾.

proprietà e sta a contraddistinguere una immagine passata da rimuovere e superare. Si veda, per l'Italia, il brano di Finzi riprodotto poco più sotto nel testo.

⁽³⁷⁾ E. FINZI, *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, in *Archivio giuridico*, XC (1923), p. 64.

⁽³⁸⁾ FINZI, *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, cit., p. 59.

⁽³⁹⁾ E. FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, in *Atti del Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario Italiano*, Firenze, 1935.

⁽⁴⁰⁾ S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in *Atti del Terzo Congresso Nazionale di Diritto Agrario* — Palermo, 19-23 ottobre 1952, Milano, 1954. Ma il ripensamento di Pugliatti datava già da parecchi anni, come dimostra la relazione tenuta su *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di*

Tutto questo, che il civilista italiano conosce bene come suo patrimonio comune e come suo vanto, lo si sottolinea qui per puntualizzare che Wieacker era semplicemente, quale osservatore tecnico del fenomeno dei diritti reali, testimone fedele del suo tempo e interprete di una generale linea di tendenza: la *Vielfältigkeit* wieackeriana fa semplicemente il paio con *le propriet* pugliattiane.

Ciò dovrebbe condurci a una comprensione più complessa del messaggio wieackeriano prima di particolarizzarlo (e immiserirlo) nella adesione a un regime e a una ideologia, come pur da taluno si è fatto. Tenendo dietro con attenzione a tutta la revisione che dell'assetto dei diritti reali si attuava da parte dello Stato nazional-socialista⁽⁴¹⁾, Wieacker teneva dietro a un processo che era iniziato assai prima e che la sua fine coscienza di storico del diritto gli faceva presagire che sarebbe continuato, estendendosi e accentuandosi in applicazione di quell'*ethos della responsabilità*, segno e simbolo del diritto del maturo Novecento.

Forse, l'uomo di cultura, il giurista, troppo preso dall'attenzione per la dimensione culturale e tecnica, non seppe vedere le crudeltà, le grossolanità, le aberrazioni anche, che vi si celavano dietro. Certamente, questa fu sordità, forse fu soprattutto ingenuità; certamente, una cosa non fu, e cioè un asservimento al regime⁽⁴²⁾.

Della prova più probante di questa conclusione sono io stesso il depositario: quando, nel 1974, cominciai a organizzare quello che poi sarebbe divenuto nel '77 il grosso volume dei « Quaderni Fiorentini » dedicato agli « Itinerari moderni della proprie-

propriet, in quel 1935 così fertile per la scienza giusciviltistica, nell'ambito degli *Atti* del Congresso agraristico citato alla nota precedente.

(41) Se si scorre la bibliografia wieackeriana, si constata un interesse ricorrente non solo per il problema tecnico dello *Eigentum* ma della complessiva *Eigentumsverfassung*, dove avevano cittadinanza le nuove discipline del *Familiengut*, della *Erben-gemeinschaft*, dello *Erbböfeigentum*, del *Bauernrecht*, e via dicendo.

(42) Come è dimostrato dalle critiche pesanti rivolte alle *Wandlungen* da chi fu e si ritenne interprete ortodosso della nuova ideologia giuridica. L'esempio forse più puntuale è offerto da Reinhard HÖHN, il quale, proprio nel saggio su *Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft* (Hamburg, 1935, p. 69), apparso quale Heft 14 della stessa Collana della « Hanseatische Verlagsanstalt » nella quale apparivano quasi contemporaneamente le *Wandlungen*, le attaccava duramente proprio in nome di una « ortodossia » nazista.

tà » (43), pensai subito di chiedere a Wieacker e a Pugliatti di tornare a meditare sui loro lontani e relevantissimi saggi in tema di proprietà collocandoli nello sviluppo del pensiero giuridico novecentesco, quasi una sorta di moderna *retractatio*. Ambedue mi risposero positivamente con generosità ed amicizia, e, se la morte impedì a Pugliatti di affidarmi le sue pagine, non mi mancò il pronto contributo di Wieacker: ne scaturirono infatti le illuminanti « *Wandlungen der Eigentumsverfassung* » revisited, che ebbi il piacere di inserire nel « Quaderno » dove chiunque può leggerle con profitto (44).

Ricordo che, consapevole delle polemiche anche acerbe sviluppatesi sul libello del '35, fui assai dubbioso se avevo il diritto di fare a Wieacker quella richiesta; fatta che fu, la ritenni un ardire, che forse solo la giovane età del richiedente avrebbe scusato agli occhi del Maestro; e ricordo che attesi ansioso la lettera di risposta. La quale puntualmente arrivò, sollecita, premurosa, assolutamente disponibile, proprio perché Wieacker collocava il suo saggio remoto più tra i sogni (45) e le illusioni (46) di un giurista troppo giovane e politicamente sprovveduto, che fra le compromissioni; l'illusione che « das neue Regime [quello nazionalsocialista del '33] habe es damals ernstlich und verantwortlich auf eine gerechte (etwa auch

(43) *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5/6 (1976/1977).

(44) *Ivi*, p. 841 ss.

(45) Mi piace trascrivere qui un brano della lettera che, in data 27 settembre 1974, da Göttingen, Wieacker mi indirizzava in risposta alla mia richiesta di una rivisitazione delle *Wandlungen*. Egli vi parla espressamente di « sogni » del giovane giurista ventisettenne: « Was nun meine eigenen "Wandlungen der Eigentumsverfassung" von 1935, so sind sie zwar leider gewiss kein klassisches, sondern eher ein "romantisches" oder "barockes" Gebilde der Jugend, geschrieben mit 25 Jahren; nur Schillers schöne Mahnung, die Achtung vor den eigenen Jugendträume nicht preiszugeben (Don Carlos IV 21 Marquis Posa: "Sagen Sie / ihm, dass er für die Träume seiner Jugend / soll Achtung tragen wenn er Mann sein wird") — nur diese Mahnung kann mich veranlassen, auf die Schrift noch einmal zurückzukommen. Die Aufgabe ist gewiss "heikel" (dieses Wort bedeutet ja noch mehr als "delicato" oder "delikat"), aber ich will mich ihr nicht entziehen und also eine Postilla 1975, un bilan raisonné, schreiben » (Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno — Archivio — *Quaderni fiorentini*, vol. 5/6).

(46) « *Wandlungen der Eigentumsverfassung* » revisited, cit., p. 842, dove si parla espressamente di *Illusionen*.

“sozialistische”) Neuordnung der Sozial-und Besitzverfassung einer modernen Industrienation abgesehen » (47).

Nella sua « rivisitazione » Wieacker confermava la diagnosi da me ora operata: il suo antiindividualismo, che si muoveva pur sempre in un'ottica conservatrice e che rifiutava le scelte eversive del collettivismo di stampo marxista, era portato a riconoscersi nella visione sociale del fenomeno proprietario che il nuovo regime sembrava promuovere; le idee del regime apparivano al giurista in rapporto di continuità, almeno su questo punto, con le faticose emersioni del quindicennio weimariano, all'interno di un grande e continuo processo di unitaria *Rechtserneuerung*.

6. La visione non più statica della proprietà porta Wieacker a un tentativo di revisione del sistema privatistico classico, mettendo in dubbio la funzionalità della vecchia separazione « diritti reali-diritti di obbligazione » in ordine allo *Aufbau* (parola sua, che ci riporta all'immagine del giurista costruttore) di un diritto civile veramente moderno, adeguato ai tempi. La sua proposta è una nozione ampia, accomunante, di *Vermögen*, termine e concetto che malamente — proprio nell'ottica wieackeriana — può essere reso dalla parola italiana « patrimonio », incapace — nella sua staticità — a ricevere « die soziale Grundfunktion » che Wieacker attribuisce al suo *Vermögen* ben inserito nel tessuto dei rapporti economici e rinnovato dal di dentro (48). Il Nostro dedica al grosso tema-problema due saggi, redatti nel '41, che il civilista oggi potrebbe rileggere proficuamente come contributo alla revisione di certe sue cristallizzazioni categoriali (49).

7. Con il semplice accenno al disegno di una nuova categoria civilistica — appunto il *Vermögen* — chiudo questo rapido, troppo

(47) *Ibidem*.

(48) *Zum System des deutschen Vermögensrechts -Erwägungen und Vorschläge*, Leipzig, 1941, p. 31.

(49) Ci riferiamo al saggio citato alla nota precedente e all'altro: *Die Forderung als Mittel und Gegenstand der Vermögenszuordnung. Ein Beitrag zur Kritik der Unterscheidung zwischen Schuldrecht und Sachenrecht*, in *Deutsche Rechtswissenschaft*, 6 (1941), p. 49 ss. (ora anche in *Kleine Juristische Schriften*, cit.).

rapido discorso sul personaggio Wieacker, con la sola speranza di aver contribuito alla comprensione di una figura grande e complessa di giurista del nostro tempo.

Si dirà che qui si è insistito soprattutto sulla produzione civilistica *ante bellum*. Ed è vero. I cinquanta anni di vita e di riflessione ininterrotta, che seguono alla catastrofe bellica, continuano a serbarci un Wieacker alacre, felicissimo nel darci sempre nuove prove del suo straordinario talento giuridico. Aggiungo: continuano a serbarci l'immagine di un giurista unitario, che mantiene amplissima la tastiera aperta davanti a sé. Una conclusione mi sembra tuttavia di poter trarre: se persiste un interesse preciso del civilista testimoniato da parecchi contributi specifici, l'opera wieackeriana tende però a muoversi in tre direzioni privilegiate: la storia del diritto, storia del diritto antico e storia del diritto moderno; la riflessione metodologica; la teoria generale. Conclusione che mi sembra avvalorata dalla constatazione che l'apporto più grosso alle costruzioni civilistiche compiuto da Wieacker nel dopo-guerra è sulla teoria della persona giuridica, uno di quei temi in cui il civilista ha bisogno di grossi sostegni filosofici e teorici per poter costruire a livello tecnico ⁽⁵⁰⁾.

Le *illusioni* del giovane giurista, che si era lasciato tentare a una immersione fiduciosa nella *Rechtserneuerung*, avevano lasciato in lui una traccia profonda. Da qui, la scelta per un livello più decantato di indagine, più sottratto alla incandescenza delle vicende socio-politiche.

⁽⁵⁰⁾ *Zur Theorie der juristischen Person des Privatrechts*, in *Festschrift Ernst Rudol Huber*, hrsg. v. E. Forsthoff, W. Weber, F. Wieacker, Göttingen, 1973 (ora anche in *Kleine Juristische Schriften*, cit.).

L'ITINERARIO SCIENTIFICO DI ENRICO BASSANELLI (*)

Gentile signora Anna Franca, amici Bassanelli, Magnifico Rettore, caro Preside, cari Colleghi, carissimo Ettore,

quando ebbi dal professor Casadei la proposta di ricordare Enrico Bassanelli in questa occasione commemorativa, mi rammento benissimo che accettai immediatamente. Era quello per me un tempo abbastanza angustiato da molti, troppi impegni di lavoro, ma l'accettazione fu ugualmente immediata; il motivo è semplice: il legame tra me e Bassanelli era assai forte; ci legava un folto tessuto di affetto e di stima, affetto e stima da parte mia intensissimi. Ho ritenuto pertanto un privilegio che la Facoltà giuridica bolognese ed Ettore Casadei, allievo e successore del Maestro, avessero pensato a me. Ritengo tuttora un grande privilegio di poter essere io a parlarvi questa sera.

Immediatamente dopo l'accettazione riandai col pensiero agli anni della mia familiarità con Enrico nell'ambito del fiorentino « Istituto di diritto agrario internazionale e comparato », quando — di questo Ente di ricerca — lui era un maturo e provetto Commissario governativo ed io un giovane ed inesperto Segretario generale. Ed emerse in me qualche timore: forse il mio pronto accoglimento era stato troppo impulsivo, forse non ero l'uomo adatto, giacché la familiarità crea sì intensità di rapporti, ma la carica anche di una dimensione emozionale; temendo, da maledetto fiorentino, il travasarsi delle emozioni sul terreno della conoscenza critica, ne paventavo il possibile inquinamento.

(*) Al fine di serbare il carattere originario di questo scritto, mantengo la forma discorsiva dell'intervento commemorativo da me tenuto, su incarico della Facoltà giuridica bolognese, il 30 marzo 1995, nella sala « Tito Carnacini » dell'Università di Bologna, nel primo anniversario della morte di Enrico Bassanelli. Ho soltanto eliminato ripetizioni, imprecisioni, incomperezze tipiche del linguaggio parlato. Ho aggiunto l'intitolazione e poche note essenziali come documentazione utile per il lettore.

I.

All'insegna di queste perplessità mi riproposi (e mi ripropongo oggi) di mantenere scrupolosamente il mio dire sul terreno più solido, quello del Bassanelli scienziato del diritto, di limitare il mio sguardo al suo itinerario scientifico; è la dimensione che, sola, interessa in questa sede universitaria ed è quella che ci permetterà di cogliere la rilevanza del personaggio nella scienza giuridica italiana del Novecento. Vorrei aggiungere: è anche il terreno che sicuramente sarebbe più caro ad Enrico, personaggio schivo, riservato, non amante degli sfoggi retorici, e delle manifestazioni incontrollate come sono spesso quelle dei sentimenti.

Alcune brevi annotazioni preliminari sulla umanità del personaggio non smentiscono la nostra ineccepibile premessa e si pongono necessarie anche per la comprensione dello scienziato; ciò per la ragione fondamentale che abbiamo di fronte un personaggio di rara coerenza e quindi di rara unitarietà, in cui dimensione umana e dimensione scientifica si compongono perfettamente. Sul piano umano ricordo tre caratteri fondamentali: un'assoluta probità, che nel rapporto con gli altri si traduceva in una lealtà e franchezza a tutto campo; una naturale signorilità, che era signorilità di gesti, di linguaggio, di toni, di comportamento; infine — consequenziale al suo carattere signorile — il culto della sobrietà: ogni slabbratura retorica, ogni eccesso, ogni ridondanza gli davano fastidio. Era sobrio nella gestualità, nell'eloquio, nello stile, anche nella comunicazione e partecipazione degli affetti. Non amava gli sciali esteriori: gli amici dovevano saper riconoscere nella eloquenza di fatti e di segni l'intensità del sentimento che legava Enrico a taluni. Dico « taluni », perché egli era straordinariamente parco nello stringere rapporti, era estremamente selettivo nel riconoscere qualcuno come amico; per questo, signora Anna Franca, tengo come grande privilegio di essere stato annoverato fra questi.

Dicevo più sopra: coerenza ed unitarietà del personaggio. Ci rimuginavo quando, riscorrendo dopo parecchio tempo le sue pagine e ripercorrendo il suo itinerario scientifico, mi erano balzate agli occhi con sorprendente evidenza. Durante quelle lunghe riletture, a me toscano, un aggettivo e un sostantivo salivano a fior di bocca:

asciutto, asciuttezza. Asciutto perfino nella corporatura, quasi segligna; asciutto nel linguaggio, fatto di poche parole, scarne, scabre; asciutto nello stile; asciutto nella essenzialità della sua pagina (1).

E qui, come vedete, di accostamento in accostamento, siamo scivolati, senza forzature, quasi inavvertitamente, dalla corporatura al comportamento esteriore al profilo interiore; partendo dalla comprensione dell'uomo arriviamo alla comprensione dello scienziato. Se v'è infatti un tratto distintivo del Bassanelli scienziato, è il culto che lui ha avuto della essenzialità, la ricerca perenne dell'essenzialità. Riprendendo in esame tutta l'opera sua, ho aperto il suo libro, l'unico libro suo (a parte l'esperimento didattico del « Corso di diritto agrario ») (2), e cioè « La colonia perpetua », ampia monografia scritta da un giovane non ancora trentenne, un grosso studio storico-giuridico e dogmatico dove la storia fonda il diritto positivo e con esso si fonde (3). Vi ho cercato un'introduzione, delle pagine in cui si parlasse del metodo usato, giacché il giovane studioso ha generalmente piacere di parlar del « suo » metodo, di tratteggiare a profusione le « sue » scelte, con particolare indulgenza a introduzioni metodologiche o, comunque, generali.

Il discorso di Bassanelli è invece immediato: prende avvio con le vicende della trama dell'istituto senza alcuna concessione personalistica ed è tutto basato su documentazioni, sul positivo delle fonti. Ho guardato in altri saggi — soprattutto quelli dedicati a temi generali —, e anche lì la consueta sobrietà, il solito culto dell'essenzialità. Nella mentalità di Bassanelli sarà il lettore che ricostruirà per suo conto il metodo seguito dallo studioso, non già questi a fare sfoggio di se stesso e a contravvenire grossolanamente in tal modo a quello che gli appariva come una sorta di canone morale.

Ed ecco perché è scrittore di non molte pagine; per giunta, scrittore di un solo libro e di saggi tutti all'insegna della brevità, della

(1) Le notizie essenziali sulla vita e una bibliografia essenziale possono reperirsi in E. CASADEI, *Ricordo di Enrico Bassanelli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, XLVIII (1994), p. 581 ss.

(2) *Corso di diritto agrario*, Milano, Giuffrè, 1946.

(3) *La colonia perpetua. Saggio storico-giuridico*, Roma, Foro italiano, 1933.

parsimonia: perché la parsimonia era la diretta conseguenza di quella ricerca dell'essenzialità che è stato il suo assillo di sempre.

II.

A una siffatta natura di studioso si attagliava perfettamente la qualità di giurista. La nostra è una scienza ordinante e, in quanto ordinante, rigorosa; può essere ordinante sol se è innervata e sorretta da canoni rigorosi sul piano epistemologico. Questo rigore, che il giurista deve tenere come suo primo dovere professionale, a Enrico Bassanelli era particolarmente congeniale. Si riconosceva nella scienza giuridica e ci si muoveva perfettamente a suo agio; si sentiva profondamente giurista, cioè giurista nel più profondo della sua costituzione interiore. Ed amava la grammatica del diritto, quella grammatica con cui il giurista ordina la incompatezza del sociale e che ha, né più né meno, la medesima finalità di quella con cui il linguista ordina suoni e parole facendone un discorso compiuto. Trama intimamente ordinativa del diritto che piaceva a Bassanelli, ed è questa la ragione per cui lui, agrarista, che ha sempre ricoperto una cattedra di «Diritto agrario» pur insegnando molte altre discipline, ha voluto possedere una solida base di carattere civilistico: la ragion civile, percorsa da una forte coerenza logica, fondata su una tecnica affinata da una tradizione bimillenaria, base di ogni insegnamento giuridico e di ogni solida preparazione giuridica, avrebbe costituito una insostituibile fondazione grammaticale.

A Bassanelli il diritto, nella sua veste ordinante, piaceva anche perché permetteva al ricercatore/osservatore di accostarsi al sociale, al politico, all'economico mediante un rigoroso filtro selettivo. Il Nostro non è persona sorda a queste dimensioni, anzi ne è sensibilissimo; ha però bisogno che queste dimensioni incomposte, fattuali, sempre incandescenti perché intessute di realtà quotidiana, siano filtrate adeguatamente. Il diritto è per Bassanelli il filtro grazie al quale, senza forzature, la società, pacatamente, media e risolve, consegue il proprio equilibrio; e tutta la sua opera è dominata dal sostanziale pudore che il vero giurista ha per il metagiuridico. Ieri, rivedendo conclusivamente le mie annotazioni prima del nostro odierno appuntamento, mi è venuto in mente un personaggio che abbiamo studiato a fondo, negli anni scorsi, a Firenze, un ammini-

strativista, Federico Cammeo⁽⁴⁾. Cammeo è stato certamente un grande giurista, e certamente un grande innovatore, e certamente ben inserito nel divenire sociale del suo tempo; però sempre con un totale pudore ad affrontare il sociale senza schermi, di per sé, immediatamente, ma volendolo invece sempre filtrare nella trama ordinante del diritto. Come per Cammeo, è un atteggiamento intellettuale proprio a tutti i grandi giuristi, non esegeti di un testo riscicchito, ma sensibilissimi al sociale; filtratori però del sociale attraverso le trame riposante della scienza giuridica.

Questo accenno mi consente una precisazione preziosa per la scoperta del personaggio: i suoi scritti, sempre concisi e compendiosi fin quasi ad apparire talora disadorni, potrebbero far pensare un osservatore superficiale a lui come a un esegeta, ma sarebbe falsante e fuorviante. In lui il rispetto del testo non si deforma mai in culto del testo, e sempre circola l'idea avvivante che il testo normativo affonda in una retrostante realtà vitale di cui è soltanto l'imperfetta manifestazione speculare. In coerenza con questo atteggiamento non fu perciò mai né formalista né positivista (intendo dire un adepto del positivismo giuridico). Glielo impediva la sua concezione complessa e alta del diritto; che non è né una compagine di regole autoritarie, di leggi, né un assieme di forme; né — conseguentemente — il giurista è chiamato a fornire apparecchi ortopedici per il legislatore restando rinchiuso nella nicchia asfittica dell'esegesi: il giurista deve fare qualcosa di più, molto di più, per adempiere pienamente alla sua vocazione.

Questo Bassanelli ha fatto, dimostrando interesse per il divenire sociale, cercando di individuarne il senso, seguendolo con attenzione e consapevolezza, immettendolo — com'è nel mestiere del giurista — nella trama tranquillizzante del rigore giuridico. Ciò che a Bassanelli ripugnava erano i fronzoli retorici senza costrutto, i pinnacoli gotici di architetture teoriche prive di riscontro nella realtà effettiva, le logorree tipiche di tanta pseudo-scienza.

Quello che, di certo, egli aveva era il culto del positivo, del concreto, cui guardava però con occhiali non positivistici, senza la passività di chi si limita a professare riverenze a una legge solo

(4) Si veda il vol. XXII (1992) dei *Quaderni fiorentini*, dedicato interamente a studiare la personalità e l'opera di Federico Cammeo.

perché espressione della sovranità dello Stato. Cultore del positivo perché il diritto è un sapere incarnato, perché è scritto sulla pelle degli uomini e non sulle nuvole del cielo. Della concretezza del giuridico, della necessità che il nostro sapere diventasse vita e prassi e prassi quotidiana Bassanelli aveva piena coscienza; ed è per ciò che egli ha così ampiamente utilizzato lo strumento della storia, della storia del diritto. Una storia giuridica chiamata a dare un senso a quel frammento di una lunga linea che è il positivo-vigente, giacché la missione più elevata che lo storico ha presso il cultore del diritto vigente è dargli il senso della linea, indicargli quella direzione che egli non possiede e che è privilegio dello storico conscio del passato e presago del futuro.

Per Bassanelli, allievo di quel singolare commercialista e agrarista che fu Ageo Arcangeli, un giurista che aveva fatto della ricerca storico-giuridica la fondazione del proprio sapere giuridico ⁽⁵⁾, percepire tutto questo era probabilmente facile; e nel terreno della storia si immerse con fiducia e radicò volentieri i suoi istituti giuridici. È, a questo proposito, illuminante una piccola polemica originata dal suo forte discorso su « Il lavoro come fonte della proprietà della terra », che fu — come gli agraristi sanno bene — una splendida relazione al Primo convegno internazionale di diritto agrario del 1954 ⁽⁶⁾. Un giurista modestissimo, tal Giudiceandrea, autore di grossi e vuoti centoni giuridici, attaccò ferocemente Bassanelli su una diffusissima rivista italiana di giurisprudenza ⁽⁷⁾, colpito forse più dal titolo che non dalla trama del saggio, un titolo coraggioso ed estroso in cui spiccava il principio — discaro ai benpensanti — di un fatto sociale, un fatto non formalizzato, il lavoro, come modo di acquisto della proprietà; sul piano metodologico, l'idea di cui si faceva forte il Giudiceandrea era che il giurista

⁽⁵⁾ Sia come commercialista, sia come agrarista, Ageo Arcangeli (1880-1936) tenne sempre come supremo canone scientifico che una compiuta intelligenza di un istituto giuridico la si può conseguire soltanto attraverso le sue radici e il suo itinerario storico. Molti suoi felici e tutt'oggi non dimenticabili saggi consistono infatti in originali ricostruzioni storico-giuridiche.

⁽⁶⁾ *Atti del Primo convegno internazionale di diritto agrario* (Firenze, 28 marzo-2 aprile 1954), vol. II, Milano, Giuffrè, 1954, p. 599 ss.

⁽⁷⁾ N. GIUDICEANDREA, *Il lavoro come pretesa fonte di proprietà della terra*, in *Giur. it.*, 1954, IV, c. 97 ss.

si fosse malaccortamente spogliato del suo esser giurista e si fosse improvvisato sociologo e politico. Bassanelli ritenne di dover rispondere addirittura negli stessi « Atti » congressuali con una postilla severa ma amara, a mezzo della quale v'è questa annotazione che ho il piacere di leggervi: « Non da oggi credo nella verità che appresi dall'insegnamento dell'Arcangeli, e che testé il Capograssi ha puntualmente ribadito (8); per intendere l'originale natura degli istituti del diritto agrario, più che per ogni altro diritto, si deve guardare alla continuità storica in cui il contenuto dell'istituto si forma, alla "vitale connessione con tutta la vita dell'esperienza" entro cui vive e della quale è un elemento » (9).

Ecco, qui c'è tutta la metodologia bassanelliana del positivo, un positivo (ripetiamolo, perché è determinante) non positivisticamente sclerotizzato ma, al contrario, frutto e specchio di tante forze, insuscettibile ad essere rinserrato nella legge (che nasce vecchia e che sempre più vecchia diventa nel corso del tempo). Il richiamo alla nozione capograssiana di esperienza, di esperienza giuridica, la dice lunga; e la dice lunga il richiamo espresso ad Arcangeli, al suo bisogno di far respirare il diritto nella storia. Del resto, se il Giudiceandrea fosse stato meno incolto, si sarebbe subito reso conto che il Nostro si inseriva in una corrente di indagatori — vengono immediatamente alla memoria il Simoncelli (10) e il Maroi (11) — che, lungi dall'annacquare i rigorosi assetti giuridici in vaghi e fumosi sociologismi, avevan con umiltà studiato i documenti giuridici medievali (soprattutto, e con meriti altissimi, il Simoncelli) muniti di autentico spirito comparativo.

Abbiam detto più sopra dell'esigenza — sentitissima da Bassanelli — di darsi una solida base civilistica; abbiam detto or ora della sua sensibilità per il sociale e l'economico; possiamo ora riprendere

(8) Il riferimento è al saggio capograssiano *Agricoltura, diritto, proprietà* (1952), ora in *Opere*, vol. V, Milano, Giuffrè, 1959, un saggio che — pubblicato originariamente nella *Rivista di diritto agrario* — circolò fittamente fra gli agraristi ed ebbe un influsso rilevantissimo.

(9) BASSANELLI, *Postilla a Il lavoro come fonte della proprietà della terra*, cit., p. 619.

(10) V. SIMONCELLI, *Il principio del lavoro come elemento di sviluppo di alcuni istituti giuridici* (1888), ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Roma, Foro italiano, 1938.

(11) F. MAROI, *Il lavoro come base della riforma dei contratti agrari* (1949-51), ora in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1956.

gli accenni fatti e precisare conclusivamente come queste due dimensioni si componessero alla perfezione in lui come agrarista, come ordinario — per tutta la lunga vita universitaria — di « Diritto agrario ». Un personaggio, Bassanelli, che non ha mai strumentalizzato questa collocazione accademica, che non l'ha mai considerata una posizione inferiore dalla quale poter poi raggiungere una più elevata, per esempio — come spesso è recentemente avvenuto — per passare a una cattedra di Diritto privato o Diritto civile. È che il Diritto agrario — se inteso con rigore, come lui lo intendeva — soddisfaceva compiutamente al suo anti-formalismo, al suo gusto del positivo. Bassanelli si sentì sempre profondamente un agrarista.

Qualcuno rimarrà sorpreso di un'affermazione tanto netta e, pensando al comportamento apparentemente quasi autolesivo da lui tenuto sul tema dell'autonomia scientifica della disciplina, la riterrà meramente liturgica, data l'occasione e data la presenza di tanti colleghi agraristi. È chiaro: in un momento quale fu quello degli anni Venti e Trenta così vivacemente percorso da proposizioni a favore od ostili, è doveroso constatare che il Nostro si è sempre sottratto alla disputa, né tanto meno si è schierato accanto ai paladini giurati di essa, primo fra tutti Giangastone Bolla.

Il problema dell'autonomia è tipico di ogni disciplina nascente e non senza ragione Bolla lo propose subito, negli anni Venti, facendo ben volentieri della sua « Rivista di diritto agrario » un manifesto programmatico e un contenitore di contributi sul delicato problema. Il problema Bolla lo viveva però in modo parossistico, aggredendolo frontalmente e assillando per esso i colleghi. Con una buona dose di ingenuità, in lui il problema è addirittura epistemologico, e investe astrattamente l'intero assetto disciplinare; l'autonomia diventa autonomia di principii scientifici fondanti. È una strada che Bassanelli, meno facile agli entusiasmi e culturalmente (ma anche tecnicamente) più accorto, si rifiuta di percorrere. Altro è il suo cammino, e lo dimostra nitidamente nell'esemplare voce « Diritto agrario » scritta nei tardi anni Trenta per il « Nuovo Digesto Italiano »⁽¹²⁾: vi registra accuratamente l'opinione sfavorevole del suo maestro Arcangeli e, accanto, la voce allora più decisa a favore,

(12) *Diritto agrario*, in *Nuovo Dig it.*, vol. IV, Torino, Utet, 1938, p. 887.

proveniente non da un agrarista ma da un filosofo del diritto, Benvenuto Donati; si limita a registrare opinioni e a prendere atto onestamente che la tesi di Donati aveva una prevalenza di accoglimento da parte della dottrina agraristica; qui arriva e qui si arresta. È nicodemismo? È viltà? È forse che Bassanelli non crede a questa autonomia? Ripeto: la strada è altra ⁽¹³⁾.

Gli dà fastidio l'entusiasmo incontrollato e discutibile di Bolla, ne diffida come di scelta troppo emozionale e, nel tempo stesso, troppo astratta. Egli preferisce non lasciarsi irretire dall'incanto subdolo di troppo impegnative teorizzazioni generali, e scendere invece su un terreno più concreto e più probante: guardare dal di dentro, da giurista, da grammatico del diritto, gli istituti del diritto agrario, usando gli strumenti tipici del giurista, e cioè la sua tecnica, la sua grammatica. Saranno i singoli istituti, empiricamente, a confessare o smentire la loro specificità. L'autonomia del diritto agrario non può non risolversi, non può che risolversi, in autonomia di singoli istituti.

III.

Insieme a Bassanelli ripercorreremo ora la strada da lui compiuta, e dalla quale il suo metodo e le sue certezze emergeranno limpidamente; ne emergerà — ci sembra — anche la qualità notevole della sua figura di giurista e la sua coerenza culturale di agrarista complesso e completo, civilisticamente preparato, sensibile al mutamento socio-economico.

Credo che non sarebbe arrischiato individuare nel contratto agrario il tema-problema intorno a cui ha ruotato la sua riflessione di giurista, almeno del periodo creativo. È una scelta indicativa perché conferma quanto si è or ora detto di lui sotto un profilo generale. Il contratto agrario è infatti l'istituto che, più di ogni altro, è figlio del mutamento socio-economico del Novecento come affioramento a livello del diritto di precise istanze nate e consolidate su un terreno

⁽¹³⁾ Sul problema dell'autonomia diverso è il discorso che Bassanelli fa nella redazione della voce *Diritto agrario* per il *Noviss. Dig. it.* (vol. V, Torino, Utet, 1968), dove si assume un non celato atteggiamento di fastidio e dove apertamente si respinge la tesi autonomistica come tesi generale.

squisitamente economico e agronomico; il contratto agrario è infatti il frutto della faticosa e annosa affrancazione di un assetto speciale dallo schema generico e insufficiente della locazione.

È questa affrancazione, è l'evolversi cospicuo del contratto agrario dagli anni Venti agli anni Cinquanta, che nessun giurista come Bassanelli ha vissuto tanto intensamente, contribuendo in modo decisivo a una vera e propria palinogenesi scientifica grazie a un folto e qualificatissimo numero di interventi che durano, martellanti, per un intero venticinquennio.

Si pensi per un momento al clima di quegli anni Venti: il Codice civile del '65 viveva stancamente la sua ormai lunga vita storica ostentando più di una decrepitezza. Era soprattutto nell'organizzazione giuridica della vita economica che il Codice si presentava vecchio, continuando a proporre vecchi schemi assolutamente impari allo sviluppo della società italiana: il problema dei contratti agrari vi continuava, per esempio, ad essere per buona parte risolto nella locazione-conduzione, mentre la realtà economica reclamava a gran voce strumenti completamente rinnovati.

Bassanelli sente che sono inadeguate alla peculiarità della locazione dei fondi rustici quelle poche e frammentarie « regole particolari » indicate nel Codice ⁽¹⁴⁾ quale segno tenue di specialità; sente lucidamente che le forze economiche han necessità di strumenti rinnovati per realizzarsi appieno nella vita sociale e che è mortificante seppellire quelle forze sotto la cappa di piombo della vecchia romana locazione unitaria. Questo il giovane studioso lo avverte subito, all'inizio del suo itinerario scientifico, e comincia a snodarsi un filo che avrà perfetta continuità sino ai tardi anni Cinquanta.

A mio avviso, infatti, una testimonianza di questo atteggiamento è percepibile già nel primo corposo saggio di un giovane appena laureato: 1929.

Si tratta del commento a un progetto di Codice italo-francese delle obbligazioni e dei contratti, che Bassanelli esamina nella sola parte dedicata al contratto di mezzadria ⁽¹⁵⁾; ed è qui che si com-

⁽¹⁴⁾ Libro III, tit. IX, capo II, sez. III: « Regole particolari alla locazione de' fondi rustici ».

⁽¹⁵⁾ *La natura giuridica della mezzadria nel « Progetto di Codice delle obbligazioni e dei contratti » italo-francese*, in *Riv. dir. agr.*, 1929, I, p. 370 ss.

piace di rilevare quello che lui stesso qualifica come « il gran passo ». Se qualcuno domandasse in che cosa consiste, bisognerebbe rispondere: nella separazione, concettuale innanzi tutto, tra locazione di cose, contratto di lavoro, contratto di appalto, finalmente disincagliati dalle secche d'una tradizione che non aveva saputo andare oltre la differenziazione tra locazione di cose e locazione d'opere (16). Per Bassanelli è la prima messa in opera di una razionalizzazione sistematica, che può fungere da meccanismo di autonomizzazione all'interno e all'intorno della locazione.

Dieci anni dopo, il tema è ripreso, sviluppato e portato a risultati sistematici di grosso rilievo negli studi in memoria del suo non dimenticato maestro Arcangeli. Siamo di fronte al saggio del Nostro forse più nutrito di grammatica, e cioè le « Note introduttive allo studio della locazione dei fondi rustici » (17). Il discorso è qui messo a fuoco proprio su quella specie locativa tanto sacrificata nel contesto del Codice del '65. Come ho sopra accennato di sfuggita, c'erano nel Codice solo alcune « regole particolari », abbastanza occasionali, abbastanza sfilacciate. L'operazione di Bassanelli, un'operazione da grammatico del diritto — permettetemi che adoperi ancora una volta questa metafora, qui particolarmente appropriata —, trae origine dalla contemplazione del divario insanabile fra le richieste vive della società e dell'economia contemporanee e la nozione mummificata (18) che forniva il legislatore (e, dietro di lui, la dottrina prevalente), dalla conseguente esigenza di sottrarre la posizione del conduttore — il suo godimento — a quelle fragilità, a quella assoluta dipendenza dai poteri del locatore, che una tradizione antica fissava in modo indiscutibile: si incide esattamente sul tessuto della sfera di libertà del conduttore (19). Nell'articolo 1569

(16) « È stato compiuto il gran passo della separazione della *locatio rei* dalla *locatio operis* e dalla *locatio operarum*, cui sono stati dedicati due titoli distinti creando due contratti autonomi: il contratto di lavoro e il contratto di appalto » (*ibidem*, p. 370).

(17) *Scritti giuridici in memoria di Ageo Arcangeli*, vol. II, Padova, Cedam, 1939.

(18) « La nozione empirico-economica del rapporto non concorda con la nozione che ne ha la dottrina. La quale nega che un potete autonomo, diretto, immediato sul bene competa al conduttore » (*ibidem*, p. 613).

(19) Bassanelli trovava alcuni spunti in una civilistica italiana eterodossa (per esempio: F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 525, e *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni* (1927), ora in *Studi di diritto processuale*,

del Codice, ancora per poco vigente quando il saggio venne scritto, secondo Bassanelli, il far godere da parte del locatore — di cui parla la legge ⁽²⁰⁾ — deve essere interpretato come un lasciar godere ⁽²¹⁾. Dov'è che incide il suo bulino di giurista? Scava nel tentativo di ricavare una più ampia e autonoma sfera di libertà del conduttore con una fine analisi tecnica tutta tesa a irrobustirne il contenuto; lo scopo palese è di valorizzare la capacità organizzativa del conduttore sul bene, il suo lavoro di gestore economico del bene. La conclusione interpretativa, per vero assai poco esegetica, è che il conduttore non tiene la cosa per il proprietario, bensì la tiene per sé, per usarla nell'interesse proprio ⁽²²⁾. Egli non lascia la sfera delle situazioni personali, ma è quasi una prefigurazione, in un terreno legislativo che non lo avrebbe potuto permettere, del futuro affittuario imprenditore.

Il tema dell'impresa, del contratto agrario come contratto d'impresa, fonte dell'impresa agraria, è il tema centrale di un Bassanelli straordinariamente creativo. Non c'è quindi da meravigliarsi se, nel '43, nel grande commentario al nuovo Codice civile allora diretto soltanto da Antonio Scialoja, mentre la corporativista Luisa Riva Sanseverino è chiamata a trattare dell'impresa in generale, proprio a

vol. II, Padova, Cedam, 1928; nonché U. RATTI, *Sul diritto di godimento del locatario*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, Roma, Foro italiano, 1931). Egli li sviluppava arricchendoli della sensibilità economica che è propria dell'agrarista. Di lì a non molto, l'indirizzo sarebbe stato ripreso, con posizione in parte autonoma, da G. DEIANA, *Considerazioni sul diritto di godimento del conduttore*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1951, mentre M. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, I, Milano, Giuffrè, 1940, sarebbe andato ben oltre, arrivando al corposo risultato sistematico di costruire, accanto ai diritti reali e ai diritti di credito, la categoria dei diritti di godimento su cosa altrui. È doveroso segnalare che uno spunto veniva offerto a Bassanelli dalla comunicazione di Santoro Passarelli nel Congresso agraristico fiorentino del '35 (cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Locazione e affitto rustico*, in *Atti del Primo congresso nazionale di diritto agrario* (21-23 ottobre 1935), Firenze, Accad. dei Georgofili, 1936).

⁽²⁰⁾ Per comodità del lettore trascrivo qui la dizione dell'art. 1569: « La locazione delle cose è un contratto, col quale una delle parti contraenti si obbliga di far godere l'altra di una cosa per un determinato tempo, e mediante un determinato prezzo che questa si obbliga di pagarle ».

⁽²¹⁾ *Note introduttive allo studio della locazione dei fondi rustici*, cit., p. 639.

⁽²²⁾ *Ibidem*, p. 644.

lui venga affidato il tema scottante dell'impresa agraria (23): sarà un compito gravoso ed estremamente impegnativo sul piano costruttivo; ma non v'è dubbio che la scelta si palesava azzeccata perché egli era il più tagliato, il più vocato a parlare di impresa e di quel tipico contratto di impresa che è il contratto agrario.

Bassanelli apprezza quanto si è fatto da parte dei compilatori del Codice, anche se non manca di registrare certe deficienze: l'impresa, come schema arricchente, perviene troppo tardi alla coscienza dei codificatori e la conseguenza imbarazzante sono le disarmonie sistematiche rilevabili nell'ambito del Codice; è però una grande conquista che si cominci finalmente a parlare di organizzazione professionale del lavoro ai fini della produzione (24). E prende avvio quella dialettica, che sarà sua per quasi venti anni, fra proprietà e impresa, il dualismo — come lui lo chiama (25) — fra proprietà e impresa; e, soggiacente ma incalzante, il tentativo di valorizzare l'impresa anche a scapito della semplice proprietà capitalistica. Il contratto agrario è lo strumento mediante il quale l'agricoltore non-proprietario dà vita alla propria impresa. L'affittuario è ormai il titolare di un diritto intenso, ben più intenso di quello del generico conduttore per l'elementare motivo che gli compete l'organizzazione imprenditoriale.

Vorrei richiamare l'attenzione su cosa scrive il nostro amico nel '42, commentando di fronte alla fiorentina Accademia dei Georgofili la sistemazione dei contratti agrari nel Codice appena redatto (26). L'occhio è preveggen- te: i successivi trenta-quaranta anni sono già contenuti in queste linee scritte, nel primissimo contatto con la legge nuova di zecca, con una prontezza di riflessi che desta ammirazione. Siamo infatti appena nel 1942: « La pressione delle urgenti esigenze economiche, la crescente sensibilità della giurisprudenza dinanzi ai problemi della produzione, la tendenza nella

(23) *Commentario del Codice civile*, a cura di A. Scialoja, Libro quinto « Del lavoro », artt. 2060-2246, Bologna, Zanichelli, 1943.

(24) Il rilievo è sottolineato da Bassanelli nella sua prima riflessione sulla sistemazione dei contratti agrari nel nuovo Codice (v. *I contratti agrari nel nuovo Codice*, in *Riv. dir. agr.*, 1942, p. 34: « nel lavoro di codificazione si pensò all'impresa già tardi, quando il disegno di tanti istituti era già fissato nelle linee definitive »).

(25) *I contratti agrari nel nuovo Codice*, cit., p. 36. Frase ripetuta anche altrove (cfr. *La crisi del contratto agrario*, in *Riv. dir. agr.*, 1948, p. 167).

(26) È il saggio, già menzionato, su *I contratti agrari nel nuovo Codice*.

tecnica legislativa verso una disciplina sempre più differenziata in ordine alla natura ed alla destinazione dei beni, consentono la previsione che, entro breve volger di tempo, la disciplina dell'affitto e del piccolo affitto saranno percorse da quelle correnti che le indirizzeranno verso l'autonomia. Probabilmente l'affitto si orienterà a favore della realtà del diritto del conduttore » (27). Forse, delle smentite ci sono oggi e forse è diverso l'indirizzo che da oggi in avanti si può prevedere, ma certamente Bassanelli aveva allora lucidamente visto il cammino che sarà percorso dalla legislazione speciale nei successivi decenni. Né si può tacere come quel riferimento alla « disciplina sempre più differenziata in ordine alla natura ed alla destinazione dei beni » segnali la modernità della diagnosi giuridica di Bassanelli: egli si inseriva in quella revisione novissima delle concezioni della proprietà e dei diritti reali, che aveva trovato, in Italia, in Finzi e Pugliatti i maestri di avanguardia e che pretendeva di partire dall'osservazione della cosa e dei suoi statuti obbiettivi per ricostruire dalle fondamenta il sistema (28).

È un uomo che vive pienamente il suo tempo, è l'opposto di un esegeta, è l'opposto di un personaggio passivo ed inerte. Non v'è sordità in lui; al contrario, v'è un'accesa sensibilità. Come dimostra in altissimo grado una delle riflessioni più espressive di Enrico, la sua prolusione bolognese del 1948 su « La crisi del contratto agrario ». Una prolusione, cioè un'occasione che era sempre servita ai giuristi per le proprie puntualizzazioni metodologiche e programmatiche e che un tal carattere serba anche nel discorso bassanelliano. Già il titolo può apparire — per lo spazio ampio che ricomprende, per lo sguardo anche al di là del diritto che sembra far suo — una smentita a quel pudore di cui si trattava all'inizio. È forse il saggio più noto, più circolante del Nostro: ed è la presa d'atto — da parte di un personaggio che ha gli occhi ben aperti sul mondo — del muta-

(27) *Ibidem*, p. 35.

(28) È noto che uno dei più fertili laboratorii sperimentali fu proprio il Primo congresso nazionale di diritto agrario, con memorabili relazioni di Finzi e di Pugliatti. Un analogo orientamento dottrinale si ebbe in Germania, sia nel periodo weimariano, sia nel periodo nazional-socialista, con Franz Wieacker come corifeo e con le sue « Wandlungen der Eigentumsverfassung » (1935; (lo stesso anno del congresso agraristico fiorentino!) come espressione più compiuta: cfr., da ultimo, P. GROSSI, *Un grande giurista del nostro tempo: Franz Wieacker (1908-1994)*, in *Riv. dir. civ.*, 1995.

mento brusco, quasi della inversione di valori, che, nell'immediato secondo dopoguerra, si profila nel mondo del diritto, soprattutto nel geloso territorio delle fonti, dove un invadente legislatore speciale mette a soqquadro l'assetto stabilito dalla tradizione e accettato dal costume, e sconvolge equilibri secolarmente definiti. La prolusione ha infatti un sotto-titolo: « a proposito del progetto Segni sulla riforma dei contratti agrarii »⁽²⁹⁾.

È per questo che il discorso del giurista si fa inaspettatamente più scoperto deponendo per un momento l'abituale circospezione, il rigoroso filtraggio. La vecchia cittadella delle fonti giuridiche — al cui interno legge generale (il Codice), usi e autonomia privata avevano duttilmente convissuto con l'ausilio sensatissimo di giurisprudenza e dottrina; dove era il costume a generare la regola quotidiana — ora rischia di essere espugnata da uno sfacciato intervento che proviene da fuori le mura, che porta nel mondo del diritto e delle fonti giuridiche un profondo turbamento negli equilibri consolidati. Qui non si tratta ormai soltanto di crisi del contratto agrario; dietro, c'è la crisi del contratto come categoria e come schema generale di convivenza, e, dietro ancora, c'è la crisi dell'individualismo giuridico, e, ancor più dietro, dell'individualismo senza aggettivi; mentre domina tutti — giuristi e non — « un segreto atteggiamento fatalistico di fronte all'azione dello Stato »⁽³⁰⁾.

Bassanelli si sente costretto a deporre il suo linguaggio misurato e a parlare a gran voce. Egli non è un individualista e non ha certamente una visione ottusa dei rapporti fra proprietà, lavoro, impresa: i suoi contributi degli anni Trenta e dei primi anni Quaranta eran portatori — l'abbiam visto — di una visione aperta, con una decisa disponibilità a registrare a livello giuridico l'enfaticizzazione del lavoro e dell'impresa.

Ma una cosa, altrettanto certamente, Bassanelli teme, ed è lo statalismo; un dirigismo che tutto manovra e tutto regola, che non lascia spazi (se non irrisorii) all'autonomia dei privati, che cancella la sapienza elastica degli usi, che pretende di far indossare a una

⁽²⁹⁾ *La crisi del contratto agrario (a proposito del progetto Segni sulla riforma dei contratti agrarii)*.

⁽³⁰⁾ *Ibidem*, p. 163.

società in movimento una veste rigidissima, uniforme, duratura. Proprio perché non-esegeta, proprio perché non ha nulla a che spartire con la coorte numerosa dei caudatarii senza idee, egli diffida del legislatore, particolarmente quando questi reclama accesso in zone che la ragion civile gli ha nei secoli negato. Lo spettro è il « livellamento »⁽³¹⁾, l'uniformità, l'indifferenza al mondo dei fatti e alle sue infinite variazioni, lo schema astratto onnivale. La prefigurazione, insomma, di schemi statici che inevitabilmente porteranno a soffocare la tensione dinamica della società. Se il diritto è il prodotto di un complesso, di un grande complesso, di forze storiche, è giusto che queste forze — forze plurali — non siano contenute nella loro libera manifestazione, nemmeno se lo strumento di compressione si identifica in una legge.

Il contratto agrario non può che essere espressione di quelle forze e non può che essere costruito dal basso, con una aderenza totale alla concretezza della vita quotidiana, delle mille situazioni in cui si sfaccetta la realtà agraria italiana. Il livellamento legislativo è forzatura: « Lo schema astratto del contratto pone le condizioni della statica dell'organizzazione; ma quanto appartiene al funzionamento, alla dinamica, dipende dalla minuta pattuizione degli elementi accessori, e sono essi che plasmano il contratto sui dati non modificabili e caratteristici di ogni azienda individua e consentono la perfetta aderenza alla necessità concreta »⁽³²⁾. Bassanelli non ha esitazione nel rimpiangere le vecchie soluzioni codicistiche, sia del Codice del '65 sia di quello del '42, che, pur con i loro difetti, avevano il pregio di una disciplina elastica grazie ad ampi rinvii alla consuetudine e ai liberi regolamenti delle parti. Giacché « mentre l'uso adatta lo schema astratto alle esigenze reali della zona, la volontà delle parti adegua alle esigenze dell'azienda »⁽³³⁾. Particolarismo indefettibile del diritto agrario, preteso dalla terra perché scritto nella terra, negli statuti particolari delle singole terre.

La coscienza della plasticità del contratto agrario e l'esigenza di non irretirlo in uno schema troppo rigido costituiscono, d'ora in

⁽³¹⁾ « Livellamento » è parola bassanelliana; egli parla infatti di « livellamento egualitario » (*ibidem*, p. 164).

⁽³²⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽³³⁾ *Loc. ult. cit.*

avanti, per un intero decennio, il *topos* dominante nella riflessione bassanelliana e anche il punto d'approdo delle sue meditazioni sul tema. Egli è convinto che l'evoluzione corra nel senso di privilegiare impresa e imprenditore e che il contratto di locazione di cosa produttiva è generativo di una situazione imprenditoriale sul bene in capo al conduttore. Nel sistema del Codice, la posizione di questi, se è ancora da collocarsi tra i diritti personali, si pone tuttavia al limite estremo verso la realtà. La sua consapevolezza del mutamento sociale lo avverte infatti che si tratta di una posizione giuridicamente intensificata, anche se non si è ancora compiuto il grande passo che immette nel territorio della realtà ⁽³⁴⁾.

La crisi del contratto agrario si origina nel contrasto fra la tendenza del « nuovo » legislatore (un legislatore invadente) verso l'uniformità e la resistenza che gli oppone la realtà agronomica ed economica tutta protesa a consentire il libero adattamento delle singole imprese ai singoli ordinamenti produttivi. È crisi, perché la lotta è impari « e si risolve con il sacrificio del contratto » ⁽³⁵⁾.

La preoccupazione del giurista è su questo piano, è per un risultato di figure giuridiche rigide che non aderiscano alla piattaforma economica e che non corrispondano quindi alle richieste di questa. La valutazione non è ispirata a ottuso misoneismo e non investe affatto tutte le novità del nuovo momento storico. E lo dimostra la serena accettazione — direi quasi, la convinta accettazione — di un proprietario capitalista sempre più esautorato dal concessionario imprenditore. Ascoltiamo le sue parole: « Si chiude il ciclo liberale. Vedremo nuove incarnazioni del binomio dominio diretto e dominio utile, ed ancora una volta il dominio utile nascerà come strumento di solidarietà sociale ed attuazione del senso collettivo della vita » ⁽³⁶⁾.

L'agrarista munito di vigile coscienza storica, anche se è ben alieno dal farsi adepto di dottrine socialistiche, capisce che il nuovo corso valorizza sempre più la dimensione sociale del contratto agrario. Non solo non ne è scandalizzato, ma vi ritrova la verifica di intuizioni che erano state sue da anni. Il vecchio allievo di Arcangeli,

⁽³⁴⁾ *Ibidem*, p. 170.

⁽³⁵⁾ *Ibidem*, p. 172.

⁽³⁶⁾ *Loc. ult. cit.*

colui che aveva maneggiato in modo provetto i documenti giuridici medievali per i suoi studi sulla colonia perpetua e sulla colonia *ad meliorandum*, vi coglie soltanto un ricorso di vecchie figure familiari alla dottrina di diritto comune: il concessionario come *dominus utilis*, la proprietà che torna a scindersi in dominio diretto ed utile. E cita Finzi, che proprio di dominio utile aveva parlato nel congresso agraristico del '35; di lì a poco, in un saggio del '52, citerà anche un vecchio schema interpretativo ben noto agli storici del diritto, la *gewere*, termine alto-germanico individuante una situazione di effettività sul bene, che Finzi aveva riesumato per suoi fini e che ora anche Bassanelli ripropone in pagine così nuove e, al tempo stesso, così legate ad una tradizione antica⁽³⁷⁾. È il tempo in cui prende forma la Costituzione repubblicana, una Costituzione percorsa da istanze solidaristiche provenienti dalle sue componenti culturali marxista e cristiana; non v'è dubbio che Bassanelli orecchia con sensibilità e disponibilità.

Anni Cinquanta: « Struttura e funzioni del contratto agrario » (1952); è la sua relazione al terzo congresso nazionale di diritto agrario⁽³⁸⁾. Due anni dopo, l'altra relazione già menzionata: « Il lavoro come fonte della proprietà della terra »⁽³⁹⁾. Qui Bassanelli è nel pieno della sua maturità di studioso, nel pieno dei suoi strumenti culturali e tecnici. Ora, è anche in grado di verificare nei fatti la direzione e l'assestamento di quella mutazione sociale che lo aveva visto attentissimo fin dai suoi anni giovanili.

L'adesione è decisa verso uno sviluppo che gli sembra nelle cose e che il suo solidarismo di cristiano sincero gli fa anche apprezzare: « il contratto agrario appare come una delle innumerevoli forme in cui si attua la cooperazione in agricoltura »⁽⁴⁰⁾. E, all'interno del contratto, un valore che emerge e si afferma, il lavoro, chiamato a una collaborazione primaria nella costruzione dell'ordine agrario⁽⁴¹⁾; un lavoro ormai divenuto valore autonomo perché ormai

⁽³⁷⁾ È nel saggio citato alla nota successiva.

⁽³⁸⁾ In *Atti del Terzo Congresso Nazionale di Diritto Agrario* (Palermo, 19-23 ottobre 1952), Milano, Giuffrè, 1954.

⁽³⁹⁾ V. la citazione più sopra, alla nota 6.

⁽⁴⁰⁾ *Struttura e funzione del contratto agrario*, cit, p. 783.

⁽⁴¹⁾ *Ibidem*, p. 787.

liberato, cioè non più « confuso con l'esercizio del godimento del fondo » (42).

E riaffiorano vecchie forze, prima fra tutte la relazione immediata con il fondo, che aveva riportato alla mente del giurista nutrito di storia l'antica *gewere*; e col supporto di queste forze ecco profilarsi « uno stato di libertà, simile, almeno in linea di fatto, a quello che nasce dalla signoria » (43); e l'esercizio del godimento da parte dell'affittuario, che comincia a prospettarsi giuridicamente « come esercizio del potere discrezionale dell'imprenditore » (44).

Permane invece lo scetticismo per lo strumento legislativo, per il livellamento legislativo che rischia di affrettare e coartare uno sviluppo già in atto nella società e di cui consuetudini e contrattazioni private si stavan facendo portatrici, senza traumi, senza improvvisazioni, con un assorbimento lento ma indolore da parte del costume. E, a fronte di una legislazione speciale sentita quasi come violenza legale, ritorna il motivo del rimpianto per la disciplina meramente codicistica che, all'interno dei suoi generalissimi schemi ordinanti, aveva lasciato uno spazio enorme agli usi e agli accordi fra le parti (45). Lo spettro resta sempre quello monotonamente ripetuto: « la varietà ed il movimento della vita sarà soffocato dalle rigide linee d'una legge uguagliatrice e perciò ingiusta » (46).

IV.

Dopo questi anni fertili quando occhi fertili avevan saputo vedere e cogliere acutamente il processo in atto e inserirvisi, l'itinerario scientifico di Bassanelli certamente non si arresta ma rivela qualche segno di stanchezza. Forse, l'inserramento del diritto agrario in una gabbia sempre più stretta di leggi speciali; forse, l'allontanamento sempre più marcato da quell'equilibrio armonico fra Codice, usi e accordi privati tanto ammirato dal pluralista Bassanelli; forse, tutto questo ha creato un distacco psicologico e un infiacchimento della ricerca creativa.

(42) *Il lavoro come fonte della proprietà della terra*, cit., p. 609.

(43) *Struttura e funzione del contratto agrario*, cit., p. 789.

(44) *Ibidem*, p. 791.

(45) *Ibidem*, p. 794.

(46) *Loc. ult. cit.*

Le tracce del cammino che continua ci sono, ma confermano — a mio avviso — una simile conclusione: così nella Relazione alla prima assemblea dell'IDAIC ⁽⁴⁷⁾, dove torna insistente il motivo già tante volte accennato della dialettica fra legge e prassi e dove riemerge, a fronte di un'aperta diffidenza verso l'aridità dello strumento legislativo, la convinta fiducia ne « la perenne funzione creatrice della prassi » ⁽⁴⁸⁾, nella « sua inesauribile funzione creatrice di struttura » ⁽⁴⁹⁾; così nell'ampio studio del '65 sulla pianificazione in agricoltura ⁽⁵⁰⁾ dove, accanto al sincero sforzo di comprensione, al tentativo coscienzioso di impossessarsi degli schemi offerti dalla dottrina giuspubblicistica, persiste l'atteggiamento di sospettosità verso una disciplina esclusivamente autoritativa dell'organizzazione agraria.

Il periodo creativo della ricerca bassanelliana è già trascorso, ed è situabile in quel venticinquennio dal '29 al '54 così greve di eventi per la storia giuridica italiana con il vistoso trapasso di codificazione, con il fondamentale mutamento istituzionale e costituzionale. Qui la vicenda scientifica del Nostro, tutta incentrata sul tema vitale e novissimo dell'impresa agraria e del suo strumento genetico primario, il contratto agrario, è esemplare: il bulino del giurista che, attento ai segni dei tempi, lavora sul tessuto del contratto agrario, dimostra come la funzione della scienza giuridica non possa arrestarsi al momento esegetico ma debba elevarsi al più alto momento interpretativo; interpretazione come concorso e contribuzione al processo creativo del diritto. La riflessione bassanelliana sul contratto agrario — e sulla sua affrancazione del bózzolo unitario della *locatio conductio* — contribuisce infatti a crearlo, a disegnarlo compiutamente, ad acquisirlo al diritto agrario italiano. È pertanto

⁽⁴⁷⁾ *Problemi della proprietà fondiaria in Italia e soluzioni legislative*, in *Atti della Prima Assemblea dell'Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato* (Firenze, 4-8 aprile 1960), Milano, Giuffrè, 1962, vol. I.

⁽⁴⁸⁾ *Ibidem*, p. 68.

⁽⁴⁹⁾ *Ibidem*, p. 75. L'intera frase è pregnantissima e mette conto di trascriverla totalmente: « Mirabilmente le esigenze che la legge ha ignorato, sono state individuate con prontezza e puntualità dalla prassi, che, nella sua inesauribile funzione creatrice di strutture, ha escogitato lo schema idoneo ad attingere i risultati che il legislatore ha mancato ».

⁽⁵⁰⁾ *Tre leggi pianificatorie dell'agricoltura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 1353 ss.

una vicenda scientifica non dimenticabile. Aggiungerei: è anche una lezione di metodo, che resta per tutti noi.

Per questo, oggi — gentile signora Anna Franca —, pur serbando ben viva nel nostro cuore la memoria dell'uomo e dell'amico, abbiám voluto ricordare un maestro dei nostri studii, un maestro anche per i nostri allievi a venire.

ALLA RICERCA DI FRAMMENTI DI VERITÀ

(omaggio a Francisco Tomás y Valiente)

I. Un libro (da meditare) per un personaggio (da ricordare). — II. Francisco Tomás y Valiente uomo di cultura: ricerca e rispetto de *le* verità, dei *fragmentos de verdad*. — III. Tomás storico del diritto. — IV. Tomás ‘costituzionalista’.

I. Quando Bartolomé Clavero mi propose di pubblicare questa biografia intellettuale di Francisco Tomás y Valiente nella nostra ‘Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno’ (*), la mia lunga esperienza di direttore di un Centro universitario, per avermi necessariamente familiarizzato con le mille difficoltà amministrative e finanziarie che in Italia sono — ohimè! — connesse con l’esercizio della ricerca scientifica, avrebbe dovuto consigliarmi un assenso di massima e, sul momento, nulla più. Invece, senza alcuna cautela, con un entusiasmo cui fiorentinamente non sono consueto, risposi subito dichiarandomi in ansiosa attesa del dattiloscritto.

Le ragioni di questo incontrollato (ma felice, e di cui mi compiaccio) atteggiamento sono due, e tutte e due validissime: la prima è che la proposta proveniva non soltanto da un carissimo amico, amico da sempre del Centro e dei ‘Quaderni’, ma da uno degli storici del diritto che io stimo di più, che reputo fra i maggiormente validi a livello mondiale; la seconda è che si trattava di onorare un personaggio di statura intellettuale altissima, onorarlo con l’unico strumento che non ricadesse nei riti stucchevoli d’un cerimoniale, e cioè col ricordo ⁽¹⁾. Ricordo integrale: del consape-

(*) B. CLAVERO, *Tomás y Valiente: una biografía intelectual*, Milano, Giuffrè, 1996.

(1) Lo riconosce lo stesso Tomás nel suo ‘discorso’ dottorale in occasione della laurea *honoris causa* in diritto presso la Università di Salamanca: « el mejor homenaje es siempre el recuerdo » (*Discurso del nuevo doctor Profesor Francisco Tomás y Valiente*, in *Investidura de los Profesores Derek H.R. Barton, Irenäus Eibl-Eibesfeldt y Francisco Tomás y Valiente como Doctores ‘honoris causa’*, Salamanca, 1995, p. 74.

vole uomo di cultura; del maestro universitario amato e ammirato, che aveva preferito rinunciare alla funzione di Ministro della Giustizia del Regno di Spagna per restare nell'Università e tenervi corsi; del saggio, sensibile magistrato e Presidente del 'Tribunal Constitucional'; dello storico del diritto, che fu grande, coi suoi programmi proiettati verso il futuro, presaghi di futuro e ricolmi di futuro.

A Firenze, nell'ambito del nostro Centro, si era spesso discusso e progettato — in coerenza coi nostri sentimenti di sincera ammirazione — di onorarlo adeguatamente, ma si era ancora incerti sul modo più efficace e conveniente, quando la mano assassina del 14 febbraio 1996 irreparabilmente impedì di realizzare un appuntamento festevole cui tutti tenevamo.

La pubblicazione monografica proposta da Clavero ci consente oggi di essere parte attiva in questa onoranza, a Francisco e a noi così congeniale perchè tutta consegnata al ricordo dello scienziato, del maestro, dell'operatore di diritto. E ci consente, ancora una volta ma su un terreno più durevole, di dimostrare l'aberrazione di quel gesto infame del 14 febbraio, e di urlare — insieme alla condanna che trova una motivazione inoppugnabile nella testimonianza di questo libro — il nostro sdegno che non si placa e il nostro dolore che non si attenua.

Nelle pagine che seguono Bartolomé Clavero disegna, con tratto sicuro, le linee maestre di uno straordinario itinerario intellettuale. Non sono pagine scritte a freddo, inerti; anzi, v'è in esse coinvolgimento, ma sempre all'insegna di una vigile criticità. Qui coinvolgimento non significa partigianeria umorale, significa piuttosto il rifiuto di un lavoro meramente compilatorio per tentare la strada difficile e ardua — oh, quanto ardua! — della comprensione del proprio oggetto conoscitivo. E questa è opera autenticamente storiografica.

Aggiungerei una notazione: proprio perché la ricostruzione dell'itinerario intellettuale è qui atto di comprensione, Clavero ha voluto fondarla — e ha fatto cosa egregia — in una analisi minuta filologicamente assai provvista. Il puntualissimo scavo filologico, le collocazioni dei singoli testi, la rilevazione delle varianti da manoscritto a pagina stampata o da una prima a una seconda versione o da una prima a una seconda edizione, l'utilizzazione dell'archivio privato di Francisco messo a disposizione da parte dei familiari,

tutto questo dà forza al fermo e acuto disegno, a quella orditura di intuizioni in cui è l'essenza prima di un approccio veramente storico.

Aggiungerei una seconda notazione: l'ulteriore pregio obiettivo del gran lavoro svolto da Clavero (cui va la gratitudine mia personale e del Centro) è che si offre al lettore di questo libro non solo l'interpretazione del Tomás conosciuto, quello consegnato nelle pagine dei tanti suoi scritti èditi e largamente diffusi, ma, in primo luogo, un sondaggio approfondito anche sul Tomás inèdito, sui suoi ultimissimi contributi non ancora stampati e particolarmente sui manoscritti incompiuti, gli abbozzi, gli appunti del suo lavoro in gestazione, quel lavoro interrotto bruscamente dagli assassini ma che pur sussisteva, con una sua trama ben precisata nella coscienza dell'Autore, già fissato in progetti né vaghi né fumosi, bensì nettissimi nella consapevolezza culturale che li sorreggeva. Alludo soprattutto a quella storia costituzionale spagnola e a quella storia del costituzionalismo che occupavano ormai uno spazio sempre più ingombrante sul tavolo di Francisco. Un Tomás inèdito che non era intento a rimasticare cose vecchie, ma, al contrario, completamente proiettato verso il futuro, con un progetto che gli piaceva, lo coinvolgeva e anche lo affascinava.

Offriamo al lettore, con questo densissimo volume di Clavero, splendida ricostruzione storico-giuridica, un omaggio postumo a Francisco Tomás y Valiente, ne redigiamo una sorta di elogio — come un tempo si diceva nei rituali accademici —, ma elogio scritto nelle cose, nelle testimonianze che lui ci ha lasciato. Poiché Clavero mi chiede di anteporre alla sua ricerca qualche mia parola introduttiva, son lieto di contentarlo, sia per fargli cosa gradita, sia per unire alla pagina documentatissima dello storico sivigliano uno schietto omaggio personale a chi fu uno dei miei amici più stimabili.

II. Emergeva innanzi tutto in Tomás l'uomo di cultura. Egli ha infatti sempre impersonato ai miei occhi il primato liberante della cultura sull'ideologia, il primato dell'uomo di cultura sul portatore di ideologia, il primato e la vittoria della virtù unitiva e accomunante della cultura sul vizio disgregante e particolarizzante dell'ideologia.

L'amicizia intensa a tutta prova, il reciproco profondissimo legame di stima che vincolavano me e lui ce ne offre piena dimostrazione. Se c'erano infatti due persone ideologicamente diverse — se non opposte —, queste eravamo proprio io e Paco. Ma in lui, fortunatamente, vinceva l'uomo di cultura, e si affermava la propensione al dialogo, all'ascolto, al rispetto delle diversità, alla loro comprensione. A una condizione, s'intende: che queste posizioni e conclusioni diverse fossero culturalmente fondate.

Penso a due circostanze, a due vicende personali mie, che mette conto di segnalare per il loro valore testimoniale di quanto ho appena detto.

È su proposta sua che ho avuto uno dei più cari riconoscimenti accademici, il dottorato della Università Autonoma di Madrid, ed è in quella occasione che egli pensò, costruì, lesse ⁽²⁾, com'è costume del cerimoniale universitario, una cosiddetta *laudatio*, che resta per me autentico paradigma di comprensione, della comprensione che nasce unicamente dal respiro culturale dell'operatore.

È sempre su proposta Sua — e con Suo sacrificio — che è stato tradotto in castigliano il mio recente volume 'L'ordine giuridico medievale' ⁽³⁾; volume che accoglieva schemi ordinativi e presentava una lettura della civiltà giuridica medievale sicuramente a lui non congeniale, sicuramente a lui non simpatetica. Ma la simpatia, come invadenza emozionale, poteva e doveva essere in lui contenuta e rimossa da atteggiamenti costantemente critici che non abdicavano per un solo momento alla dimensione della razionalità ⁽⁴⁾.

In ciò mi appariva grande, ne avvertivo la statura superiore. E in ciò stava il suo fascino e il suo indiscusso prestigio. Come tale, poteva porsi (e, di fatto, si poneva) guida riconosciuta della storiografia giuridica spagnola, guida per tutti malgrado le divisioni

⁽²⁾ E stampò nel volume collettaneo: *De la ilustración al liberalismo-Symposium en honor a Paolo Grossi*, Madrid, 1995.

⁽³⁾ Madrid, Marcial Pons, 1996.

⁽⁴⁾ Che per lui talune mie tesi fossero discutibili viene apertamente dichiarato in altri due documenti della sua disponibilità culturale, e cioè le recensioni che, a diversi livelli, egli redige del mio volume per lo *Anuario de historia del derecho español*, LXV (1995), p. 1144, e per una eccellente Rivista spagnola di divulgazione bibliografica di cui egli era assiduo collaboratore (*Una experiencia jurídica medieval*, in *Saber leer*, Abril 1996, n. 94, p. 2).

ideologiche e di scuole che, ieri e ancor oggi, ne hanno segnato e ne ségnano il tessuto. Per questo, parlar di vuoto di fronte alla sua morte non è ripetere un luogo comune, ma piuttosto verificare una situazione negativa che si è venuta a creare per le discipline storico-giuridiche in Spagna e che rischia di protrarsi.

Francisco Tomás diffidava della ideologia per la sua triplice valenza negativa: di deformarsi sempre in atteggiamenti e valutazioni manichei; di degenerare inevitabilmente in sistema, in apparato oppressivo e coartante delle libertà individuali, delle libere opinioni e libere iniziative del singolo individuo; di essere — in fondo — una dimensione esclusivamente possessiva e financo espropriativa delle capacità critiche del soggetto.

Per l'identico motivo diffidava della fede di cui si facevan portatrici le grandi religioni rivelate. Non era infatti cattolico praticante non tanto perché i suoi genitori non gli avevano dato, da ragazzo, una educazione in tal senso, ma perché della religiosità della Chiesa Romana lo infastidiva quel suo immediato tradursi in sistema teologicamente compiuto, in un complesso ordinato di verità rivelate e tradite che componevano un sapere ortodosso perfettamente cementato nei rigorismi della logica scolastica ⁽⁵⁾. Un sapere tranquillizzante e appagante per chi non avesse avuto — come il giovane Francisco — il vizio sottile di porsi troppe domande. La sua religiosità, che pur era vivissima, si affidò al sentimento sollecitante e inquietante del mistero. Certamente, non fece però mai sue le rigidità dell'ateismo né le volgarità dell'anticlericalismo dozzinale (egli mi ricordava talvolta le sue grandi familiarità con molti degnissimi sacerdoti).

Non era adepto del marxismo — anche se in lui fu forte la sua lezione metodologica ⁽⁶⁾ — soprattutto per essersi questo prontamente risolto in una scolastica, in un sistema chiuso negatore del suo

⁽⁵⁾ Cfr. in calce al volume la prima appendice costituita dalla sua *Autobiografía intelectual y política*, redatta tra la fine dell'89 e i primi giorni del '90 (è datata: Benicasim, 2 de enero 1990). Per quanto si accenna nel testo cfr. p. 347.

⁽⁶⁾ Interessante la *Entrevista a Tomás y Valiente* da lui concessa durante una sua visita di studio presso la Universidad Nacional Autónoma de Mexico nel 1981 (cfr. *Historias. Boletín de información del Instituto de investigaciones históricas*, 5 (1981); per il punto che qui ci riguarda, cfr. pp. 40-41).

storicismo originario, esasperatamente articolato in ortodossia ed eresie, in una realtà umana divisa fra ortodossi ed eretici, eletti e condannati, in una guisa addirittura più severa rispetto ai manicheismi dei cattolici (7).

Al personaggio maturo, erede di quello che fu « un joven con inquietudes » (8), si atteggiava di più la posizione di « francotirador rabiosamente independiente » (9), come si autoqualificherà nella tarda lezione dottorale di Salamanca, quasi alle soglie della morte, che è greve di significanti contenuti retrospettivi. Il giovane che « en los tórridos, lentos y aburridísimos veranos de Alpera » — la città della provincia di Albacete donde si originava la sua famiglia e dove, presso la nonna, trascorreva le sue vacanze — si pasceva di Unamuno e di Ortega y Gasset, leggeva Marx e Nietzsche, ma soprattutto si faceva conquistare da Sartre e da Camus imperversanti nel dopoguerra in tutta Europa (10), quel giovane tormentato e dalle letture così tormentanti non poteva che arrivare al rifiuto di ogni comodo fideismo e approdare, sul piano intellettuale, a un razionalismo vigile e sereno (11) e, su quello religioso, a un agnosticismo parimente sereno e intessuto di disponibilità (12). Sul piano delle scelte politiche, il suo intimo antifranchismo non poteva tradursi nella iscrizione a questo o quel partito perché le maglie della organizzazione partitica gli sarebbero state senza dubbio troppo strette, ma piuttosto nella opzione a un socialismo democratico

(7) Dirà chiaramente nella *Autobiografía*, cit., p. 355: « Nunca acepté que el materialismo histórico sea...una ciencia. El marxismo me apasionó como lectura de Marx y me produjo repulsión referido a sus cultivadores escolásticos ». Concetto ripetuto nella *Entrevista a Tomás y Valiente*, cit., p. 41: « calificarme a mi mismo como marxista 'a palo seco' o sin mas adjetivos, no me resulta cómodo; esto es, dentro del marxismo hay también una escolástica ortodoxa y la ortodoxía dentro de cualquier corriente ideológica, a mi me parece nefasta ».

(8) Autoqualificazione sua (cfr. *Autobiografía*, cit., p. 348).

(9) *Discurso del nuevo doctor Profesor Francisco Tomás y Valiente*, cit., p. 79.

(10) *Autobiografía*, cit., p. 350. Il riferimento alle estati trascorse ad Alpera è a p. 346.

(11) Alla « tranquila razon » come canone di vita accenna nella *Autobiografía*, cit., p. 348.

(12) « Vivo cómoda y libremente instalado en un sereno agnosticismo » (*ibidem*, loc. cit.).

ampiamente intriso di liberalismo (come lui afferma ⁽¹³⁾); ma sarebbe forse più veritiero parlare di un liberalismo segnato da venature socialistiche).

Una scelta conveniva invece al ‘francotirador rabiosamente indipendente’, all’uomo senza fedi e senza dimensioni ideologiche condizionanti, all’innamorato della ragionevolezza della ragione, ed era l’Università, era il mestiere, la funzione, la missione di professore universitario. Questo fu il suo autentico *Beruf*, e questa fu la condizione professionale — più ancora: la collocazione nella società — che egli riconobbe come maggiormente sua. Sempre si sentì anzitutto universitario, scienziato e maestro. Ed è significativo che, assunto all’alta funzione di magistrato costituzionale e poi a quella ancor più alta di Presidente del *Tribunal Constitucional*, guardando successivamente, in maniera retrospettiva, a quei ben dodici anni nei quali era rimasto saldamente inserito fra le autorità supreme dello Stato, arrivasse a qualificarli semplicemente come un « voluntario y muy digno exilio extracadémico » ⁽¹⁴⁾; qualificazione clamorosa se si pensa che essa veniva pronunciata in una occasione ufficiale e solenne alla presenza del Re e della Regina. Ma Francisco non cercava la battuta impressionante né mirava a far l’originale ad ogni costo. Era soltanto di una disarmante sincerità, arciconvinto — moralmente convinto — che la sua condizione naturale fosse quella di professore di storia del diritto e che quella carica prestigiosa, ambita, rispettatissima costituisse un fatto parentetico e transitorio, sia pure di lunga durata, nella sua vita ⁽¹⁵⁾.

⁽¹³⁾ *Ibidem*, p. 357.

⁽¹⁴⁾ *Tríptico con prólogo y epílogo-Algunas reflexiones sobre la Universidad, la Historia y el Estado*, Madrid, 1994, p. 5.

⁽¹⁵⁾ Già durante la sua altissima funzione magistratuale, nel 1984, egli scriveva de « mi condición de profesor de historia del derecho » e di quella « mas transitoria de magistrado del Tribunal Constitucional » (*La Constitución de 1978*, Madrid, 1984, p. 9). Mi sia consentito, a questo proposito, un ricordo personale. Quando il nostro Centro organizzò in Firenze, nella primavera del 1989, l’Incontro dedicato alla storiografia giuridica ispanica, egli, a capo della delegazione dei colleghi spagnoli e portoghesi, rivestiva in quel momento la carica di Presidente del *Tribunal*. Ero preoccupatissimo di ospitare una delle più alte autorità del Regno di Spagna, ma Francisco mi tolse immediatamente d’impaccio; chiese e ottenne di essere considerato un anziano professore di storia del diritto. E io potei cancellare con sollievo tutte le iniziative tendenti a

Esilio significa lontananza dal proprio spazio domestico e scardinamento dalle proprie radici più riposte; così sentì Tomás i panni di *magistrado* che la nomina reale gli aveva posto addosso e che portò sempre con grandissima dignità e con l'ammirazione universale, in Spagna e fuori. Ma le sue radici erano altrove, erano rimaste nei claustri universitarii, nelle aule affollate di studenti, nei seminari, negli istituti di ricerca scientifica. E la ragione è chiara: perché a Francisco Tomás y Valiente, uomo di cultura, personaggio che proclamava e praticava il primato della cultura, era congeniale quella singolare irripetibile repubblica di maestri ed allievi, una repubblica senza poteri e senza armate, ben spesso scomoda per ogni apparato costituito e ben spesso mal tollerata o perseguitata, ma spazio privilegiato dello spirito umano nella sua avventura creatrice perché fucina di scienza, educatorio di criticità e quindi di libertà ⁽¹⁶⁾.

L'Università è sempre stata per Francisco il salvataggio rispetto alla confessione religiosa e al partito: qui fede e ideologia, lì dubbii, perplessità, discussione dialettica incessante, la propria verità che si confronta con verità altre e diverse affinandosi, modificandosi, magari capovolgendosi. Si dirà da taluno che siamo di fronte a una ingenua idealizzazione, ma non si deve dimenticare l'esperienza chiusa e oppressiva da cui il Nostro usciva, il clima opaco e piatto del franchismo in cui, se un filo d'aria continuava a muoversi, era pur sempre entro le cittadelle di alcuni centri universitarii.

Se cultura rappresenta, prima d'ogni altra cosa, nel suo significato più alto ed essenziale, contributo al rafforzamento della propria criticità, e quindi della propria autonomia intellettuale, e quindi — in sostanza — della propria libertà intellettuale, l'Università come laboratorio di cultura — malgrado tutti i suoi sclerotismi, i suoi tradimenti e pertanto le sue deformazioni e degenerazioni — era l'istituzione che gli dava più sicurezza e gli garantiva un minimo (se

garantire la presenza — almeno nella seduta inaugurale — di autorità italiane a livello nazionale e locale.

⁽¹⁶⁾ Scriverà in quello che sempre più mi appare come il suo testamento spirituale e dove è scritto il suo più alto e commosso elogio dell'Università, il *Triptico con prólogo y epílogo* da noi già citato: « donde no se crea ciencia, donde no se investiga, donde el espíritu humano no se esfuerza por buscar verdades y resolver enigmas, para transmitir de inmediato, « in statu nascente », los resultados de su aventura creadora, no hay Universidad » (p. 9).

non un massimo) di spazio vitale; dove, più che altrove, poteva accadere il miracolo cui Francisco maggiormente teneva: il confronto delle verità.

Lo disturba — lui che non è uomo di fede, di ideologia, di partito — la verità al singolare, la verità con la maiuscola iniziale, perché dalla sola ed unica verità nasce la certezza immobile, il sistema che non consente dubbii e dissensi. Ascoltiamo la sua voce franca ribadita in tutte e due le pagine dal sapore maggiormente confessorio, la 'Autobiografia' del 1990 e la lezione inaugurale alla Università Autonoma di Madrid del 1993.

Nella 'Autobiografia', dopo avere insistito sul rischio che la scolastica marxista veniva costituendo per l'uomo di cultura, il discorso si fa all'improvviso solenne e, contrariamente al suo costume stilistico sempre colloquiale, quasi declamatorio e sentenzioso: «La verdad es un proceso acumulativo de verdades. La ecuación Sistema = Verdad es falsa. Debemos aprender con modestia y relatividad a no perseguir la Verdad única y total, sino verdades parciales, tal vez transitorias o pasajeras, quizá contradictorias, no por ello infecundas » (17).

Conclusione ribadita ma anche chiarita e arricchita nella 'lezione': « Si la postmodernidad consiste en la desilusión frente a las grandes cosmovisiones filosóficas, bienvenida sea. El hombre camina con frecuencia entre la certeza de poseer la formula (credo religioso o sistema filosófico) que todo lo explica, y el nihilismo pesimista e impotente. Rechacemos ambos extremos. Instalémonos en la perplejidad, concebida como un estado de tensión ... usemos del pensamiento filosófico y del saber histórico como guía de perplejos y contentémonos, que no es poco, con fragmentos de verdad » (18).

È l'elogio sentito della ragionevolezza della ragione, l'orrore per la abdicazione al terreno fertile del ragionevole, la condanna insieme del fideismo e del nichilismo identificati entrambi in una situazione di passività, addirittura di impotenza. È anche l'elogio del dubbio critico, del confronto, dell'ascolto. È anche l'elogio dell'umiltà come virtù somma dell'uomo di scienza e di cultura, portatore di un frammento di verità, che egli tende a confrontare e verificare con

(17) *Autobiografía*, cit., p. 356.

(18) *Triptico con prólogo y epílogo*, cit., p. 12,

altri frammenti. Non la sicumera e la iattanza di un possesso esclusivo del vero — anche se fondato sulla buona fede, su quella che lui chiama con sottile ironia la « perversa buena fe » ⁽¹⁹⁾ —, ma la ammissione che sempre nell'avversario o, comunque, nell'interlocutore v'è un frammento di verità da rispettare, da confrontare col frammento che è in me.

Il sincero uomo di fede potrà dire che v'è una sottovalutazione della dimensione religiosa nell'agnostico Tomás, ma non si potrà negare la grandezza di questa lezione di civiltà. Crollati o messi in crisi i grandi sistemi, le grandi cosmovisioni, che avevano popolato e tormentato con le loro risse e le loro intolleranze lo spazio del moderno, benvenuta sia l'era postmoderna se essa sarà segnata da una dialettica di verità parziali e transitorie, ciascuna delle quali è gelosamente custodita da ciascuno. Ciascuno è degno di rispetto perché portatore di un « fragmento de verdad ».

E torno al mio discorso iniziale e anche ai miei rapporti personali con Francisco: sicuramente ci saranno stati aspetti per lui discutibili nella mia interpretazione del medioevo giuridico e sicuramente assai discutibile — e ne parleremo più distesamente in seguito — sarà parso ai suoi occhi quel mio schema interpretativo del diritto privato moderno che io amavo (e amo) racchiudere nella immagine provocatoria dell'assolutismo giuridico. Però, c'era sempre in lui una posizione di ascolto, di rispetto per la voce dell'altro; egli si rifiutava di recitare orgoglioso il proprio monologo assumendo invece sempre come atteggiamento congeniale quello del dialogo, e la conclusione altrui trovava nella sua riflessione un giudice pacato, equilibrato, disponibile e anche un valorizzatore obbiettivo tendente a soppesarne gli aspetti positivi e soprattutto tendente ad appropriarsene.

Si trattava di un personaggio in ricerca, in ricerca di una verità da trovare non solo all'interno di se stesso, ma negli altri.

Era la piena maturità dell'uomo di cultura che, nell'esercizio quotidiano di affinamento della propria coscienza critica, era pervenuto a una propria serena collocazione al di sopra degli alterchi

⁽¹⁹⁾ Lo dice nella *Autobiografía*, cit., p. 349, parlando del suo vecchio professore valenciano di 'Derecho natural' José Corts Grau, un neotomista abbastanza impermeabile, di cui Francisco traccia tuttavia una immagine — tutto sommato — benevola.

umorali e delle contrapposizioni meramente ideologiche. Il mio pensiero non può non riandare alla immagine splendida del suo volto segnato da uno sguardo tanto aguzzo quanto chiaro e sereno, dominato da quel perenne sorriso che sapeva — insieme — di provvedutezza critica e di generosità cordiale, un viso in costante posizione di ascolto.

Mi perdoni il lettore questo inusuale riferimento somatico, ma quel viso mi appare esprimere con fedeltà, nella realtà delle cose sensibili, la statura di un personaggio che aveva vinto e superato meschinità e miserie di interessi partigiani; un personaggio, il quale — proprio perché vincitore — poteva permettersi di ascoltare, di fare della posizione di ascolto un atteggiamento naturale.

III. Tomás — lo abbiamo detto — era essenzialmente scienziato e maestro; si sentiva, con umiltà ma intensamente, uomo di scienza e di scuola; con un oggetto privilegiato: il suo travaglio conoscitivo e il suo lavoro didattico si svolgevano entro il terreno della storia del diritto medievale e moderno. Ed anche in questo emerse presto la sua personalità forte, all'insegna di un preciso marchio di originalità.

Dice bene Clavero che egli non ha maestri né è inseribile in una scuola universitaria, voce di quella realtà corale. E non certo per il motivo formale che fu allievo nell'Ateneo valenciano di un cultore del diritto processuale ⁽²⁰⁾ con cui elaborò e discusse una dissertazione dottorale sul processo monitorio ⁽²¹⁾, giacché, immediatamente dopo, deciso a intraprendere la carriera universitaria, si legò accademicamente al dominatore della scena storico-giuridica spagnola nei tardi anni Cinquanta, Alfonso García Gallo, della cui cattedra madrilenica divenne *adjunto*.

Il motivo è assai più sostanziale ed è legato alla sua intrinseca estraneità ai programmi delle cosiddette scuole accademiche, anche di quella di García Gallo.

Che egli fosse uno strano alunno senza maestri — e, dunque, autodidatta, ma nel significato più alto di questo termine general-

⁽²⁰⁾ Si trattava del Professor Victor Fairén Guillén.

⁽²¹⁾ Nella quale erano prevalenti gli aspetti storico-giuridici e comparatistici. La sua tesi fu parzialmente pubblicata su Rivista processualistica

mente inteso come riduttivo — lo dimostra il distacco che, grazie soprattutto a lui, si ebbe nel solco della storiografia giuridica spagnola rispetto a tutti gli storici fino ad allora imperanti. Distacco duplice, psicologico ed epistemologico.

Fu Tomás che, grazie alla propria vastissima e aggiornatissima cultura e grazie alla propria indubbia robustezza intellettuale, si caricò per primo — come storico del diritto — di una psicologia nuova riguardo a giuristi e a storici. La storia del diritto, fino ad allora ambigua e pressoché inutile creatura ermafrodita, ritrova la coscienza della propria funzione culturale togliendosi di dosso un complesso di frustrazioni in rapporto al giurista e allo storico generico.

Fu Tomás che, grazie alle proprie appassionate letture nel vasto territorio delle più agguerrite ricerche epistemologiche del Novecento — letture completamente estranee all'istrumentario usuale dei cosiddetti 'maestri' — ricondusse il problema della identità scientifica della storia del diritto fuori dei disarmanti ma ricorrenti semplicismi metodologici. La sua ricerca percorse due sentieri: l'avvaloramento di una nozione più complessa di diritto, con un recupero della sua — latente e troppo spesso trascurata — storicità come dimensione ineludibile; il rifiuto di una storia generica, accademica, perché mera astrazione, e avvaloramento invece di una storia come complesso di tante storie speciali, certezza cui lo guidava la lunga familiarità con le analisi del materialismo storico e della scuola delle 'Annales'.

La storia giuridica, sia come storia speciale indagante un aspetto vitale della società, sia come fondazione e pertanto strumento di comprensione della esperienza giuridica attuale, acquisiva una collocazione centrale. In particolare, nelle Facoltà di Giurisprudenza, si veniva a porre — correttamente intesa e perseguita — addirittura come indispensabile per un compiuto statuto scientifico del diritto che, se mutilato nel solo moncone incompiuto del presente, rischiava di ridursi a un sapere esclusivamente tecnico. E lo storico del diritto mutava il proprio atteggiamento psicologico, o almeno era messo nelle condizioni di mutarlo.

Chi volesse avere la probante documentazione di una siffatta operazione culturale, dovrebbe darsi la pena di leggere la garbata ma ferma puntualizzazione polemica che Tomás, nel 1974, nel colmo

della sua maturità intellettuale, credette di dover segnare nei confronti di alcuni rischiosi semplicismi metodologici, rischiosi perché portati avanti e sostenuti con sicurezza da alcuni 'maestri'. Questi erano, nella specifica circostanza, Rafael Gibert e lo stesso Alfonso García Gallo al cui carro accademico si era pur aggregato. Il riferimento preciso è a due impegnative conferenze tenute contemporaneamente da Gibert e da García Gallo nel 1952 per commemorare il centenario della nascita di Eduardo de Hinojosa, uno dei padri fondatori della storiografia giuridica spagnola; due occasioni, due pretesti per affrontare il tema basilare di sempre: il rapporto fra storia, diritto, storia del diritto.

Da un lato, Gibert aveva individuato il problema — e, ohimè, secondo lui la irrisolubilità del problema — nella « verdadera y radical antinomia » fra *historia* e *derecho*; dall'altro, García Gallo, probabilmente suggestionato dalla rispettosa attenzione che i civilisti hanno costantemente dato a un diritto romano pandettisticamente inteso quale sistema di astratti schemi ordinanti di indole squisitamente logica, aveva pensato di poter risolvere la crisi dei rapporti coi cultori del diritto positivo invitando gli storici del diritto a purificare le loro ricostruzioni delle esperienze giuridiche medievale e moderna e a farsi essi stessi — al pari dei romanisti — portatori di una dommatica e, comunque, di un sapere tecnico depurato delle troppe scorie storiche.

Netto è il dissenso di Tomás y Valiente, anche se manifestato col suo consueto equilibrio, con la finezza del suo stile amabile ⁽²²⁾: gli è incomprendibile la antinomia che pretende sottolineare Gibert, proprio perché egli è convinto della intima storicità del diritto; gli è incomprendibile (anche se nei confronti del suo vecchio patrono il discorso si fa più sfumato) pure la proposta di García Gallo, giacché separare il diritto dal complesso di civiltà che esprime e di cui fa parte non può che ridurlo a una cortecchia risecchita ⁽²³⁾.

La sua risposta già la conosciamo: il diritto è e non può non essere dimensione d'una civiltà storica, quindi in strettissima e non

(22) Nel saggio *Historia del derecho e historia* pubblicato dapprima nel *Boletín informativo de la Fundación Juan March*, n. 35 (febrero 1975), e poi nel volume *Once ensayos sobre la historia*, Madrid, 1976. Da esso sono tratti i riferimenti alle conferenze di Gibert e di García Gallo, dalle quali prende le mosse Tomás.

(23) *Historia del derecho e historia*, cit., p. 11 ss..

eludibile connessione con le altre dimensioni formanti quella civiltà, e cioè l'ordine sociale, economico, politico, ma anche l'arte e la cultura in genere (24); da qui, la indispensabilità della storia del diritto come quella fra le scienze giuridiche che, più d'ogni altra, rileva e studia le connessioni tra forme e norme giuridiche e le strutture di civiltà sottostanti.

Anzi, in questa visione, la storia del diritto ha un privilegio singolare, ed è di cogliere il giuridico non frastagliatamente — come fanno il civilista, il processualista, il penalista, e tutti gli specialisti di settore —, ma come espressione della unità complessiva d'una civiltà. In altre parole, la storia del diritto arriva ad essere una dimensione culturale salvante, salvante perché l'unica capace di restituire al giurista il senso della unità espressiva del diritto, del suo essere specchio di civiltà.

Si capisce, allora, perché egli aborrisca da una visione formalistica della sua disciplina e perché ritenga inappagante il normativismo formalista in cui viene a consistere il preteso 'método institucional' di García Gallo.

E si capisce perché tenda, per quanto possibile, ad allargare la quantità e la qualità delle fonti, nella più limpida coscienza della inadeguatezza del solo diritto ufficiale a rendere fedelmente l'immagine della esperienza giuridica nella sua complessità. Fin nella sua tesi dottorale sul processo monitorio, di fronte a un istituto forgiato e continuamente rinnovato dalla prassi, non ha esitazione a raccomandare uno sguardo più ampio e a sperimentarlo immediatamente (25).

E si capisce perché abbia da sempre diffidato di quelle ricerche altomedievali, o comunque di origini, dove la estrema rarità di fonti

(24) Riaffermerà solennemente questa verità in uno dei suoi estremi contributi: « no hay dogmática sin historia. O no debería haberla, porque los conceptos y las instituciones no nacen en un vacío puro e intemporal, sino en lugar y fecha conocidos y a consecuencia de procesos históricos de los que arrastran una carga quizá invisible, pero condicionante » (*Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales* (1995), ora in *Constitución. Escritos de introducción histórica*, Madrid, 1996. Nella stessa *Autobiografía*, cit., p. 351, affermerà: « siempre he intentado relacionar el derecho con aquellos soportes ideológicos y sociopolíticos que lo sustentan... Por lo mismo me he esforzado por abrir la historia del derecho a otras historias especiales ».

(25) *Estudio histórico-jurídico del proceso monitorio*, in *Revista de derecho procesal*, 16 (1960), p. 138.

costringe lo storico a degli esercizi ermeneutici che son troppo spesso vuote contorsioni mentali sorrette da una pseudo-filologia.

I suoi temi sono invece speculari dei grandi problemi d'una civiltà storica; e su questi egli ama tornare di frequente affondando il suo bulino di indagatore. Tre rilevanti tematiche sono così ripetute da assumere un valore paradigmatico: la vendita degli uffici pubblici, rivelatrice degli assetti profondi delle istituzioni politiche, un « gran tema clave para entender el funcionamiento de muchas instituciones del Antiguo Régimen », che compare tredici volte — se non andiamo errati — nella bibliografia tomasiana redatta da Clavero in calce a questo volume ⁽²⁶⁾; la *desamortización*, specchio di tutta una politica economica dell'età del tardo assolutismo, nonché dei nuovi assetti della proprietà fondiaria nell'età moderna, presente dieci volte nelle lista bibliografica ⁽²⁷⁾; il diritto e il processo penali (e particolarmente la tortura come strumento di prova processuale), voci eloquenti dell'atteggiamento più riposto del potere e del suo quotidiano esercizio, presente ben tredici volte ⁽²⁸⁾.

Venta de oficios, desamortización, antiguo régimen, monarquía absoluta sono tutti termini evocatori di uno stesso clima storico, e permettono di introdurci pianamente a parlar d'un altro carattere tipico dell'operazione storiografica condotta da Tomás y Valiente. Finora abbiamo insistito sulla palingenesi spirituale dello storico del diritto, sul ripudio del formalismo e sul conseguente allargamento

⁽²⁶⁾ E precisamente ai numeri 12, 18, 19, 25, 30, 32, 34, 44, 56, 76, 81, 89, 90. Nella *Autobiografía*, cit., p. 352, egli qualifica il tema della vendita degli uffici pubblici con la frase trascritta nel testo.

⁽²⁷⁾ E precisamente ai numeri 10, 14, 21, 22, 23, 24, 26, 29, 38, 53. Soltanto per il lettore non spagnolo precisiamo qui che, con il termine castigliano 'desamortización' si intende quell'enorme procedimento grazie al quale, dal regno di Carlo III in poi, masse imponenti di beni appartenenti alle manomorte ecclesiastiche, paraecclesiastiche, municipali furono convertite in 'beni nazionali' e poi vendute con asta pubblica al miglior offerente.

⁽²⁸⁾ E precisamente ai numeri 3, 7, 9, 11, 16, 17, 20, 33, 60, 65, 77, 78, 93. Dirà Francisco nella sua *Autobiografía*, cit., p. 352, con frase significativa e che riprenderemo più oltre: « En la Monarquía absoluta y en el régimen franquista bajo el que vivía mientras estudiaba aquella, el derecho penal y un proceso penal exento de garantías constituyeron formidables instrumentos de poder ». Aggiungiamo anche che egli sentì il bisogno di tradurre personalmente in castigliano il libretto di Beccaria *Dei delitti e delle pene*.

del suo osservatorio verso le altre storie speciali (per esempio, quella istituzionale, quella economica) e verso un nòvero sempre più ampio di fonti. I riferimenti ora fatti ci portano a segnalare il cammino nuovo che Tomás ha percorso e, nello stesso tempo, indicato ai suoi allievi e colleghi: l'indagine nell'universo storico del moderno, una indagine che l'esperienza di magistrato del *Tribunal Constitucional* e il suo sempre maggiore coinvolgimento nei problemi storici del costituzionalismo sposteranno in avanti fino al terreno del « contemporaneo » dove passato e presente si fondono ⁽²⁹⁾.

E non è questa una precisazione di poco rilievo. Anzi, rispetto a una storiografia giuridica spagnola pressoché monopolizzata dai suoi interessi medievistici e addirittura protomedievistici, dove protagonisti sono il Regno dei Visigoti, il *Liber iudiciorum*, la personalità del diritto nelle civiltà barbariche, il salto è grosso ed è coraggioso.

I motivi di una scelta siffatta sono molteplici: in primo luogo, perché poteva e doveva finalmente colmarsi un vuoto storiografico pesante e ingiustificato; in secondo luogo, perché si trattava di uno spazio storico nel quale interi archivi pubblici e privati, con una dovizia inesausta di fonti, potevano gettare luce definitiva, mettendo il ricercatore di fronte non a tessere sparute di un mosaico perduto su cui fantasticare ma a quel materiale documentario di varia indole — fonti ufficiali e non —, greve di positività, che tanto garbava a Francisco e che tanto efficace gli appariva per ricostruire l'interezza della esperienza giuridica e non la sola cortecchia legale e formale; e, poi, perché, trattandosi dello spazio storico immediatamente alle nostre spalle, poteva l'analisi storiografica porsi in un più stretto colloquio con il presente, con il cultore del diritto positivo (un personaggio da non lasciare mai solo) e, perché no?, con lo stesso indagatore, con le sue certezze morali.

Ma qui conviene sostare, giacché senza forzature siamo venuti a toccare un altro e certamente non secondario carattere del suo atteggiamento storiografico. La sua storia non è infatti il ritrova-

⁽²⁹⁾ « Considero necesario recuperar el siglo XIX (entendido como mínimo desde 1808 hasta 1936) para la historia del derecho » (*Historia del derecho y derecho*, in *El primer año de Derecho*. Actas de las Jornadas de profesores de primer año de la Facultad de derecho en la Universidad de La Rábida, Madrid, 1978, p. 71).

mento di pezzi archeologici da raccogliere in un armadio a vetri e contemplare distaccatamente. A Francisco non interessa fare il contabile dei granelli di polvere depositati sugli scaffali del passato; a lui interessa il vincolo fra quel passato e il proprio presente spirituale, poiché solo da quel vincolo scaturirà il colloquio, e colloquio fecondo.

Rileggiamo insieme una frase preziosa della 'Autobiografía' — che, in parte, abbiamo già trascritto nel fondo di una nota ⁽³⁰⁾ —, dove egli motiva al lettore le sue predilezioni per la storia del diritto penale e processuale penale dell'età moderna: « En la Monarquía absoluta y en el régimen franquista bajo el que vivía mientras estudiaba aquella, el derecho penal y un proceso penal exento de garantías constituyeron formidables instrumentos de poder. La conexión entre la historia que vive el historiador y la historia que escribe siempre me ha parecido obligada, aunque sé que es metodológicamente peligrosa. Pero ¿ como se podía escribir sobre la tortura en la España de 1960 o 1970? Yo lo hice hablando y condenando la tortura del 1690 o 1790. No me arrepiento, aunque algún disgusto me costó » ⁽³¹⁾.

Discorso complesso e che a un lettore superficiale potrà sembrare, per un verso, contraddittorio, per un altro verso, metodologicamente fragile. È, in realtà, un discorso franco, di indole quasi confessoria, in cui Tomás dichiara senza falsi pudori il suo tormento di scienziato e di cittadino. Non c'è dubbio che il Tomás chiuso nel suo studio della Università di Salamanca a indagare i documenti della monarchia assoluta non è schizofrenicamente entità separata e indipendente rispetto al Tomás che nei claustrî universitarii stimola il dissenso studentesco contro il franchismo, lo appoggia, vi solidarizza, facendo sua quella « resistencia cívica activa » che fu propria di molti intellettuali spagnoli e che a Francisco stava per costare la stessa cattedra universitaria ⁽³²⁾. L'afflato morale che lo spinge a compiere atti ardimentosi contro la dittatura è lo stesso che lo preme a scegliere come oggetto di ricerca non un innocuo tema neutrale ma delitti, pene, tortura, Inquisizione, che lo sollecita a tradurre Bec-

⁽³⁰⁾ È nella nota 28.

⁽³¹⁾ *Autobiografía*, cit., p. 352.

⁽³²⁾ Lo ricorda nella *Autobiografía*, cit., p. 353.

caria, che lo porta a consigliare come contenuto della dissertazione dottorale di una allieva l'istituto scottante del delitto politico ⁽³³⁾.

Si studia la tortura nel processo penale sotto gli Asburgo e i primi Borbone o nella pratica dell'Inquisizione, ma si combatte anche una battaglia ideale contro la polizia franchista. Inabdicabilità per lo storico al suo presente: egli deve inforcare gli occhiali dell'oggi, non può non leggere il passato che con questi occhiali e non con altri perché soltanto questi sono veramente suoi. Egli è tale, cioè è storico, solo se non rinuncia al suo presente, e la sua operazione intellettuale consiste nell'appropriarsi del suo oggetto lontano, cioè nel renderlo a sé spiritualmente contemporaneo; altrimenti, non v'è colloquio, non v'è comprensione, non v'è analisi autenticamente storiografica.

Pertanto, valore altamente morale di questa: la storia come ricchezza del mio presente e il mio presente che vivifica il passato risuscitando i morti e le cose morte. Passato e presente in continua osmosi, almeno a questo livello spirituale.

Di tutto ciò Tomás y Valiente è convinto: la sua storia è storia civile, è un contributo ideale all'abbattimento del regime, e forse tra i più pericolosi per il regime. L'operazione corre però su un filo di rasoio, e nasconde non pochi pericoli per l'indagatore. Di questi è coscientissimo: l'armonia, l'equilibrio delicato tra coscienza del presente e conoscenza del passato possono essere irrimediabilmente turbati da una invasione grossolana e accecante degli umori del ricercatore proiettati indiscriminatamente a ritroso fino a deformare e soffocare il messaggio del passato. La storia degenera nella sua immagine scimmiesca e diventa operazione culturalmente fallita e falsante.

È questo l'atteggiamento deterioro e antiscientifico, «pecado metodológico funesto», che egli chiama «presentismo» ⁽³⁴⁾. La

⁽³³⁾ È quella di Alicia Fiestas Loza 'Los delitos políticos (1808-1936)', letta nella Università di Salamanca nel 1975, stampata due anni dopo sempre a Salamanca. Scrive nel *Prólogo* alla tesi lo stesso Tomás (p. 20): «Este es un libro de historia, de historia del derecho. Es un libro escrito desde el presente y para el presente. Lo qual no implica ningún error de enfoque metodológico, al menos a mi juicio».

⁽³⁴⁾ *Martínez Marina historiador del derecho*-Discurso de recepción en la Real Academia de la Historia, Madrid, 1991, p. 79.

frase della 'Autobiografia' sopra trascritta non è portatrice di sentimenti in contraddizione fra di sé, ma nasce dalla constatazione di quanto ardua e difficile sia l'opera di un vero storico: che deve essere in sintonia spirituale col suo materiale documentario per farlo rivivere, ma che deve essere parimente sostenuto e guidato dal rispetto verso quel materiale e verso il messaggio da esso promanante. Una strada ben diversa da quella del beato erudito con tutte le sue pseudo-certezze, perché strada battuta e tormentata da forze tra sé confliggenti, ciascuna validissima, ma che devono essere coniugate dall'indagatore in un equilibrio di difficilissima realizzazione; e l'indagatore è lì, quasi in croce con la sua coscienza complessa, con il suo patrimonio di conoscenze ma anche di intuizioni e di sensibilità, primo tormentato testimone di quelle forze confliggenti.

Di questa storia, a lui spiritualmente contemporanea ma pericolosamente minacciata dall'incubo del 'presentismo', Francisco Tomás y Valiente è il sincero e franco testimone con una lezione culturalmente e moralmente altissima, che è per noi lezione proprio quando ci mostra senza velami un personaggio combattuto e tormentato.

IV. Diciamolo subito per evitare equivoci: quando qui si scrive 'costituzionalista', non si intende questo termine nella accezione lata di un Brunner o di uno Schmitt, bensì in quella più delimitata che è nel gergo comune dei giuristi. 'Costituzionalista' sta a individuare il giureconsulto che assume a oggetto del proprio interesse culturale e del proprio studio quelle redazioni scritte che dal Settecento ad oggi fissano in un complesso di principii programmatici e di precetti normativi le garanzie dei singoli cittadini avverso i poteri dei governanti nonché i limiti invalicabili di questi rispetto a quelli. Anche Francisco Tomás può non indebitamente essere qualificato un 'costituzionalista'.

È questa l'immagine che Clavero vuol fornire al lettore ed è questa la linea interpretativa, la linea unificante di tutto il lungo itinerario di vita e di lavoro che lo storico sivigliano ha seguito passo passo, minuziosamente, con acribia filologica e con appassionato coinvolgimento. Un itinerario che ha il suo divenire e i suoi innegabili svolgimenti, che ha nel suo mezzo la vasta parentesi della

permanenza nel *Tribunal*, ma che serba la sua perfetta unitarietà per essere dominato — dapprima — da un costituzionalismo in potenza, tendenziale, latente, e, successivamente, da una scelta progettuale che è già prefigurabile prima della ascesa al *Tribunal* ma che certamente quest'ultima avvalora e consolida in modo determinante. La vita scientifica e didattica di Tomás appare a Clavero monopolizzata da quella che lui chiama efficacemente una « preocupación constitucional » e anche una « posición constitucional ». Un itinerario unitario ma progressivo, dove progresso significa la sempre maggior consapevolezza che Francisco viene via via ad acquisire fino a fargli identificare il nucleo e fulcro della sua attività didattica e di ricerca, e anche la caratterizzazione della sua stessa collocazione accademica, nell'ambito della *historia constitucional*, più precisamente della *historia constitucional de España*.

E Clavero trova una conferma sicura di questa ipotesi ricostruttiva in una scheda proveniente dalle carte private, di recente redazione, dove lo stesso Tomás immobilizza autobiograficamente il corso della propria vita di studioso in una espressione sintetica ed efficace: « De la historia del derecho al Tribunal Constitucional y de éste a la historia constitucional de España ».

La chiave di lettura, anche se un pò enfatizzata da Clavero, è convincente. Non si forza la realtà delle cose se si dice che il pensiero dominante coglibile anche nel primo Tomás è costituito dalla attenzione verso i diritti fondamentali del singolo cittadino nel suo rapporto difficile con i poteri dello Stato, che è soprattutto a questo che egli pensa quando conduce le sue ricerche nel campo del diritto e del processo penali, quando — in particolare — studia la tortura e la prassi dell'Inquisizione; né si avrebbe torto di puntualizzare che il suo 'Manual de historia del derecho español', anche se vuol assumere un osservatorio amplissimo partendo da un esame della situazione addirittura preromana, ha il suo asse portante in quella parte quinta dedicata al « sistema normativo del Estado liberal » dove risalta la cura dello storico nel sottolineare il rilievo del fenomeno costituzionale e dove la stessa codificazione è còlta ed esaminata come espressione di quel fenomeno nel campo della disciplina concreta dell'ordine giuridico.

L'ulteriore svolgimento — come si sa, la prima edizione del 'Manual' è del 1979 — altro non è che una canalizzazione, un

convogliamento massiccio e unitario di energie verso un fine che diventa sempre più chiaro nella mente dell'Autore, quasi ossessivo nella sua ripetizione: dedicarsi alla storia del costituzionalismo, avviare la costruzione di una storia costituzionale dello Stato spagnolo, rivestire — anche sul piano della docenza formale — la funzione di professore, primo professore in una Facoltà giuridica spagnola, di storia costituzionale.

Certamente, l'esperienza — oserei dire la grande ed entusiasmante avventura — del *Tribunal Constitucional* dovette essere determinante per imprimere il carattere di scelta decisa a quella che era soltanto una coscienza culturale affiorante in un personaggio impregnato di cultura liberale e sinceramente democratico. La fase iniziale dell'appena costituito *Tribunal* pose quei primi *magistrados* di fronte a un'opera difficile e delicata, assai impegnativa ma soprattutto di indole sostanzialmente creativa. Tratteggia bene questa immane fatica (e anche questo compito appagante) lo stesso Tomás in uno scritto del '91 rievocatore dei primi dieci anni di attività dell'organo giurisdizionale, uno scritto percorso da un non celato sentimento di orgoglio e dalla coscienza limpida della rilevanza dell'opera svolta nella costruzione d'un ordine giuridico democratico in Spagna.

Il *Tribunal* rese norme, norme giuridiche, quelli che potevano sembrare soltanto dei vaghi principii astratti contenuti in una sorta di libro dei sogni chiamato 'Costituzione', rese giustiziabili (e cioè effettivi nella vita quotidiana) i diritti fondamentali, avviò una riflessione giuridica su nuove fondazioni culturali iniziando un profondo lavoro di rinnovamento in una scienza giuridica spagnola di diritto positivo abbastanza opaca e generalmente prona al regime ⁽³⁵⁾. Conclama con soddisfazione legittima Tomás (che di quel *Tribunal* fu guida e orientatore dal 1986): « fuimos creando eso que los juristas llaman doctrina » ⁽³⁶⁾. Il *Tribunal*, in altre parole, fece anche scienza, perché c'era bisogno di scienza per sorreggere adeguatamente e ordinare la nuova prassi; e fu 'scienza nova', come

⁽³⁵⁾ *El Tribunal Constitucional español: diez años de funcionamiento*, in *Revista vasca de administración pública*, 31 (1991), pp. 21-22.

⁽³⁶⁾ Loc. ult. cit.

ebbe subito lucida consapevolezza il *magistrado* e poi Presidente Francisco Tomás y Valiente.

Ci siamo indugiati su questo momento della vita professionale del Nostro — gli anni dal 1980 al 1992 — per capire meglio il perché, dopo quell'esperienza, egli sentisse il bisogno di una unità di indirizzo nella propria ricerca e avvertisse l'esigenza prepotente di non esercitare più il 'mestiere' generico di storico del diritto ma di specificarsi ormai in storico delle costituzioni e del costituzionalismo, con l'urgenza di cominciare a redigere il nuovo 'Manual', quello di storia costituzionale.

Chi vorrà saperne di più su questa svolta, non avrà che ad attingere alle pagine documentatissime di Clavero. A me interessa ora, in questa mia ricostruzione rapida dell'immagine essenziale di Francisco, di penetrare un pò più addentro in questo suo 'costituzionalismo', in questo suo essere (e ciò è indubitato) un 'costituzionalista'. Ciò servirà a continuare un dialogo scientifico con lui e a chiarire la dialettica che lo animò nella profonda diversità delle rispettive posizioni; ciò servirà ad avvalorare quanto abbiām creduto di sottolineare all'inizio: il primato in lui della dimensione culturale, la sua grande umiltà di ascoltare, ascoltare per apprendere, soprattutto quando la voce che gli parlava manifestava un timbro diverso dalla sua. Statura altissima di un personaggio superiore.

Comincerei con una affermazione che può sembrare sorprendente: il 'costituzionalismo' di Tomás si impernia e si fonda sullo Stato. E ha ragione Clavero di rimarcare che la sua storia costituzionale « es también estatal », ossia è pensata e risolta o come storia costituzionale dello Stato spagnolo o come storia comparata di varii e diversi modelli costituzionali statuali.

Lo Stato è il grande protagonista del suo 'diritto costituzionale', della sua 'storia costituzionale'. Se questo può dirsi un atteggiamento costante, acquista però intensità e una maggior carica di autocoscienza via via che il tempo passa; particolarmente dopo la vicenda magistratuale; diventa quasi parossistico nei tempi immediatamente precedenti alla morte.

Già una 'Exposición de motivos' per la futura storia costituzionale spagnola ormai perfettamente programmata nella sua testa fertilissima, testo inedito ritrovato da Clavero fra le carte del suo scrittoio e datato 'dicembre 1993', potrebbe a ragione essere definito

il più sentito elogio dello Stato che mai sia stato scritto: uno Stato visto come sintesi preziosa e superamento riuscito di forze particolari e confliggenti, il quale — proprio in questa sua funzione — è l'insostituibile garante dei diritti fondamentali individuali (37).

Di lì a poco, insiste sulla presenza necessaria dello Stato perché i diritti fondamentali diventino realtà effettiva, resi inattaccabili da un sistema di garanzie messo in opera dallo Stato (38).

In quella che è probabilmente la sua ultima manifestazione ed esternazione pubblica, in occasione della presa di possesso di un posto permanente e di una presidenza di sezione del *Consejo de estado*, e cioè il solenne discorso tenuto davanti al Consiglio il 18 gennaio 1996 appena pochi giorni prima della morte (39), ritiene di non potersi esimere da una accanita difesa dello Stato e della sua funzione positiva nella storia: « En momentos en que parece ingenuo o pasado de moda seguir creyendo en el Estado, yo quiero renovar mi creencia ».

Infine, in quello che è il suo ultimo articolo giornalistico consegnato a *El País* e drammaticamente pubblicato il giorno dopo del suo assassinio, egli ci dà un non previsto e non voluto testamento scientifico e politico mettendo ancora una volta in netto risalto le 'ragioni' dello Stato e i gravi pericoli insiti nelle 'tentazioni' sempre più ricorrenti di minarlo o distruggerlo (40).

Tomás y Valiente statalista? Sarebbe una qualificazione troppo spiccia, troppo frettolosa, e rischierebbe di darcene una immagine distorta; proprio in riflessioni sue ultime egli ha — con lucida, anche se velata autocritica — ben presente il carattere paradossale di diritti

(37) Nel *Tríptico con prólogo y epílogo*, cit., p. 16, sottolinea che lo Stato « constituye una unidad de decisión y de acción ».

(38) « No se puede pensar en los derechos fundamentales sin pensar en el Estado, ni fortalecer aquellos sin fortalecer al Estado. La inolvidable e ineludible paradoja consiste en que para hacer realidad esos derechos humanos declarados por y frente al Estado es necesario el Estado. El Estado crea derecho y debe garantizar y respetar los derechos, pero sin Estado no hay ni derecho ni derechos: sólo hay caos » (*Los derechos y el Estado*, ora in *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1993, pp. 159 ss.).

(39) Inedito; sarà stampato nelle *Obras completas* attualmente in preparazione. Ne fornisce alcuni stralci — da noi utilizzati — Clavero nel corso del volume.

(40) *Razones y tentaciones del Estado*, in *El País*, del 15 febbraio 1996.

umani affidati allo Stato ⁽⁴¹⁾, e non manca di insistere anche sullo Stato come prodotto storico, come protagonista di un modestissimo frammento di storia, quella che corre per non più di qualche secolo alle nostre spalle; e ripete il suo carattere artificiale di prodotto di disegni umani e di forze umane: « el Estado es un artificio, un artefacto, an artificial body. Pero no un artificio caprichoso, sino necesario » ⁽⁴²⁾; « un producto histórico humano, no una realidad natural, sino artificial, un artefacto, un artificio. No se hizo el hombre para el Estado, sino el Estado para el hombre » ⁽⁴³⁾.

V'è però, indubbiamente, una valutazione assai positiva di questo « instrumento artificial » ⁽⁴⁴⁾: è necessario, è nato per l'uomo, è la condizione per la tutela dei diritti umani. Più ancora: lo Stato è il diritto: « Estado igual a derecho » ⁽⁴⁵⁾. Benefico è il vincolo — che si è venuto a maturare nell'emisfero moderno — fra Stato e diritto, positivo è il fatto che quello crei questo. Impensabile è una separazione fra l'uno e l'altro, perché il risultato sarebbe il caos politico e sociale.

È ovvio che Tomás guarda allo Stato democratico, certamente né a quello franchista né a quello fascista né a quello comunista (e lo dice espressamente). Il risultato è però un elogio generico di questo soggetto politico, che porta a pervenire a un procedimento di idealizzazione. Tomás finisce per cantare le lodi di un modello metastorico, in astratto assai positivo anche se in concreto il modello si è troppe volte compromesso, contaminato, deformato, capovolto.

Egli si inseriva nella più intelligente tradizione illuministica, che, dopo aver preteso di individuare regole naturali e non arbitrarie, ne aveva affidato la lettura, la decifrazione e la fissazione al Principe, identificando nella espressione della sua volontà — la legge — una norma di qualità superiore, e, in pratica, la norma per eccellenza, produttrice e controllatrice della giuridicità. Tomás era — e io

⁽⁴¹⁾ Vedi il testo eloquente trascritto nella nota 38.

⁽⁴²⁾ *La Constitución y el Tribunal Constitucional*, in *La jurisdicción constitucional española. La ley orgánica del Tribunal Constitucional*, 1979-1984, Madrid, 1995, p. 20.

⁽⁴³⁾ Così nel *Discurso de ingreso en el Consejo de Estado* come consigliere non permanente, pronunciato il 31 gennaio 1995. Il testo è inedito e sarà pubblicato nelle *Obras completas*. Ne anticipa alcuni frammenti Clavero nel volume, donde li abbiamo tratti.

⁽⁴⁴⁾ Così esprime lo stesso concetto nel *Tríptico con prólogo y epílogo*, cit., p. 14.

⁽⁴⁵⁾ Clavero offre, nel volume, una ricca e probante documentazione.

aggiungerei: consapevolmente — l'erede agguerrito di quella tradizione, illuministica sotto un profilo filosofico, liberale sotto un profilo politico ed economico, che aveva progettato la più grave antinomia della cultura politologica e giuridica moderna, e cioè il trapasso da giusnaturalismo a giuspositivismo; antinomia formalmente coperta dalla foglia di fico del modellismo, cioè del perverso ragionar per modelli, per cui il Principe è interprete affidante della natura delle cose e la legge è espressione della volontà generale ed è, per definizione e senza bisogno di prove, conforme al bene comune.

In questo senso Tomás è statalista, ed è conseguentemente anche legalista, con una evoluzione-involuzione che investe in modo intenso e sempre più crescente l'ultimo Tomás. È una posizione ideologica da cui discendono alcuni atteggiamenti ben precisi e che in questa posizione si giustificano: la sua diffidenza verso un autentico pluralismo giuridico — alla Santi Romano, per intenderci — e la sua convinzione del legame necessario diritto-Stato; la sua fiducia piena nello Stato e la sua diffidenza verso le comunità intermedie; la sua diffidenza verso ipotesi ricostruttive tendenti a spostare la giuridicità e la sua origine in un terreno prestatuale — come, per esempio, la mortatiana ipotesi della 'costituzione materiale' —, e la sua fiducia in un paesaggio giuridico popolato non di creature dai contorni necessariamente vaghi e sfumati, bensì di figure dal disegno netto e inequivoco come Stato, sovranità, Costituzione in senso formale, legge, con il risultato di disegnare l'ordine giuridico essenzialmente come sistema di norme; diffidenza — e, più che diffidenza, disprezzo e anche incomprendimento — nell'ambito della situazione spagnola per quel fenomeno singolare, storicamente così radicato, del *fuero* e del *fuerosismo*, che trovano in lui un avversario implacabile in nome di uno Stato unitario — sia pure « *nación de naciones* », come afferma ripetutamente ⁽⁴⁶⁾ — che non consente al suo interno, cioè all'interno della sua sovranità, se non autonomie (ma autonomie nel senso dei giuspubblicisti; intendiam dire autonomie derivate, derivate dallo Stato).

È a questo punto che il nostro discorso può ritornare a quell'accenno, fatto all'inizio del capitolo, sul dialogo scientifico fra me e Tomás 'costituzionalista', tra un personaggio ben immerso nella

⁽⁴⁶⁾ Una affermazione assai prossima — non so se l'ultima — è in *A orillas del Estado*, Madrid, 1996, p. 92.

cultura del costituzionalismo di stampo liberale e chi, come me, aveva ritenuto insistentemente di parlare di assolutismo giuridico per contraddistinguere il modo — chiamiamolo semplicisticamente — borghese di concepire il diritto, la produzione e la applicazione del diritto, il rapporto diritto-Stato.

Assolutismo giuridico è uno schema interpretativo che, nella mia visione, tendeva a mettere in luce anche le indubbie — ma quasi sempre eluse — conseguenze negative delle concezioni giuridiche borghesi. La mia riflessione sul tema — iniziata nel 1988 ⁽⁴⁷⁾ e proseguita poi in diverse tappe, tra cui, esplicita, proprio la lezione dottorale letta in castigliano a Barcellona nel 1991 e ben conosciuta da Francisco ⁽⁴⁸⁾ — aveva il significato di reazione a un generale movimento, trionfalistico e acritico, che coinvolgeva allora tutti i giuristi nella celebrazione e osannazione del bicentenario della Rivoluzione nonché dei principii e valori di questa.

La mia modesta voce aveva un fine modestissimo, ma che mi sembrava sacrosanto: prendere atto anche dell'altra faccia di quella testa bifronte che è la Codificazione del diritto (manifestazione prima e suprema del moderno diritto borghese); senza insulsi e ingenui donchisciotismi, segnalare la complessità del grande fenomeno 'codificazione', il più grande nella storia giuridica dei paesi di *civil law*; segnalarne, liberi dalla insopportabile retorica ottantannovarda, le sue valenze anche negative per la storia del diritto moderno proprio in grazia del suo carattere fondamentale di monopolizzazione da parte dello Stato del meccanismo di produzione del diritto, anche del diritto privato.

Questo schema non potè non interessare la curiosità intellettuale di Francisco e non potè non turbare la sua probità intellettuale, il suo atteggiamento magnifico di uomo di cultura in perenne ascolto. Ne apprezzava il valore demitizzante (come era nei miei precisi propositi) ma lo sentiva scomodo e dissacratorio in rapporto alle sue certezze e convinzioni anche morali.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. *Epicedio per l'assolutismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17 (1988).

⁽⁴⁸⁾ *Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX*, Barcelona, Universidad Autònoma, 1991.

La preoccupazione, di cui io mi facevo — e tuttora mi faccio — portatore, era per l'inevitabile impoverimento che la dimensione giuridica avrebbe sofferto (come soffrì) nel suo resecamento dalla complessità e ricchezza del *sociale* e nel suo affidamento ai lacci del *politico*, cioè dello Stato. Impoverimento innaturale, proprio perché il diritto è per sua natura voce ed espressione della società, è un modo d'essere della stessa società che, nel suo vivere incessante, fissa certi valori e li osserva.

Lo Stato è altra cosa; rispetto alla società rappresenta un artificio — e Tomás, come abbiám visto, è il primo ad ammetterlo —, perché costituisce un apparato di potere e una psicologia di potere, perché piove dall'alto su di essa ed è — in quanto potere — inevitabilmente percorso dalla tentazione a imporre le proprie regole più che a ordinarsi con disponibilità a orecchiare forze e voci plurali. Lo Stato ha inevitabilmente la tentazione al monocorde più che al corale, tende a ridurre ad unità (e certamente è questo uno dei suoi pregi) riducendo o eliminando le diversità.

Far di tutto per garantire al diritto il bene della socialità e della sociabilità mi è sembrato e mi sembra un'operazione da compiere, o da tentare, nella consapevolezza che, troppe volte negli ultimi due secoli, il diritto legale, ufficiale, il diritto statuale, si è ridotto a cortecchia risecchita separata dalla linfa vitale sottostante.

Ritrovare il diritto come espressione del sociale aveva (ed ha) per me anche un altro significato relevantissimo: lo sottrae all'ombra assorbente del potere politico, alle sue miserabili gestioni contingenti, alle non eludibili particolarizzazioni e strumentalizzazioni cui altrimenti viene sottoposto.

A Francisco, che esaltava la dimensione statuale come superatrice di localismi giuridici, di frazionismi di classe di ceti di corporazione, mi era facile — soprattutto nell'attuale momento di tensione verso una efficace unità giuridica europea — opporre un dato troppo spesso sottovalutato: essere anche lo Stato — necessariamente — parte di un tutto, ma, quel che è peggio, parte separata e riottosamente indipendente rispetto al tutto. Superamento e sintesi di interne frazioni — senza dubbio, come più di una volta ha messo in luce Tomás —, ma frazione esso stesso rispetto a un paesaggio politico-giuridico più ampio, e frazione netta e assoluta come le altre cristallizzazioni comunitarie manifestatesi nel divenire storico non

erano state. Mi pareva, insomma, e tuttora mi pare, che l'ostacolo maggiore per il processo di ricostruzione unitaria dell'Europa anche sotto il profilo giuridico non venisse dalle micro-comunità che ben possono presupporre, coi loro confini elastici, una struttura politico-giuridica superiore, ma dalle macro-comunità, i cui confini elastici non sono perché segnati dai picchetti fissi delle differenti sovranità.

Probabilmente c'è, al di sotto di tutta questa dialettica, una visione da parte mia che fa leva sugli aspetti negativi dello Stato e del potere politico, visione cui può legittimamente contrapporsi una che, ottimisticamente, mette invece a fuoco aspetti marcatamente positivi. È qui che le nostre visioni e valutazioni, quella mia e quella di Francisco, si divaricavano fino a diventare antitetiche. Egli, figlio fiero e orgoglioso d'una intelligente tradizione postilluministica, era convinto che lo Stato è sempre un positivo della storia, con una funzione benefica che certe ombre non possono distruggere ai nostri occhi. Lo Stato di Tomás è, come ho già detto, un modello di Stato, l'erede diretto — e non il traditore — del Principe illuminato, il solo che sappia leggere la natura delle cose sociali — e quindi le reali esigenze della società — e tradurle in regole savie ed opportune; regole che — in quanto presumibili come savie ed opportune — ben potevano pensarsi come generali, astratte, eterne. Lo Stato è per lui, insomma, un valore, un valore imprescindibile.

In questa sommaria evocazione un lettore impietosamente logico potrebbe cogliere delle sinuosità, dei nodi, delle disarmonie nella linea della vicenda di Tomás y Valiente. La linea, forse, non appare correre diritta come la logica vorrebbe; lo può indicare il suo ultimo statalismo legalista che sembra smentire il Tomás di altri anni, ansioso di ampliare il suo sguardo fino al diritto extralegale perché timoroso di rinchiudersi nel bozzolo del formalismo; e lo può indicare il suo gesto estremo (gennaio 1996) di lasciare l'insegnamento attivo nell'Università per assumere un ruolo permanente nel Consiglio di Stato, gesto che, forse, ci pare in contrasto con l'immagine di uomo di cultura, di maestro e di scienziato che ci siamo sforzati di disegnare.

La verità è che Tomás, personaggio tormentato, si è sempre trovato al centro di valori confliggenti, soprattutto Stato e Università. Egli che ne aveva costantemente avvertito la suggestione e l'incidenza, da ultimo, forse segnato dalla lunga esperienza del *Tribunal*, pareva aver

subìto in maniera forte il richiamo al valore assorbente dello Stato, anche se è un dato certo che, appena tre anni fa, aveva rifiutato senza esitazione la proposta di diventare Ministro della Giustizia.

La coerenza assoluta è propria delle creature mediocri, che non nutrono dubbii e perplessità, che ignorano i tormenti interiori, logoranti ma spiritualmente fertili. Incoerenza? Guai a misurare soltanto a fil di logica una vicenda intellettuale e morale! Arrestiamoci invece di fronte a una realtà che il nostro sguardo miope non riesce a decifrare perfettamente ⁽⁴⁹⁾. Ogni giudizio sarebbe ingiusto soprattutto dinnanzi a una vicenda, come quella di Francisco, innaturalmente troncata e pertanto inespressa, incompiuta; ed è sterile e vuoto ipotizzare linee di uno svolgimento futuro, che era tutto affidato alla sua vigile coscienza di studioso e di cittadino.

Una ipotesi ritengo però legittima a chiusura di queste mie pagine: forse il richiamo al valore assorbente dello Stato avrebbe potuto esser tale da imprimere una svolta verso l'immersione nella politica attiva, ma anche in questo caso egli non avrebbe mai potuto deporre quella statua interiore di uomo di cultura che costituiva la sua ossatura spirituale e intellettuale; anche se, domani, deputato o ministro, egli avrebbe sempre impregnato la sua azione politica con l'atteggiamento che gli era nativo e congeniale: la dimensione critica dell'uomo di cultura.

Sono convinto che il Tomás delineato in queste pagine introduttive richiestemi da Clavero sia quello corrispondente alla sua statua interiore. Oggi, a me, nella intensa commozione del ricordo, piace pensarlo così: uomo di cultura in ascolto. Mi piace ripensarlo così come lo vidi l'ultima volta, a Miraflores de la Sierra, sulle montagne sopra Madrid, nel gennaio del 1994, in occasione dell'Incontro italo-spagnolo da lui organizzato. Lì si parlò molto del 'mio' assolutismo giuridico, con piene adesioni e con qualche riserva. Ricordo lui perennemente in ascolto, con il viso attentissimo e lo sguardo teso, tutto intento a percepire dalla fitta discussione i *fragmentos de verdad* che si celassero nella scomoda ipotesi interpretativa del suo amico fiorentino.

⁽⁴⁹⁾ Clavero ha una espressione felicissima: « La identificación del Estado con el Derecho y de este con los derechos, este verdadero misterio trinitario ».

IL DISAGIO DI UN 'LEGISLATORE' (Filippo Vassalli e le aporie dell'assolutismo giuridico)

“Richiamare il diritto ai giuristi”

(F. VASSALLI, *La missione del giurista nell'elaborazione delle leggi*)

1. Per rileggere Vassalli sotto un profilo culturale. — 2. Un 'legislatore' suo malgrado. — 3. L'avvio di un itinerario: « Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato » (1919), ossia il diritto privato come diritto dei privati. — 4. Lo svolgimento di un itinerario; e una epifania significativa: « Arte e vita nel diritto civile » (1931). — 5. Il Codice civile tra ragionevolezza e transizione. La diagnosi serena di un 'codificatore'. — 6. « Esame di coscienza di un giurista europeo » (1951): legislazione e scienza giuridica verso un diritto uniforme.

1. Di studiar più da vicino e più a fondo il messaggio scientifico di Filippo Vassalli mi venne voglia fin da quando — tanti anni fa — mi imbattei nel suo saggio sulla 'Estrastatualità del diritto civile' ⁽¹⁾, saggio che, sotto l'insegna di una intitolazione così singolare, appariva portatore di un pensiero singolare e solitario. Singolarità e solitudine che assumevano una ancor più viva intensità se si collocava quella scrittura nel grembo del suo tempo di redazione, un anno 1951 ancora riecheggiante delle scelte giuridiche del fascismo e del nazionalsocialismo e pervaso da un rispetto quasi mistico della ritrovata legalità che ogni sano giurista democratico riteneva doveroso ostentare.

Quel saggio ebbe lettori più o meno distratti nella civilistica italiana, sottolineato soltanto da chi tentava, in assoluto isolamento,

⁽¹⁾ *Estrastatualità del diritto civile*, ora in *Studi giuridici*, vol. III, tomo II, Milano, Giuffrè, 1960, p. 574 (il saggio era apparso originariamente, nel 1951, negli 'Studi in onore di Antonio Cicu').

la strada difficile e contestata della costruzione di un nuovo diritto civile su basi rigorosamente pluriordinamentali (2).

Poi, mille impegni e differenti cammini di ricerca seppellirono il mio primitivo desiderio, anche se non lo cancellarono mai: è riaffiorato in occasione dei miei ricorrenti scavi sui rapporti fra assolutismo giuridico e diritto privato moderno, è riaffiorato soprattutto l'anno passato quando, chiamato dall'Istituto Universitario Europeo a disegnare una sintesi storica del diritto civile italiano, ritenni di far posto proprio a Filippo Vassalli nel quadro della scienza giuridica italiana degli anni Venti e Trenta (3).

Se ho però ripreso in mano vecchi appunti, rifatto nuove letture e dato avvìo concreto alla stesura di queste pagine, lo debbo a due felici esperienze di studio — l'una recente, l'altra recentissima — dedicate a Vassalli da un còlto e sensibile civilista nostro, Giovanni Battista Ferri (4). L'interesse specifico di Ferri era per il grande 'legislatore', il 'codificatore' del diritto privato italiano, tema rilevantissimo e su cui c'era (e c'è) ancora molto da scavare e da chiarire; il mio interesse per Vassalli era (ed è) invece di indole più culturale e restava (e resta) legato alla mia lettura giovanile e a quel saggio del '51 dal titolo tanto provocante. Non mi mancava che collegarvi altre letture già fatte dallo stesso angolo d'osservazione, altre aggiungervene, e ricomporre insieme i varii frammenti esaminando se ne scaturiva un itinerario coerente ed organico.

È quanto mi propongo in questa breve riflessione: cogliere il messaggio di Vassalli, cioè di colui che è universalmente considerato come il più 'autore' fra gli 'autori' — mi si passi l'espressione — del Codice civile italiano vigente, sul terreno delicato del sistema delle fonti e quindi della produzione e interpretazione del diritto, pórlò in

(2) Il riferimento è alla ricerca, rimasta incompiuta, di Salvatore ROMANO, tra i cui molti apporti si veda particolarmente: *Ordinamenti giuridici privati* (1955), ora in *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1980, tomo primo, p. 449 ss., saggio destinato a onorare proprio la memoria di Filippo Vassalli e nel quale il § 5 è dedicato alla riflessione vassalliana (p. 460).

(3) La conferenza fu tenuta il 6 maggio 1996; il testo sarà prossimamente pubblicato a cura dello stesso Istituto Universitario Europeo.

(4) Giovanni B. FERRI, *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del libro delle obbligazioni*, Padova, Cedam, 1990, e *Filippo Vassalli e la defascistizzazione del codice civile*, in *Diritto privato*, II (1996), p. 593.

dialettica con le certezze dominanti e circolanti dell'assolutismo giuridico, del pan-statalismo e del pan-legalismo così cari al sensato e mediocre giurista anche del maturo Novecento.

E mi propongo di dar risposta a una domanda essenziale: Vassalli — lui, il 'legislatore' per eccellenza — si riposò beato sulle comode convinzioni dell'assolutismo giuridico, che collocano il giurista all'ombra protettiva e costringitiva della legge? Fu, per lui, il saggio sulla 'Estrastatualità del diritto civile' un episodio isolato o piuttosto il momento più appariscente di una riflessione unitaria? Pur nella modestia del suo intento, il presente saggio può essere un contributo non secondario alla biografia intellettuale d'una delle più significative presenze nella scienza giuridica italiana di questo secolo.

2. Bene ha fatto Ferri a puntare il suo sguardo sul realizzatore del Codice ed è giusto che, nella comune coscienza dei giuristi italiani, il nome e l'opera di Vassalli siano legati alla faticosa, relevantissima elaborazione di una nuova codificazione civile. Se infatti il Nostro non ha mancato di prender parte attivamente alle più disparate dimensioni dell'esperienza giuridica, pratica e teoretica, legislativa e scientifica, giudiziaria e forense ⁽⁵⁾, è tuttavia doveroso constatare che la parte più consistente di tutta la sua operosità è quella del tecnico di gran rango chiamato ufficialmente al difficile mestiere di confezionare norme che siano — per l'appunto — tecnicamente adeguate.

Presentando, nel 1939, due volumi di proprii scritti scientifici da lui stesso raccolti e curati, egli ammetterà con tono di confessione e quasi di scusa: « Del mio lavoro... non poco, attraverso la più che ventennale quotidiana collaborazione di progetti, di relazioni, di discussioni, è trasferito negli ordinamenti giuridici apprestati per le occorrenze del dopoguerra e per memorabili eventi della patria,

⁽⁵⁾ Confesserà, con una considerazione retrospettiva, quasi al termine della sua vita, che egli « ebbe la singolare ventura in una vita, tutta spesa in attività legali, di coltivare il diritto come storico e come pratico, di essere a volta a volta insegnante, avvocato, giudice di Corti costituzionali e compilatore di Codici e di leggi speciali » (*Esame di coscienza di un giurista europeo* (1951), ora in *Studi giuridici*, cit., vol. III, t. II, p. 766.

quali la sistemazione legislativa delle nuove provincie e più tardi l'esecuzione del concordato con la Santa Sede, o si fissa nei testi più solenni della codificazione » (6).

Ho detto che il tono è quasi di scusa; forse, è qualcosa di più: è di rammarico. Il rammarico dello studioso innamorato del proprio sapere, che si è visto limitata dai troppi e gravosi impegni la sua curiosità intellettuale, la sua capacità di colloquio con il lettore. È certo che il volto più appariscente di Vassalli è quello del 'legislatore', del 'codificatore', ma è altrettanto certo che non si tratta di un volto soddisfatto. Anzi, è vero proprio il contrario, ed egli non ha affatto il pudore di nasconderselo.

Nella sua prolusione romana del '30 è franchissimo accennando al sistema della codificazione: « Chi vi parla non ne è entusiasta. Rende omaggio alle esigenze pratiche a cui il codice corrisponde, ma avverte il disagio della costrizione della legge civile in un codice » (7). E parecchi anni dopo, passata e definita la gran fatica della redazione del Codice, in un saggio di felice contrappunto tra situazione europea continentale e mondo di *common law*, non ha esitazione a svelare il suo atteggiamento più riposto: « è una ironia del caso se proprio a me, che non sono affatto un entusiasta del sistema delle codificazioni ufficiali... è toccato di collaborare per venticinque anni ai codici e di scrivere per buoni due terzi il codice civile » (8).

Immediatamente prima aveva confessato che un sistema di diritto non legale gli sembrava valere quanto quello legale; immediatamente dopo, concluderà la sua riflessione con un tocco di scetticismo sulla funzione del Codice (9). Insomma, un ben strano 'legislatore', che dedica la sua vita a costruire leggi, ma che sente scomoda la seggiola su cui il solo senso di dovere lo ha fatto sedere.

E il sentimento che emerge palesemente è di disagio: parola che ho ritenuto di inserire nella stessa intitolazione di queste pagine, ma che è sulla bocca dello stesso Vassalli pronunciata nel testo

(6) Vedi ora il testo riprodotto in *Studi giuridici*, cit., vol. I, p. IX.

(7) *Arte e vita nel diritto civile*, ora in *Studi giuridici*, cit., vol. II, p. 400.

(8) *Osservazioni di uomini di legge in Inghilterra* (1946), ora in *Studi giuridici*, cit., vol. III, t. II, p. 576.

(9) « È che poi io non riguardo il codice gran che di più — per tante materie — che un mediocre trattato o una silloge di massime » (*loc. ult. cit.*).

sopra-trascritto. Disagio passeggero? Traccia fuggevole di un momento di fatica e di scoramento? Proprio annotando l'ultimo testo sopra segnato egli tiene a puntualizzare che si tratta di un suo atteggiamento costante, e rinvia il lettore — in questa pagina del '46 — a precedenti eloquentissime affermazioni del '27, del '30, del '42 ⁽¹⁰⁾.

In mezzo a uno stuolo di giuristi (spesso inconsapevolmente) legolátrici, in mezzo a un generale entusiasmo (di stampo decisamente post-illuministico) per lo strumento taumaturgico del Codice, ecco profilarsi l'esperienza appartata e peculiare di un civilista il cui itinerario soffre di una profonda antinomia fra convinzioni intime e manifestazioni professionali.

Lui, il 'legislatore', è culturalmente convinto del rischio tutto moderno di ridurre il diritto a un sistema, pur suadente, pur perfettissimo, di regole autoritarie generali astratte e avverte preciso « il disagio della costrizione della legge civile in un codice ».

Lui, che nasce storico del diritto ⁽¹¹⁾, che dalla storia ha appreso il pericolo dei facili entusiasmi ed ha appreso a temperarli; cui la storia ha insegnato l'inadeguatezza delle costruzioni geometriche a ordinare la complessità e mobilità della vita giuridica, lui è dominato da una ferma istanza di relativizzazione e di demitizzazione di quanto i moderni han fissato come ultimo e assoluto approdo sul piano delle fonti ⁽¹²⁾. Lui, nel fondo del cui animo sta la consape-

⁽¹⁰⁾ « Le stesse cose io ho lungamente insegnato e avevo detto in più occasioni pubblicamente, così commemorando Chironi nel 1927 e nella prolusione alla Università di Roma del 1930 e nel discorso sul nuovo codice civile del 1942 » (*loc. ult. cit.*).

⁽¹¹⁾ Vassalli si inizia agli studii giuridici nella Università di Siena sotto la guida del romanista Luigi Moriani, e proseguirà questo filone di studii in Roma con quello che riterrà il suo vero maestro, Vittorio Scialoja (dal quale, come dichiarerà nella sua prolusione romana — cfr. *Arte e vita nel diritto civile*, cit. p. 395 —, « dell'arte del diritto ebbi rivelati i raffinamenti più squisiti »); all'inizio della sua carriera insegnerà discipline romanistiche prima di passare al diritto civile positivo, che non lascerà più.

⁽¹²⁾ Se mai, si può aggiungere un rilievo: in Vassalli, che nasce romanista, è talvolta coglibile una ipervalutazione e una idealizzazione del diritto romano, che — del resto — sono le tentazioni irresistibili di ogni romanista. Storicista pel diritto moderno, forse Vassalli lo è un pò meno pel diritto antico. Segno di contraddizione di un personaggio, che — tuttavia — avverte schiettamente la storicità della dimensione giuridica.

volezza dello storico, trova ripugnante e immiserente ridurre il diritto a legge ⁽¹³⁾, a leggi.

La coscienza dello storico è sempre coscienza della complessità e della relatività: nel filtro di quella coscienza la legge appare soltanto uno dei molti vestimenti del giuridico, non il solo e forse non il primo; ed emerge la dialettica relativizzante legge/diritto: la legge è diritto ma non è il diritto, cioè non si identifica con esso perché è incapace ad esprimerlo compiutamente.

A chiusura di uno dei suoi ultimi scritti metodologici Vassalli scriverà: « Il problema di oggi è riportare per quanto è possibile il giurista alle leggi. In fondo è l'aspirazione di riportare le leggi al diritto » ⁽¹⁴⁾. Nella occasione solennissima della inaugurazione del Congresso internazionale di diritto privato (a questo era destinato lo scritto), avendo tra le mani un tema dalla elevata valenza politica, questo epilogo così fermo e reciso ha un carattere indubbiamente programmatico: rivalutazione del giurista-scienziato, suo rinnovato coinvolgimento nella produzione del diritto in nome di quella complessità del giuridico di cui unicamente lo scienziato può essere percettore e traduttore. La legge non può essere affidata ai professionisti della politica stazionanti occasionalmente nelle aule parlamentari, ma al ceto dei tecnici. Ciò varrà anche a sottrarre la legge dalle sabbie mobili del 'quotidiano' e dell' 'episodico' per recuperarla al mondo ben più vasto e complesso del diritto.

La dialettica legge/diritto, che si origina nella consapevolezza della non-coincidenza fra l'una e l'altro, è estremamente risalente ed è anche estremamente vivificante perché è il cordone ombelicale tra forme giuridiche ed esperienza. È stata soffocata, se non cancellata, nell'emisfero moderno in nome della esasperazione (ideologicamente ben fondata) della dimensione legislativa, ma è stata la grande valvola respiratoria del diritto comune medievale e post-medievale. In quell'espressivo incunabolo del moderno che è la 'Republique' di

⁽¹³⁾ È appena il caso di precisare che, quando Vassalli parla di 'legge civile' nel testo richiamato alla nota 7, 'legge' è termine inteso in un significato assai ampio che lo rende sinonimico di 'diritto', com'è assai spesso nella tradizione del diritto comune.

⁽¹⁴⁾ *La missione del giurista nella elaborazione delle leggi* (1950), ora in *Studi giuridici*, cit., vol. III, t. II, p. 751.

Bodin essa è ancora intensamente segnata ⁽¹⁵⁾. Bodin, disegnatore innovativo a fine Cinquecento delle linee teoriche del già virulento Stato francese, come giurista, come pratico del diritto, sembra invece a cavalcioni tra due mondi, ed è probabilmente dalla prassi giuridica parigina — ancora intrisa di passato, ancora dominata dal ceto dei giuristi e non ancora condizionata dai grossi interventi legislativi del Principe — che prende consistenza la dialettica legge/diritto, quasi la contrapposizione fra legge e diritto: il diritto, un universo che pesca nel profondo della società, la legge che attinge dalla volontà e dall'autorità del solo Principe.

È la dialettica ed è la convinzione, che troviamo vivace nel discorso inaugurale di Vassalli, questo storico del diritto che ha indossato sapientemente le vesti del civilista ma che non ha mai inteso smentire le sue radici. Ed è anche la dialettica che colloca il Nostro in una posizione critica rispetto all'assolutismo giuridico imperante.

Fra i civilisti italiani il 'legislatore' Vassalli è forse il più sensibile, il più coraggioso nel percorrere e ampliare i sentieri nuovi che si cominciavano a tracciare su statalismo e legalismo all'interno della scienza giuridica peninsulare dopo il grande scossone della prima guerra mondiale.

Il sasso lanciato con forza da Santi Romano, nel 1918, nel bel mezzo della piccionaia dei giuristi, e che lo stesso Romano aveva mancato di raccogliere per le sue costruzioni pubblicistiche, stava tuttavia dando i primi frutti nelle coscienze più sensibili: il diritto ricominciava ad essere agganciato, più addietro delle cristallizzazioni politiche, nel cuore del sociale, e ne son traccia sicura i fermenti che lo storico riscontra nitidi nel ventennio corrente fra le due guerre mondiali.

È la temperie culturale dalla quale scaturirà il richiamo insistente di Capograssi alla esperienza giuridica e alla scienza quale interprete primaria e più accreditabile dell'esperienza ⁽¹⁶⁾; nella

⁽¹⁵⁾ Jean BODIN, *Les six livres de la Republique*, Aalen, Scientia, 1977 (reimpr. ed. Paris, 1583), p. 155: « il y a bien difference entre le droit et la loy: l'un n'emporte rien que l'equité, la loy emporte commandement: car la loy n'est autre chose que le commandement du souverain, usant de sa puissance ».

⁽¹⁶⁾ Si fa torto al lettore avveduto ricordando, nel 1932, la riflessione capograssiana

quale, pur nel seno dello Stato totalitario, giuristi ufficiali del regime come Sergio Panunzio disegnano, nella complessità del nuovo ordine corporativo, un certo qual pluralismo fra Stato, gruppi sociali, unità produttive, sindacati, e mettono a punto la nozione di 'partito-istituzione' come fatto costituente pre-statuale (17); e i nuovi giuspubblicisti quali Costantino Mortati fondano il nuovo Stato su una nozione di 'costituzione in senso materiale', che, rappresentando il momento embrionale di prima differenziazione dello Stato dalla società, implica un risoluto aggancio col sociale e immerge la dimensione statuale nel complesso di forze circolanti già in una dimensione pre-statuale (18).

È la temperie culturale in cui Cesarini Sforza, giurista ben addentro alla nuova visione corporativa dell'ordine sociale, porta avanti l'ipotesi teorica di Romano misurandola sul terreno degli ordinamenti privati (19), in cui i civilisti Finzi e Pugliatti — deponendo il soggetto dal trono elevatogli dalla tradizione romanistica — avviano la costruzione dei diritti reali partendo dal mondo dei fatti e valorizzando le cose e i loro statuti differenziati (20), in cui il commercialista Ascarelli ingrandisce di parecchio l'orizzonte dell'universo giuridico ricomprendendovi senza esitazione la dimensione dell'effettività (21).

di avvio: « Studi sull'esperienza giuridica », e, nel 1937, la manifestazione compiuta del suo pensiero: « Il problema della scienza del diritto » (ora, ambe, in *Opere*, Milano, Giuffrè, 1959, vol. II).

(17) Sono le tesi sviluppate soprattutto in: S. PANUNZIO, *Il diritto sindacale e corporativo*, Perugia, La Nuova Italia, 1930, e *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'unità dello Stato*, in *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio*, Modena, Soc. Tip. Modenese, 1931, vol. II (pubblicato anche in veste autonoma col titolo variato: *Stato e diritto. L'unità dello Stato e la pluralità degli ordinamenti giuridici*).

(18) Basti qui rinviare alle convincenti pagine di M. FIORAVANTI, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicista italiana (Dallo Stato liberale al regime fascista, ed oltre)*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 154 ss. (ma soprattutto pp. 159-62).

(19) Widar CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati* (1929), Milano, Giuffrè, 1963.

(20) Per un maggior chiarimento basti qui rinviare alle precisazioni da me fatte in: *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico* (1985), ora in *Il dominio e le cose-Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 604-5.

(21) Sia consentito di rinviare a una mia indagine in corso di pubblicazione: *Le*

È in questo ventennio serpeggiante di fermenti critici e di ripensamenti demitizzanti, non esclusivamente italiani ma europei (22), che si colloca la voce di Filippo Vassalli, voce — si diceva più sopra — coraggiosa perché aggredisce il problema della produzione del diritto privato con straordinaria franchezza e alle sue fondazioni prime; i suoi ripetuti interventi costituiscono un invito — rivolto ai civilisti — a guardare finalmente contro-luce un paesaggio cui il loro sguardo si era troppo supinamente assuefatto.

Modesta finalità di questo saggio è di ripercorrere l'itinerario vassalliano sulla scorta di alcune sue tappe essenziali: i termini estremi di esso possono esser fissati nella prolusione genovese del '19 trattante « Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato » e nel già citato contributo del 1951 contenente lo « Esame di coscienza d'un giurista europeo ».

3. Quando Vassalli legge, il 22 novembre 1918, la sua prolusione al corso di 'Istituzioni di diritto civile' nella Università di Genova, col proposito specifico di discutere 'Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato' (23), egli è già pienamente coinvolto nella Commissione Reale per il dopoguerra, in quella sezione che aveva il compito tecnicamente delicatissimo della 'Revisione della legislazione emanata durante la guerra in forza dei poteri straordinari'.

È — com'è ben noto — un complesso legislativo emanato soprattutto dal Governo durante il periodo bellico e fornito di un carattere spiccatamente eccezionale, che aveva già raccolto, quando la prolusione viene redatta, in ragione dei suoi contenuti innovativi e addirittura eversivi, l'attenzione di alcuni sensibili giuristi italiani (24). La riflessione vassalliana è rilevante non soltanto a dimo-

aporie dell'assolutismo giuridico (Ripensare oggi la lezione metodologica di Tullio Ascarelli, in Diritto privato, III (1997), nonché in 'Studi in onore di Pietro Rescigno'.

(22) Per la Germania weimariana e nazionalsocialista lo abbiamo rilevato nel nostro ricordo del Wieacker civilista: *Un grande giurista del nostro tempo: Franz Wieacker, in Rivista di diritto civile, XLI (1995), parte prima, p. 487 ss.*

(23) Vedila ora in *Studi giuridici*, cit., vol. II, p. 337 ss.

(24) Apposita rubrica tiene stabilmente sul tema-problema delle « questioni relative alla guerra » Alfredo Ascoli sulla 'Rivista di diritto civile'. Lo stesso fa Gino Segrè sulla 'Rivista del diritto commerciale'.

strazione nel Nostro di una pari sensibilità, ma anche alla luce delle nostre specifiche finalità, perché testimonia la presenza sicura di un ben definito atteggiamento metodologico e di un nucleo ben definito di pensiero nel giovane studioso poco più che trentenne ⁽²⁵⁾.

Caliamo a esaminare più da vicino queste significanti presenze.

Innanzitutto, un atteggiamento decisamente storicistico, strumento consueto di approccio per ogni storico del diritto degno di questo nome, ma strumento singolare e inusuale in chi — come Vassalli — nasca quale romanista e particolarmente si educi in quei primi anni del secolo quando la formidabile impronta pandettistica reclamava, in genere, nel romanista il maneggio di schemi categoriali assolutamente dommatici collocando in una sorta di limbo metastorico il suo sapere e costituendolo valido sempre e dovunque ⁽²⁶⁾.

‘Comprensione’ è invece il nitido vocabolo di segno storicistico che affiora al lessico vassalliano ⁽²⁷⁾, e, conseguentemente, la tensione a non isolare il fenomeno studiato, bensì a collocarlo nel proprio tempo al centro di una rete ampia di forze e di rapporti. In questa luce il corpo legislativo bellico, che a un occhio superficiale può colpire unicamente per la sua eccezionalità, appare invece essere il frutto maturo d’una stagione storica che la guerra ha reso manifesto o ha, magari, affrettato; che, comunque, non può essere liquidato come un episodio (sia pure di grosse proporzioni), ma interpretato come specchio fedele dei tempi: « la verità è che lo stato di guerra ha portato in essere, o talora solo a maturazione, tutto un sistema di politica economica (a questo io mi fermo più insistentemente pei nessi col diritto privato), che e studiosi e politici avevano disegnato e propugnato indipendentemente da ogni stato di guerra » ⁽²⁸⁾.

⁽²⁵⁾ Solamente per il lettore non-italiano si segnala che Filippo Vassalli era nato a Roma nel 1885. Si spengerà, sempre a Roma, nel 1955.

⁽²⁶⁾ Storicista e alieno dalle pure dommatizzazioni pandettistiche il nostro Vassalli, ma con qualche — forse inconscia — indulgenza verso il diritto romano classico e giustiniano come valore culturale e tecnico (cfr. quanto abbiamo rilevato più sopra, alla nota 12).

⁽²⁷⁾ *Della legislazione di guerra*, cit., p. 340.

⁽²⁸⁾ *Della legislazione di guerra*, cit., p. 339.

Lo storicismo consente a Vassalli di veder più chiaro, e di inserire lucidamente il fenomeno indagato nel suo reale contesto, espressione di quel contesto. È un atteggiamento intellettuale costante in Vassalli, e lo ritroveremo intatto quando — negli anni Trenta —, studiando il nuovo diritto di proprietà così come si veniva configurando nella fascista ‘Carta del lavoro’, lo coglieva anche « come sintesi concettuale di acquisizioni già in atto »⁽²⁹⁾; o quando, negli anni Quaranta, ammoniva che tante conclusioni e scelte dell’ordinamento corporativo altro non erano che un portato del proprio tempo di cui occasionalmente era stato veicolo efficace il regime autoritario⁽³⁰⁾.

E per la seconda volta non possiamo non raffrontare e avvicinare la posizione di Vassalli con quella di un altro grande storico del diritto e, insieme, civilista, il tedesco Franz Wieacker, il cui apparente filo-nazismo nel corso del decennio nazionalsocialista si riduceva alla precisa coscienza della storicità di certe conclusioni e scelte, espressioni del proprio momento storico prima ancora che emblemi di questo o quel regime politico, di questa o quella ideologia politica⁽³¹⁾. Testimonianze, insomma, l’italiana e la germanica, di una scienza giuridica (e in Italia si dovrebbe almeno aggiungere quella del ‘fascista’ Mortati) che vuol soprattutto dar voce a istanze della società e della cultura contemporanee rivestendole di adeguate apparecchiature tecniche.

La legislazione italiana di guerra rappresenta, in questo angolo di osservazione vassalliano, l’emersione di una cospicua crisi del diritto privato, crisi di quel nodo solidissimo di valori che si era mantenuto pressoché inalterato dal disegno classico dei romani allo scossone incisivo di fine Ottocento: « una crisi nel diritto privato. Forse la più grande crisi del diritto privato »⁽³²⁾. E che consiste in una attenzione tutta nuova, sommamente rischiosa, del potere politico per la grande zona franca dei rapporti fra privati: attenzione, protezione, ma anche invadenza e, con essa, l’intorbidarsi delle

⁽²⁹⁾ *Il diritto di proprietà* (1932-33), ora in *Studi giuridici*, cit., vol. II, p. 416.

⁽³⁰⁾ Un esempio eloquente è in: *Motivi e caratteri della codificazione civile* (1942-47), ora in *Studi giuridici*, cit., vol. II, p. 6147.

⁽³¹⁾ GROSSI, *Un grande giurista del nostro tempo: Franz Wieacker*, cit., p. 498 ss..

⁽³²⁾ *Della legislazione di guerra*, cit., p. 341.

limpide acque civilistiche per l'inevitabile inquinamento con una politicità troppo spicciola, troppo legata al quotidiano e alle sue repentine variazioni. Se « vocazione delle norme di diritto privato è essenzialmente di realizzare certe esigenze di giustizia nei rapporti che si svolgono liberamente fra gli uomini »⁽³³⁾, l'intervento dello Stato — sia esso con finalità puramente protettive — non può che inquinare e snaturare.

È la natura stessa delle regole civilistiche che quell'intervento mette in discussione, soprattutto quando il legislatore, lasciato il ruolo di codificatore, e cioè di raccoglitore in una cornice generale di contenuti già elaborati dalla cultura e dalla prassi giuridiche, si fa produttore di norme specifiche, e cioè portatore di contenuti dei quali esso solo, a livello politico, è l'arbitro.

E spunta netta la grande verità cara al romanista Vassalli, la estrastatualità, la naturale estrastatualità del diritto civile: « il diritto privato, quale ereditammo dai romani, è indipendente dall'organizzazione statale »⁽³⁴⁾.

Elaborato giorno dopo giorno nei rapporti e traffici della vita ordinaria all'insegna del buon senso e di quel minimo etico di cui l'uomo comune è il naturale portatore, il diritto privato è il frutto di una sedimentazione lentissima e di un lentissimo ma organico assorbimento da parte della società; con due protagonisti a livello tecnico-giuridico: un privato, il giureconsulto, e un magistrato, il pretore, che non impone una regola sua ma che si limita a *ius dicere*, « a dichiarare ciò ch'è diritto nei singoli rapporti in contestazione »; giureconsulto e pretore, l'uno e l'altro « voce del buono e dell'equo »⁽³⁵⁾.

Una prima conclusione è immediata: « la legge, il diritto cioè dettato dallo Stato, ha uno sviluppo limitato, nell'orbita di codesti

⁽³³⁾ *Della legislazione di guerra*, cit., p. 344.

⁽³⁴⁾ *Della legislazione di guerra*, cit., p. 361.

⁽³⁵⁾ Vale la pena di riportare l'intero contesto discorsivo di Vassalli: « il mirabile monumento del diritto privato è costruito prevalentemente per opera di giureconsulti, cioè di privati — sacerdoti dell'idea di giustizia, come essi stessi si sentono e si proclamano — e del pretore, cioè del magistrato che deve *ius dicere*, dichiarare ciò ch'è diritto nei singoli rapporti in contestazione, che ha dunque una funzione ben diversa dalla legislativa, anch'egli voce del buono e dell'equo » (*Della legislazione di guerra*; cit., pp. 344-45).

rapporti »⁽³⁶⁾, perché vincola e rattrappisce una fioritura spontanea di regole nascenti liberamente dalle mille combinazioni della vita quotidiana.

In questa ottica antistatalistica e antilegalistica vengono collocate sullo stesso piano, testimoni ambedue di un interventismo negativo dei pubblici poteri, sia la legislazione emanata in seno alla prima guerra mondiale, sia « la così detta legislazione sociale ». Non saranno i contenuti diversi a imporre una valutazione diversa: deprecabile è il modo di produzione della regola civilistica, la quale — per sua intima natura — aborrisce dalla imposizione autoritaria sia pure attuata per finalità protettive di categorie sociali più deboli. La legislazione sociale è anch'essa sintomo allarmante della dilagante crisi moderna che involge e travolge il diritto privato.

La critica vassalliana alla legislazione di guerra ha la stessa fondazione della sua critica al generale panlegalismo e della sua diffidenza sulla stessa codificazione come strumento appropriato e congeniale. Non ha una matrice ideologica ma culturale. In altre parole, Vassalli non appartiene di certo al nòvero crescente di quei giuristi che reclamavano maggiore attenzione per la dimensione sociale del soggetto civilistico; al contrario, egli appartiene con sicurezza a quelle correnti individualistiche che avevano creduto nella legge e nel Codice come strumenti supremi di tutela d'un assetto individualistico della società, e alla legge e al codice ne avevano affidato la realizzazione e la consolidazione. Il moto critico di Vassalli non tocca queste certezze saldamente ancorate al più puro liberalismo classico; ha piuttosto radici culturali originate in lui dall'esser nato romanista e dall'esser restato nel fondo del suo animo un indagatore innamorato dell'universo romano dove i privati avevano eretto un monumento ammirevole di diritto civile all'insegna del *bonum et aequum*.

Immediata è anche una seconda conclusione: « la legge col suo generale precetto semplifica e unifica i fenomeni; pone una definizione, una formula, una regola dove la vita pulsa e prorompe, dove gli interessi cozzano o cospirano, dove la realtà suscita ogni giorno

(36) *Della legislazione di guerra*, cit., p. 345.

fatti nuovi » (37). La norma legislativa fa violenza perché non tien conto della complessità e mobilità dell'universo giuridico, che è realtà vitale in continue formazione e trasformazione.

La legge semplifica e immobilizza con una operazione che sa di innaturalità. Il vecchio diritto civile affidato alle opinioni duttili di maestri e di giudici, opinioni capaci di cambiare prontamente perché non irrigidite in cristallizzazioni e procedimenti, sembra dar maggiori garanzie di seguire e ordinare l'esperienza giuridica con le sue regole già scritte nel costume e nella prassi, che non abbisognano di strumenti di costrizione ma di categorie tecniche a sostegno.

È la strada più che bimillenaria per la quale il diritto privato si è conservato intatto quale diritto dei privati.

4. Il complesso di certezze segnato con tanta fermezza nella prolusione genovese non è legato né all'oggetto specifico in quella dibattuto né allo specifico momento di un dopoguerra greve di coinvolgimenti per il giurista. È piuttosto un nodo di convinzioni di cui è traccia precisa in affioramenti che emergono lungo il filo continuo della riflessione vassalliana.

Così, nel '23, invitato da Giangastone Bolla a leggere una 'memoria' di fronte alla fiorentina Accademia dei Georgofili, in un ambiente popolato soprattutto da agronomi e da esponenti della più sveglia imprenditoria agraria toscana, tiene a riaffermare che « cessa il diritto civile dove alle determinazioni dei singoli si sostituiscono determinazioni di pubblici uffici » e che « diritto civile e diritto sociale son termini contraddittori » (38); né son queste delle frasi ad effetto per strappare un facile applauso al pubblico di proprietari terrieri, ma il ribadimento di una visione individualistica del diritto civile e, insieme, della identificazione di questo nel territorio franco governato dalla autonomia dei privati.

Così, nel '27, commemorando a Torino Gian Pietro Chironi per tanti anni maestro di diritto civile e suo predecessore in quell'Ate-neo, prende occasione per richiamare i cultori del diritto privato positivo a una verità ovvia ma troppo spesso dimenticata nella

(37) *Della legislazione di guerra*, cit., p. 359.

(38) *Le riforme del Codice civile in relazione alla proprietà fondiaria* (1923), ora in *Studi giuridici*, cit., vol. II, p. 320.

assolutizzazione che quei cultori fanno dell'oggetto dei proprii studii: « il diritto vigente, il diritto codificato non essere che una contingenza nello sviluppo storico » (39). E prosegue la solita relativizzazione e demitizzazione del Codice: non la tappa ultima di una inarrestabile evoluzione, né la conquista definitiva di un progresso senza ritorno, bensì solamente una vicenda, e vicenda modesta perché legata a situazioni contingenti dell'età moderna; mentre il civilista, che non può essere mortificato « a volgare chiosatore », ha un ben definito ruolo culturale, e deve essere anche storico del diritto e comparatista giacché soltanto storia e comparazione gli daranno la coscienza del relativo e restituiranno complessa — com'è nella realtà — una vicenda normativa che corre troppo il rischio di restare semplificata e, tutto sommato, incompresa (40).

Ma è nella già citata (41) prolusione romana del 1930, « Arte e vita nel diritto civile », che gli affioramenti si mutano in un ripensamento organico pari per qualità e intensità a quello della prolusione di dodici anni prima e da cui abbiám preso le mosse. Segno che il filo di pensiero intriso di insoddisfazione, di disagio, di critica scoperta alle placide e indiscusse certezze dell'assolutismo giuridico continua il suo corso e sta assumendo i contorni di una autentica posizione dello spirito.

L'attacco all'assolutismo giuridico non si limita alla offensiva indiretta e quasi strisciante che si arresta a deporre il Codice dall'altarino post-illuministico, a relativizzarlo, a demitizzarlo (42), ma si spinge a minare le fondazioni più riposte di quello, ovverosia

(39) Giampietro Chironi (1927-28), ora in *Studi giuridici*, cit., vol. II, p. 371.

(40) La frase riportata nel testo così si completa: « Quindi non si dà interpretazione senza storia: e la storia del diritto è storia del pensiero, sicché il civilista, *se non si mortifichi a volgare chiosatore* [il corsivo è mio], è certo un filosofo. È storia del pensiero anche la comparazione: aspetti d'altri diritti che influiscono e son mutuamente influenzati per rapporti più o meno profondi, i quali spiegano il presente o promuovono l'innovazione. Strumenti delicatissimi entrambi, la storia e la comparazione: sono rapporti d'idee che si pongono nel tempo o nello spazio e le idee sono entità delicate a maneggiarsi » (*loc. ult. cit.*).

(41) Cfr. più sopra, alla nota 7.

(42) Offensiva che c'è e che è ripetuta senza incertezze: la codificazione è « uno strumento pratico e moderno di organizzazione della legge, nulla più » (*Arte e vita nel diritto civile*, cit., p. 401). Non la si elevi, pertanto, a traguardo ultimo di un itinerario che ha in essa il suo perfetto compimento.

la sistemazione rigidissima che aveva compiuto della pluralità di fonti, a manifestare una palese insofferenza verso la soluzione unica che aveva dato al problema della produzione del diritto e verso la soppressione di ogni effettivo pluralismo in nome del monopolio incontestabile del legislatore.

Vassalli porta, infatti, il suo dito accusatore, più che sul Codice — che può essere espediente utile se non necessario in una società complessa —, sulla mentalità con cui esso fu accompagnato, sulla ideologia assolutistica con cui fu inserito nella vita giuridica francese e italiana ⁽⁴³⁾ e alla quale sempre fu dipoi accompagnato.

Da un punto di vista culturale, cioè del divenire della cultura giuridica moderna, i nemici da battere sono individuati con sicura percezione e puntigliosamente elencati: la statualità del diritto privato, cioè il riconoscimento tutto nuovo e stravolgente dello Stato come fonte pressoché esclusiva anche del diritto privato ⁽⁴⁴⁾ e il dogma conseguente della « onnipotenza giuridica del legislatore » ⁽⁴⁵⁾; la identificazione del lavoro interpretativo nella sola e semplice ricerca di quella che fu, all'inizio, la intenzione del legislatore, costringendo l'interprete in una sorta di vicolo obbligato fiancheggiato da muraglie impenetrabili che impediscono ogni contatto del suo itinerario col mondo esterno, e con un solo pertugio al suo cominciamento estremo riconosciuto nel momento di promulgazione della norma ⁽⁴⁶⁾; « il culto del testo della legge » ⁽⁴⁷⁾, ciò che, nella commemorazione già menzionata di Chironi, lui aveva effica-

⁽⁴³⁾ « Quello che certamente va respinto nella codificazione civile è il concetto che si accompagnò primamente con essa, il concetto che ebbero gli uomini del 1789 e gli autori del codice Napoleone, e che informò la scuola dei grandi esegeti francesi dell'ottocento » (*Arte e vita nel diritto civile*, cit., p. 401). Si potrà forse dire che Vassalli fa qui torto, con questo generico giudizio, ad alcuni compilatori del *code civil* (per esempio al Portalis), ma non si può non rilevare la sostanziale esattezza della diagnosi.

⁽⁴⁴⁾ « Il diritto viene posto del tutto nelle mani dello Stato » (*Arte e vita nel diritto civile*, cit., p. 401).

⁽⁴⁵⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽⁴⁶⁾ « La ricerca della intenzione del legislatore, la quale va compiuta dal giurista al di là del testo, e nella quale intenzione si identifica il diritto positivo » (*loc. ult. cit.*).

⁽⁴⁷⁾ « Il culto del testo della legge (il diritto positivo dev'essere la preoccupazione esclusiva del giurista), e il diritto positivo s'identifica tutto intero con la legge » (*loc. ult. cit.*).

cemente chiamato come la mortificazione dell'interprete « a volgere chiosatore » (48).

Accanto alla insoddisfazione e alla severa requisitoria vi sono però nel testo del '30 motivi precisi di speranza: e Vassalli li registra con lo stesso puntiglio con cui ha elencato e condannato i difetti. La sua vivacità culturale e la sua sensibilità 'politica' gli fanno percepire due movimenti in atto, sia pure a livello embrionale.

Una tensione sempre più marcata verso un diritto uniforme, con tentativi concreti che cominciano a superare una frammentazione giuridica rispecchiante con troppa pedissequa fedeltà la frammentazione politica in Stati e sovranità diverse (Vassalli non porta esemplificazioni, ma vi si può cogliere un implicito riferimento al progetto italo-francese di un Codice delle obbligazioni e dei contratti redatto appena qualche anno prima). È un motivo che constateremo ricorrente e che il Nostro svilupperà assai consapevolmente nel secondo dopoguerra (49).

« La lotta per metodi più liberi d'interpretazione » che ha « rotto il chiuso in cui le codificazioni avevan sembrato rinserrare il diritto », e il civilista che « torna oggi a rivedere orizzonti non meno vasti di quelli che ebbe a dominare quando il diritto romano fu legge comune d'Europa e mediante esso si conseguì come un'universalità della scienza giuridica » (50).

Malgrado il riferimento, in lui sempre insistente, al diritto romano, che potrebbe sembrare passatista (51), Vassalli si dimostra pienamente uomo del suo tempo — e consapevole degli indirizzi scientifici a lui contemporanei e dell'itinerario che il diritto sta vivendo in quel decennio cominciato proprio nell'anno della prolusione romana — quando si fa latore di una posizione equilibrata-

(48) Cfr. più sopra, alla nota 40.

(49) *Arte e vita nel diritto civile*, cit., p. 404.

(50) *Loc. ult. cit.*

(51) E che attiene a quel processo idealizzatorio del diritto romano, che Vassalli serba sempre nell'animo suo. Da un punto di vista rigorosamente storico-giuridico, si potrebbe fare un ulteriore rilievo: che il diritto comune medievale e post-medievale è soltanto formalmente diritto romano, *ius romanum mediæ ævi*, ma sostanzialmente creazione tutta originale della *res publica christiana*, nella quale l'augusto monumento del diritto classico e giustiniano è chiamato a costruire una sintesi nuova in cui viene completamente trasfuso.

mente antilegalistica, reclama « un senso nuovo e sicuro dei rapporti fra la legge e le altre manifestazioni del pensiero giuridico »⁽⁵²⁾, e, di conseguenza, un rinnovato ruolo attivo per il ceto dei giuristi⁽⁵³⁾.

Il Nostro, che è eccellente conoscitore della storia comparata delle codificazioni, sa bene che il buono e il duraturo riscontrabile in queste è dovuto all'opera infaticabile e provveduta di tecnici di alto rango presenti nelle commissioni redattrici (siano essi Portalis o von Zeiller, Windscheid o Otto von Gierke, Huber o Pisanelli); ed è questo già un ruolo attivo e insostituibile che non si può non riconoscere alla scienza⁽⁵⁴⁾. Ma v'è un ruolo ulteriore, di piena autonomia in ordine alla produzione del diritto, che va rivendicato. È quanto sembra affiorare in quegli anni Trenta così fertili di novità per la storia del diritto europeo.

5. Poi, comincia per Vassalli la grande fatica della codificazione civile. Per vero, essa era da tempo cominciata, da quando — in esecuzione della legge 30 dicembre 1923, n. 2814 — il Nostro era stato chiamato a far parte della commissione di esperti incaricata di « arrecare opportuni emendamenti al codice civile », ma è senza dubbio nel corso del decennio Trenta-Quaranta che il lavoro aumenta di mole e la fatica si fa sempre più pesante quale diretta conseguenza di un ruolo personale sempre più impegnativo⁽⁵⁵⁾.

Sappiamo già che Vassalli non fu conquistato e intimamente trasformato da questa sua funzione preminente. È però singolare e significativo che sia lui stesso a dichiararcelo in un saggio di grosso rilievo che funge quasi da postilla e da ammaestramento conclusivo da parte non di un qualsivoglia giurista geloso di competenze a lui

⁽⁵²⁾ « Questo moto che si svolge nel mondo contemporaneo... e ch'è il prorompere della vita e la ricerca di una disciplina più adeguata ci dà un senso nuovo e sicuro dei rapporti fra la legge e le altre manifestazioni del pensiero giuridico » (*Arte e vita nel diritto civile*, cit., p. 404).

⁽⁵³⁾ La frase riportata nella nota precedente si conclude infatti così: « donde ai giuristi deriva responsabilità più grande e rinnovato orgoglio, quasi di *legum conditores* » (dove — se c'è qualcosa da perdonare a Vassalli — è uno svolazzo retorico assai poco sopportabile).

⁽⁵⁴⁾ *Arte e vita nel diritto civile*, cit., p. 405.

⁽⁵⁵⁾ È infatti nel corso del decennio, dal '31 al '37, che vedono via via la luce i progetti — accompagnati dalle relative relazioni — ai vari libri del futuro Codice.

non affidate ma di un 'legislatore' investito in pieno della produzione della norma.

Il riferimento è, manifestamente, a « Motivi e caratteri della codificazione civile »⁽⁵⁶⁾, un saggio che per il ricostruttore della biografia intellettuale di Vassalli ha un ulteriore e non minimo pregio: quello di avere una prima redazione e pubblicazione nel 1942 quale informazione per un pubblico generico e una seconda nel 1947 — più sviluppata e tecnicamente più provveduta — riservata alla lettura di addetti ai lavori. Se si fa una — sia pur rapida — collazione fra il testo del '42 e quello del '47, un risultato emerge: la sostanza dei due testi, malgrado alcune variazioni formali, la documentazione di ampie note e la integrazione di rilievi tecnico-giuridici richieste dalla diversità di destinatari, è pressoché intatta⁽⁵⁷⁾. Il Codice è frutto genuino del proprio tempo, né la fine del regime fascista e la nascita in Italia di una democrazia parlamentare separano in due monconi un siffatto volgere di anni, né l'opera del codificatore è stata quella di rappresentante del partito autoritario in seno alla Commissione redattrice.

Vassalli sente l'operato suo e della Commissione come una lettura — e traduzione in regole normative — di un insieme di istanze presenti nella società di metà Novecento e che presenti non erano a metà del secolo precedente; e questo spiega e giustifica perché un discorso redatto prima della caduta del fascismo può vedere la sua sostanza non modificata dopo quella caduta.

⁽⁵⁶⁾ Ora in *Studi giuridici*, cit., vol. III, t. II, p. 605.

⁽⁵⁷⁾ È Vassalli stesso ad annotare così, ripubblicando il saggio nella gloriosa e appena ri-nata 'Rivista italiana per le scienze giuridiche' (vol. I, fasc. I, anno 1947, p. 76 ss.): « Questo discorso, il qual fu pronunciato nel maggio 1942 all'indomani della entrata in vigore del codice — il solo di carattere generale in quella occasione — fu pubblicato in parte nella *Nuova Antologia* del 1° giugno (vol. 77, fasc. 1685, pag. 159 segg.). Pubblicandolo oggi con le parti più tecniche allora eliminate e con l'aggiunta di alcune note, ritiene l'autore di offrire agli studiosi argomento per riprendere l'esame di problemi di politica legislativa e di tecnica giuridica de' quali ogni legge non è che una più o meno provvisoria soluzione » (cfr. *Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit., p. 634, nota 1).

Alla mia rapida collazione dei due testi l'unica novità sostanziale è proprio la riflessione che Vassalli fa nel '47 (p. 614) e che non poteva, ovviamente, fare nel '42 sul carattere non contingente, cioè non fascista, della costruzione codificatoria.

La posizione di Vassalli è manifestata in modo esplicito da un esempio eloquentissimo che egli stesso offre abbastanza appartato in una nota. Testimonianza chiara della lettura dei segni dei tempi è per il Nostro la nuova sistemazione del diritto patrimoniale, per una valutazione analitica della quale egli rimanda a un saggio di indole scientifica appositamente dedicato da un altro membro della Commissione elaboratrice, il romanista e civilista Emilio Betti⁽⁵⁸⁾, con questa illuminante postilla che incarna un severissimo giudizio sulla ricostruzione bettiana delle motivazioni della riforma codicistica in tema di patrimonio: «dove [cioè nel saggio bettiano] sia lecito rimpiangere il frequente riferimento di codeste esigenze alla dottrina del fascismo, davvero inesplicabile in uomo sì dotto, a cui non poteva sfuggire come si trattasse di motivi diffusi nella coscienza del tempo e discussi o attuati in tutti i paesi di corrispondente cultura»⁽⁵⁹⁾.

L'atteggiamento storicistico — che è sempre fatto di rilevamenti, inserimenti, collegamenti e che, in genere, porta a segnare diversificazioni — qui segna invece larghi terreni comuni, ma serve anche ad evitare facili qualificazioni di 'fasciste' a scelte dalla ripostata valenza tecnico-giuridica. Ritorna un atteggiamento consueto a Vassalli e che già abbiamo riscontrato in lui nella valutazione della legislazione eccezionale durante il primo conflitto mondiale: inserire il fenomeno contingente italiano in un contesto più ampio grazie ai due strumenti interpretativi essenziali della comparazione orizzontale e verticale, giacché è soltanto da un siffatto inserimento che si eviteranno quei rischi perenni in «un osservatore superficiale o politicamente prevenuto» che consistono nell'appiattare ciò che è diverso ma anche — e non meno culturalmente pericoloso — isolare e frammentare ciò che è comune⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁸⁾ «Una rappresentazione efficace e di ampio respiro delle esigenze di politica legislativa che si proponevano alla riforma del diritto patrimoniale, e che in parte si attuarono, in parte si smarrirono per compromessi o si corruperro per insufficienze di tecnica, fu data dal BETTI già durante i lavori (*Per la riforma del c.c. in materia patrimoniale-fasi di elaborazione e mèta da raggiungere-Nota all'Istituto Lombardo di scienze e lettere, Rendiconti Lettere*, vol. LXXIV, 2, 1940-41, pag. 301 segg.) «*Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit., p. 622, nota 2).

⁽⁵⁹⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽⁶⁰⁾ Una pagina esplicita in: *Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit., p. 614.

Certamente, nel Codice, accanto a una sapiente e duratura intelaiatura tecnica che non teme la transizione di regime politico, vi sono — e indiscutibili — delle scorie storiche contingenti e pertanto caduche. Tutto ciò è senza dubbio connesso alla invadenza del regime autoritario, ma soprattutto a quell'idea tutta propria della coinè moderna e che il fascismo ha trovato già preconfezionata nel cuore più geloso delle cosiddette democrazie parlamentari: lo statalismo ⁽⁶¹⁾, cioè il collegamento del diritto, di tutto il diritto, allo Stato; anche di quel diritto privato che di ciò è particolarmente insofferente, perché « la legge civile rivela un atteggiamento meno prossimo al comando che al ragionamento » ⁽⁶²⁾.

Ritorna una costante della posizione intellettuale del giurista Vassalli: il diritto civile non può che essere immiserito e anche tradito se concepito come legge e inchiodato in leggi, giacché nulla ha a che vedere con la dimensione autoritaria d'una sovranità, attinge agli strati più profondi della società, si fonda sulla ragionevolezza e sul buonsenso, lo si può dedurre — Vassalli direbbe: col 'ragionamento' — dalla osservazione dei rapporti sociali dove si esprime quotidianamente e naturalmente, senza forzature di pubblici poteri.

E ritorna la requisitoria contro il grossolano artificio della civiltà moderna di aver voluto rinchiudere il diritto nella prigione della legge, contro la 'mistica' — propria al secolarismo moderno — della legge e del Codice ⁽⁶³⁾.

E rispunta una istanza riduttiva: la più gran parte del diritto civile, checché voglia e pretenda il legislatore, resta fuori del Codice, e forse è quella socialmente più rilevante perché è quella che i privati osservano di buon grado e a cui si adeguano nei loro privati regolamenti, tanto che le norme codificate arrivano ad essere semplici « norme complementari » ⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶¹⁾ Rilevanti le ultime pagine del saggio e, soprattutto, le ultime righe: *Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit., pp. 632-34.

⁽⁶²⁾ *Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit., p. 608.

⁽⁶³⁾ « Tale che potrebbe dirsi una mistica ci abbia lasciato in eredità l'ottocento nel campo delle leggi, quella del codice civile » (*Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit., p. 608).

⁽⁶⁴⁾ « Né... è dal codice civile che si può desumere la visione integrale di un dato

E riaffiora l'urgenza di fugare l'idea perniciosa di un Codice come approdo estremo di un itinerario progressivo: mentre è solo il punto di una linea, vicenda di un divenire, « un punto di partenza »⁽⁶⁵⁾ più che un punto d'arrivo.

Una visione, tutta questa, in cui, accanto al testo e più che nel testo conta la vita della norma nel tempo e nello spazio, e più che della ossessiva ma storicamente artificiosa 'intenzione del legislatore' conta la applicazione che ne compie l'interprete e le riflessioni che sopra vi esercita la scienza.

Aggiungiamo una ulteriore considerazione. All'incirca coevo della seconda redazione del saggio sul Codice è un discorso, tenuto e pubblicato nel 1946, e in cui Vassalli dà conto dell'esperienza di un soggiorno in Inghilterra, organizzato dal British Council, con fertili possibilità di incontro con colleghi delle Università di Londra, Oxford, Cambridge⁽⁶⁶⁾.

Si trattò soprattutto dell'incontro con un pianeta giuridico alieno, il *common law*, con le sue certezze originarie, i suoi valori radicati, il suo itinerario storico appartato, le sue soluzioni inconfondibili; e ne scaturì l'opportunità di comparare nel vivo esperienze che, lungo il solco dell'età moderna, avevano vissuto in maniera diametralmente opposta il rapporto fra diritto e Stato, fra dimensione autoritaria e dimensione sociale dell'ordine giuridico.

L'occasione è pertanto buona per convalidare alcune convinzioni: il divario e quasi il contrasto fra diritto e legge, fra un diritto che è savignianamente dimensione dello spirito popolare e che ha la

ordinamento. Il codice civile, come sanno lo storico e il sociologo, difficilmente dà l'immagine esatta dell'ordinamento della società politica nella quale vige: più spesso rappresenta un mondo ch'è stato o un mondo com'è prospettato o desiderato. Lo studioso dell'aspetto politico deve considerare le norme del codice nel quadro di tutte le norme, spesso assai più importanti nella vita, che sono al di fuori di esso e dentro le quali o subordinatamente alle quali le norme del codice devono trovare la loro applicazione. Le norme del codice, malgrado il prestigio della presentazione, sono più spesso — e soprattutto quelle che hanno attinenza con l'attività economica — delle norme complementari» (*Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit., p. 623). Inespresa ma precisa è qui la dialettica validità-effettività, che sottostà a tutto il passo vassalliano.

⁽⁶⁵⁾ *Motivi e caratteri della codificazione civile*, cit., p. 631.

⁽⁶⁶⁾ *Osservazioni di uomini di legge in Inghilterra*, cit.

stessa natura della lingua e del costume, e una legge che troppo spesso sa di tirannide, che è spesso frutto dell'opera inconsapevole di governi « assai più atti a produr *gride* che a dar soddisfazioni ai bisogni del popolo » (67).

E spuntano qua e là notazioni dal carattere preziosamente confessorio. Dell'uomo di cultura palesemente infastidito dalla propaganda ufficiale cui ha dato abilmente vita il diritto borghese e dalla retorica con cui quella propaganda ha coperto qualcuna « delle più grosse turlupinature dei tempi moderni » (68). Del docente di diritto civile positivo nell'Ateneo di Roma, palesemente infastidito dai molti italici giuristi pronti a stracciarsi le vesti per il carattere fascista del Codice (però solo dopo la caduta del regime) (69), che non aveva saputo far di meglio — in un anno accademico difficile quale il 1944 — che proporre ai suoi studenti (e trovarvi rifugio) l'*Istituta civile* (70) del cardinal De Luca, esposizione sintetica del tardo diritto

(67) *Osservazioni di uomini di legge in Inghilterra*, cit., p. 575.

(68) « Una delle più grosse turlupinature dei tempi moderni » sono stati i pretesi « progressi del diritto amministrativo »; infatti, col passaggio dai principati assoluti ai regimi di democrazia parlamentare — venuti a cadere i freni sostanziali al potere arbitrario radicati nel costume e generalmente rispettati — « la cosiddetta fase dello Stato di diritto (*Rechtsstaat*), rappresentata come il trionfo del diritto nei confronti dello Stato e l'assoggettamento della pubblica amministrazione alla legge, ha distrutto tutto ciò: a dei limiti effettivi, con la proclamazione della 'sovranità della legge', ha sostituito dei limiti meramente formali e fittizi, aprendo l'adito ai più incontenibili arbitri: tanto più quando la legge, collocata nell'empireo dai teorici di quel diritto pubblico, è poi digradata a docile strumento di qualsiasi sedicente governo » (*Osservazioni di uomini di legge in Inghilterra*, cit., p. 571, nota 2). Passatismo di un Vassalli antistorico *laudator temporis acti* di fronte alle conquiste dello Stato di diritto? Io direi piuttosto la manifestazione franca dell'uggia del colto giurista di fronte a taluni luoghi comuni della propaganda borghese e a talune suadenti edificazioni formali che sono, nella sostanza, o turlupinazioni dei socialmente più deboli, o semplici artifici teorici culturalmente insoddisfacenti (per esempio, come dice lo stesso Vassalli, la legge « collocata nell'empireo dai teorici »).

(69) E ai quali il Nostro ricorda come talune regole, bollate quali fasciste, fossero in realtà già presenti nel *corpus* giustiniano, o, più addietro ancora, nell'Editto del Pretore, o, addirittura, nelle XII Tavole.

(70) Vassalli si riferisce alla 'Istituta civile divisa in quattro libri', un'opera del grande giureconsulto lucano Giambattista De Luca, pubblicata postuma a Pesaro nel 1733 (Vassalli usa l'edizione di Colonia di dieci anni dopo).

privato comune e il Codice svizzero delle obbligazioni, ossia uno dei Codici scientificamente più aperti e disponibili (71).

Commenta Vassalli questo suo esperimento didattico così inusuale in un insegnante di diritto positivo: « È una specie di massaggio turco praticato sulle mentalità anchilosate da oltre mezzo secolo di positivismo e nazionalismo giuridico » (72). Frase che ci permette di avere la misura esatta dell'atteggiamento del Nostro e di non fraintenderlo. Agli occhi di Vassalli è proprio l'assolutismo giuridico moderno ad apparire come veste troppo costrittiva per le necessarie mobilità, libertà, e autonomia dell'ordine giuridico. Per questo corpo vivo il risultato è stato una dannosa anchilosi, cioè una forzatura e — conseguentemente — anche una stortura. Sul banco degli accusati sono due deformazioni tipiche del giurista moderno e ignote non solo al giurista di diritto comune ma altresì a quello — pratico o teorico che fosse — di *common law*: positivismo giuridico e nazionalismo giuridico.

6. Quest'ultimo accenno ci consente di passare pianamente al momento conclusivo dell'itinerario vassalliano puntellato da un nucleo di saggi — dal forte contenuto progettuale — in cui la tastiera tematica dello scienziato si apre e si arricchisce e, accanto al consueto rifiuto di un diritto meramente statuale e legale, strettamente connesse a questo rifiuto, si accompagnano l'esigenza e l'urgenza di cominciare a edificare senza ulteriori indugi un diritto sovranazionale almeno nel campo del diritto privato.

Sono tre saggi già da noi menzionati, che vedon la luce in brevissimo torno di tempo, all'inizio degli anni Cinquanta, e che costituiscono occasioni prontamente afferrate di parlare a un pubblico assai più vasto dei soliti venticinque lettori delle Riviste giuridiche italiane: il primo dei tre, « La missione del giurista nella elaborazione delle leggi », è il testo della relazione letta in Campidoglio l'8 luglio 1950 per la inaugurazione del Congresso internazionale di diritto privato; il secondo, « Estrastatualità del diritto

(71) « Nel 1944, in tempo di vacanza di governi, io portai nella mia scuola di diritto civile l'*Istituta civile* del cardinale De Luca... e il Codice svizzero delle obbligazioni... » (*Osservazioni di uomini di legge in Inghilterra*, cit., p. 576, nota 1).

(72) *Loc. ult. cit.*

civile », è l'oggetto di una conferenza tenuta il 1° ottobre 1951 nella Università di Córdoba in Argentina; il terzo, « Esame di coscienza di un giurista europeo », è parimente il testo di una conferenza tenuta il 6 settembre 1951 nella Università di Buenos Aires e dipoi ripetuta in altri Atenei sudamericani. Occasioni prontamente afferrate per urlare la propria verità al di fuori del sonnolento e intellettualmente pigro pollaio italiano.

La prima verità è uno dei più sentiti elogi della scienza giuridica che mai siano stati scritti da mano di giurista. Vassalli è innamorato della propria scienza ma è anche convinto che il suo ruolo sia quello di esprimere, meglio e più di ogni altra fonte, la natura intima del diritto, coglibile in tutta la sua autenticità particolarmente nella dimensione privatistica: se il diritto privato è soprattutto ragionevolezza e ragione, questo è allora soprattutto affare, mestiere, competenza dei giuristi più che dei legislatori, perché « della ragione, ch'è il pensiero sollecitato sugli oggetti dell'umano interesse, sono cultori i giuristi » (73).

La divisa della politica del diritto del maturo Novecento è pertanto « richiamare il diritto ai giuristi » (74), « il problema di oggi [anno 1950] è riportare per quanto è possibile il giurista alle leggi. In fondo, è l'aspirazione di riportare le leggi al diritto » (75).

La storia giuridica appare a Vassalli dominata da un protagonista, lo scienziato, intendendo con questo vocabolo ingannevolmente aulico sia il teorico costruttore di categorie universali, sia l'avvocato e il giudice 'inventori' di soluzioni per il caso che hanno di fronte.

Protagonista sempre; e sempre *conditor*, sia in un diritto a produzione libera — quali *ius commune* e *common law* — dove egli anche formalmente *condit ius* grazie alla sua interpretazione/applicazione, sia in ordinamenti a dimensione sempre più legislativa — quale quello francese dove il *Code civil* è più figlio di Domat, Pothier e Portalis che dello stesso Napoleone (76). Il meglio e il

(73) *La missione del giurista nell'elaborazione delle leggi*, cit., p. 751.

(74) *La missione del giurista nell'elaborazione delle leggi*, cit., p. 750.

(75) *La missione del giurista nell'elaborazione delle leggi*, cit., p. 751.

(76) Per questo, Vassalli menziona indifferentemente « il diritto romano, il diritto comune del continente europeo, il diritto francese, la *common law* inglese » (*loc. ult. cit.*).

duraturo nei tempi lunghi della storia giuridica ha una matrice scientifica, e ciò in grazia dell'essere il diritto privato una struttura ragionevole e dell'essere lo scienziato un portatore di ragionevolezza.

Se la civiltà moderna ha assunto una coloritura sempre più marcatamente legislativa con un grossolano tentativo di esproprio della funzione tipica della scienza e, quindi, del ceto dei giuristi, se questa opzione per la legge non si può e forse non si deve cancellare in una società tanto complessa e tanto bisognosa di orditure generali e autorevoli, il rimedio più consistente è dare largo spazio ai giuristi nella elaborazione delle leggi; ed è, del resto, facile constatare che « il grande, incessante lavoro del codificare, per tutto il mondo, è un impegno dei giuristi » (77). Sarà una operazione provvida, perché servirà, come lo stesso Vassalli ha precisato e come abbiamo riprodotto più sopra, a « riportare le leggi al diritto ». Frase icastica, che denuncia tutta la sfiducia del Nostro nel legislatore e nella legge e, insieme, la consapevolezza che troppo spesso — nello svolgersi dell'emisfero moderno — molte leggi sono state ben distanti dall'essere diritto, dall'incarnare diritto.

Si ha qui un perfetto capovolgimento delle posizioni illuministiche, e penso per l'Italia alle formulazioni classiche di un Muratori e di un Beccaria: in esse il rifiuto del giudice, e la scelta del legislatore come fonte di diritto si motivava e giustificava nell'essere il primo coinvolto sino in fondo nelle passioni del caso concreto e in quelle e con quelle irrimediabilmente compromesso, nell'essere il secondo non mescolato e inquinato nelle meschinità del particolare e pertanto in una collocazione superiore che ne garantiva razionalità e serenità. È questo il disegno teorico che gli illuministi amano offrire proponendo una strada che rompe con le vecchie scelte del diritto comune; disegno teorico cui non si potrà negare di essere raffinatamente pensato e suadentemente proposto in rapporto alla caoticità del tardo diritto comune ma di cui non si potrà non rilevare la assoluta astrattezza e, conseguentemente, la artificiosità.

In Vassalli, che scrive duecento anni dopo Muratori e Beccaria e che ha potuto verificare il progressivo svilimento della funzione

(77) *La missione del giurista nell'elaborazione delle leggi*, cit., p. 738.

legislativa troppo spesso in mano a politicanti da strapazzo e troppo spesso strumento delle cupidigie e delle transazioni dei partiti e delle fazioni, è vero esattamente il contrario, e il panorama appare capovolto: « ché non tutti saran disposti a chiamar diritto quella *pirotecnica legislativa* [il corsivo è mio] che delle passioni e degli interessi è l'immediato riflesso » (78).

Qui, in questa riflessione degli anni Cinquanta del nostro secolo, coinvolto nel particolare e nelle sue miserie è il legislatore, ormai ben distante da quell'ammirevole lettore e interprete obbiettivo della natura delle cose quale è il modello settecentesco e perciò incarnante genuinamente il diritto.

Ormai, il distaccato osservatore può giungere alla conclusione opposta: che la legge spesso non è diritto, o è di esso l'immagine farsesca, deformata, tradita. Conclusione che impone che si guardi alla dimensione legislativa del diritto deponendo gli occhiali messi a fuoco dalla sapiente propaganda borghese e servendosi ormai di occhi disincantati; e impone che si cambi rotta, che si riprenda coscienza della intima 'estrastatualità' del diritto privato.

Ritornano pressanti in questi ultimi saggi i vecchi motivi di fondo della riflessione vassalliana: che il diritto civile come « mancipio dello Stato » è un prodotto recente e contingente (79), così come sono legate esclusivamente al 'moderno' le sue immediate conseguenze, e cioè monopolio legislativo, « onnipotenza giuridica del legislatore », riduzione della interpretazione a esercizio di logica formale sulle di lui affermazioni di volontà (80).

(78) *Estrastatualità del diritto civile*, cit., p. 753.

(79) « Il diritto civile non è mai stato mancipio dello Stato, com'è avvenuto nella fase più recente » (*Estrastatualità del diritto civile*, cit., p. 755). Frase ripetuta anche in: *Esame di coscienza di un giurista europeo*, cit., p. 768.

(80) « Onnipotenza giuridica del legislatore » è frase cara a Vassalli. L'abbiamo già rinvenuta venti anni prima nella prolusione romana (cfr. più sopra, nota 45) la troviamo ora ripetuta in: *Estrastatualità del diritto civile*, cit., p. 757, e ribadita in: *Esame di coscienza di un giurista europeo*, cit., p. 768. Nelle due pagine, or ora segnate, dei due ultimi saggi — pagine dal tono icastico, e vere e proprie requisitorie contro l'assolutismo giuridico — sono puntigliosamente elencati i vizi mortali da combattere e rifiutare: « il pensiero per cui il diritto positivo ha da essere la preoccupazione esclusiva del giurista e il diritto positivo s'identifica tutto con la legge, intesa come manifestazione... della volontà dello Stato »; l'ossessione a « ricercare l'intenzione del legislatore e in questa

Ma v'è, in questi ultimi saggi, qualcosa di più, che innalza il discorso a un piano squisitamente etico. Il guasto che affiora alla consapevolezza di un giurista dalla intensa vocazione universale non si limita a un livello tecnico, di concezione del sistema delle fonti, ma investe qualcosa di più profondo e di più elevato: ed è la rottura e frammentazione di un tessuto unitario, naturalmente unitario.

La statualità ha diviso in steccati rigidi secondo quanto esige la rigidità delle varie sovranità, e ha quindi territorializzato, nazionalizzato⁽⁸¹⁾, ha contrassegnato di una essenziale autoritatività ciò che doveva scaturire dalla ragione e dal buonsenso⁽⁸²⁾; senza contare che, nel suo porre in relazione di vincolo necessario diritto e potere politico, ha riversato su quello le miserie di questo, lo ha troppo strettamente collegato con gli interessi della classe dominante detentrici del potere⁽⁸³⁾.

In un momento, come quegli anni dopo la immane catastrofe bellica, di primi balbettii europeistici e di primi timidi progetti unificatori, l'imperativo è uno solo per i cultori del diritto, ed è giustamente con la sua formulazione che si chiude la conferenza sulla 'Estrastatualità del diritto civile': «assecondare, in primo

intenzione s'identifica il diritto positivo»; il «pensiero... che pone l'onnipotenza del legislatore»; il «culto del testo di legge e della intenzione del legislatore»; infine — pensiero terminale ma che tutto domina — l'idea del diritto «posto tutto nelle mani dello Stato». Il lettore avveduto, che ha seguito con attenzione lo svolgimento precedente, non troverà nulla di nuovo in queste estreme pagine vassalliane. È, se mai, singolare che Vassalli abbia voluto ripetere l'intero contesto nei suoi dettagli sia nella conferenza di Cordoba sia in quella di Buenos Aires. Più che a pigrizia del conferenziere adoperante il modulo già confezionato, io mi sentirei di ascriverlo al rilievo che il pensiero espressivo assume nel progetto dell'autore.

⁽⁸¹⁾ *Estrastatualità del diritto civile*, cit., pp. 759-60. Di 'nazionalismo giuridico' parlerà nello *Esame di coscienza di un giurista europeo*, cit., p. 767.

⁽⁸²⁾ «Né si può negare che la statualità del diritto civile abbia pregiudicato, insieme con l'universalità della disciplina, quel suo stesso fondamento razionale ed etico che della universalità era la ragione» (*Estrastatualità del diritto civile*, cit., p. 760).

⁽⁸³⁾ «Il diritto di produzione statale più fondatamente va soggetto al rilievo d'essere strumento d'una classe dominante» (*loc. ult. cit.*). Singolare notazione in uno, come Vassalli, che è ben lontano dalla ideologia marxista e dai suoi schemi interpretativi, primo fra tutti la lotta di classe.

luogo, per quanto è in loro, il movimento in atto verso il superamento del dogma statuale » (84).

Nell'altra conferenza, esplicitamente dedicata « a un pacato esame di coscienza » (85) d'un giurista che non solo geograficamente ma innanzi tutto spiritualmente si sente e intende autoproclamarsi europeo, si fa un passo ulteriore e si affida proprio alla scienza — accanto al compito improrogabile di non lasciar solo l'incólto legislatore nel confezionamento delle leggi regolanti i rapporti fra privati, tendendo « a correggere e a ridurre i vizi della tecnica di tale legislazione » (86) — un ruolo promozionale prezioso sul cammino della unificazione.

Un tale affidamento è dovuto alla scienza, e non tanto perché 'tractant fabrilia fabri', quanto perché sono tipici di essa la vocazione all'universale, il superamento di barriere geografiche e politiche, la costruzione di un linguaggio e di un ideario che valgano a tessuto accomunante. Tanto è necessariamente frammentato il terreno delle varie proiezioni legislative, quanto è percorso da una vocazione unitaria — e, quel che più conta, universale — il terreno delle elaborazioni dottrinali.

Lasciamo la parola a Vassalli: « il diritto è una formazione storica delicata e complessa: mal tollera interventi esteriori drastici. Il maggiore e più concludente strumento della unificazione è proprio l'opera lenta e sottile che compiono i giuristi: è la dottrina giuridica che, lavorando nei diversi paesi pur su testi di leggi diverse, attua un lavoro quotidiano di ravvicinamento, e da cui l'unificazione... sarà raccolta un giorno come un frutto maturo. Qui si manifesta tutta la forza e l'importanza degli studi giuridici: i quali stabiliscono tra i paesi civili nessi assai più stretti di quelli che si riscontrino nelle legislazioni e che valgono assai spesso a superare le distanze tra le legislazioni; è nel campo della dottrina che si attua ormai una vasta collaborazione internazionale, la quale può essere il nostro più vero orgoglio » (87).

(84) *Estrastatualità del diritto civile*, cit., p. 762.

(85) *Esame di coscienza di un giurista europeo*, cit., p. 766.

(86) *Esame di coscienza di un giurista europeo*, cit., p. 771.

(87) *Esame di coscienza di un giurista europeo*, cit., p. 773.

Quel che, chiudendo queste pagine, mi piace di rilevare è la scommessa fatta, cinquanta anni or sono, con straordinaria lungimiranza, da Filippo Vassalli sulla scienza come veicolo di unificazione. Io, su un piano assai più modesto, mi permettevo, lo scorso anno⁽⁸⁸⁾, di constatare i cospicui passi in avanti compiuti in Europa da un ceto di giuristi teorici e pratici accomunati dalla urgenza di mettere a disposizione dei privati, per i loro traffici economici e particolarmente nel settore contrattuale, strumenti agili, tecnicamente validi, non vincolati a questa o quella sovranità particolare, strumenti da far valere — per ora — nella loro privata giustizia⁽⁸⁹⁾, ma pròdromo di futuri sviluppi.

Vassalli aveva, già ai suoi tempi, intuito che la strada della unificazione legislativa era irta di difficoltà e che spettava ai giuristi, sia pure su un piano non ufficiale, cominciare a indicare possibili terreni comuni. La loro innata tendenza all'universale li costituiva quali soggetti privilegiati in questa straordinaria operazione 'politica'.

⁽⁸⁸⁾ Nel discorso inaugurale dell'anno accademico 1996-97 della Università di Firenze intitolato, per l'appunto 'Legislazione e scienza giuridica nell'esperienza attuale del diritto', e che ora può leggersi, per chi ne abbia voglia, in sedi meno appartate del 'Bollettino' dell'Ateneo fiorentino e cioè in *Rivista di storia del diritto italiano*, LIX (1996) e in *Rivista di diritto civile*, XLIII (1997), p.p..

⁽⁸⁹⁾ Il riferimento è ai 'principles of european contract law' (1990) e agli 'Unidroit principles of international commercial contracts' (1994) (su cui v. quanto osservavo in: *Legislazione e scienza giuridica nella esperienza attuale del diritto*, cit., pp. 82-83 (la citazione è dalla *Rivista di diritto civile*).

LE APORÏE DELL'ASSOLUTISMO GIURIDICO

(Ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)

1. L'opera di Tullio Ascarelli: una molteplicità di messaggi per il giurista di oggi. — 2. Ascarelli: un « viaggiatore giuridico ». — 3. Il « viaggiatore giuridico » e il primo nemico da battere: il provincialismo. — 4. Percezioni ascarelliane: l'unità dell'esperienza giuridica. — 5. Percezioni ascarelliane: la complessità dell'universo giuridico. — 6. Percezioni ascarelliane: la complessità del mestiere di giurista. — 7. Un messaggio forte: l'interpretazione all'interno del diritto; ovvero l'eresia giuridica di un giurista ortodosso. — 8. Un messaggio forte: la dimensione essenzialmente « costituzionale » della interpretazione. — 9. Un impegno per il giurista: contribuire alla costruzione del diritto. — 10. Scelte metodiche e invenzioni tecniche: in particolare (a) del « negozio indiretto » e (b) del « contratto plurilaterale ». — 11. Un messaggio peculiare: storia del diritto e conoscenza giuridica.

1. Quando — parecchio tempo fa — l'amico civilista mi rivolse l'affettuoso e onorevole invito a partecipare a una rimeditazione di Ascarelli pensata e organizzata per la sua Rivista « Diritto privato », risposi subito affermativamente per due buoni motivi: perché mi faceva piacere collaborare al nuovo foglio giuridico fiorentino; perché fin dai miei verdi anni ⁽¹⁾, avevo nutrito ammirazione per il grande commercialista ⁽²⁾ nostro ed avevo maturato e sempre più accresciuto una intensa sintonia intellettuale con lui.

Al momento della mia risposta positiva avevo presenti, come ricostruzione del pensiero ascarelliano, solo il disegno che ne aveva tracciato Cajani, tanti anni prima, nell'ambito della « filosofia dei

⁽¹⁾ E ciò sin da quando, alla fine degli anni Cinquanta, nel corso delle mie ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune, mi imbattei in quel capolavoro, scritto da un giovane appena venticinquenne, che è *La moneta - Considerazioni di diritto privato*, Padova Cedam, 1928.

⁽²⁾ Vedremo, in prosiegua, come questa qualificazione — che pur corrisponde alla intitolazione della cattedra sempre occupata da Ascarelli — sia senz'altro riduttiva per un personaggio di rara versatilità.

giuristi italiani » ⁽³⁾ e le pagine dedicategli da Costa all'interno del suo ampio, brillante, coltissimo saggio sull'influsso di Génèy nella scienza giuridica italiana del Novecento ⁽⁴⁾. Avviato che ebbi diligentemente una liminale ricerca bibliografica, mi accorsi subito della esistenza di una vasta (e talora eccellente) letteratura in proposito.

Mi accorsi, in primo luogo, che Ascarelli aveva avuto la buona (e rarissima) sorte di alcune commemorazioni che potevan considerarsi rivisitazioni meditate e seriissime del suo cammino di ricerca: mi riferisco, in particolare, a quelle di Asquini ⁽⁵⁾ e di Bobbio ⁽⁶⁾, ma soprattutto di Bobbio ⁽⁷⁾ che aveva scavato a fondo intorno al suo itinerario sulla scorta di un materiale amplissimo e talora anche inedito. Più ancora: un illustre filosofo del diritto si era occupato della sua teoria dell'interpretazione ⁽⁸⁾, sempre alla sua metodologia ermeneutica era stato recentemente dedicato un intero volume ⁽⁹⁾,

⁽³⁾ Il riferimento è al libro antesignano di LUIGI CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova, Cedam, 1955, dove il cap. III è dedicato a *Tullio Ascarelli e il problema del metodo*.

⁽⁴⁾ PIETRO COSTA, *L'interpretazione della legge: François Génèy e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 20 (1991) — *François Génèy e la scienza giuridica del Novecento*, p. 367 ss. (su ASCARELLI, v. p. 484 ss.).

⁽⁵⁾ ALBERTO ASQUINI, *Il pensiero giuridico di Tullio Ascarelli*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, vol. I, Milano Giuffrè, 1969, (che riprende un precedente scritto commemorativo: *Nell'anniversario della morte di Tullio Ascarelli*, in *Rivista delle società*, V (1960), p. 997 ss.).

⁽⁶⁾ NORBERTO BOBBIO, *L'itinerario di Tullio Ascarelli*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, vol. I, cit., p. LXXXVII ss. (poi anche in N.B., *Dalla struttura alla funzione — Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Comunità, 1977).

⁽⁷⁾ È però doveroso ricordare, proprio per il loro carattere di contributi a una analisi scientifica dell'opera di Ascarelli, i compiuti ricordi del suo primo allievo GIUSEPPE AULETTA, *Tullio Ascarelli*, in *Rivista trim. di diritto e procedura civile*, XIII (1959), p. 1209 ss., e del successore nella cattedra romana Giuseppe FERRI, *Il pensiero giuridico di Tullio Ascarelli*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, cit. vol. I, p. CXLI; nonché il saggio di SALVATORE SATTA, *L'apporto di Ascarelli alla scienza del processo*, *ibidem*.

⁽⁸⁾ MIGUEL REALE, *La teoria dell'interpretazione nel pensiero di Tullio Ascarelli*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, s. IV, LX (1993), p. 231 ss. Ma si veda anche ANTONIO DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Milano, Giuffrè, 1974, cap. II, *passim*.

⁽⁹⁾ MASSIMO MERONI, *La teoria dell'interpretazione di Tullio Ascarelli*, Milano,

mentre, appena ieri, si era tornati con grande attenzione sulla sua discussa nozione di « diritto vivente »⁽¹⁰⁾.

Occorreva pertanto trovare una dimensione di ricerca che consentisse di non ricalcare le orme già segnate, sottolineando aspetti che, o non erano stati valorizzati, o erano sfuggiti. A un riesame massiccio dell'intera opera ascarelliana, non è stato difficile individuare alcuni profili che gli studi precedenti — abbacinati dalla dottrina della creatività dell'interpretazione — avevano trascurato, profili che una semplice lettura filosofico-giuridica non aveva fatto emergere dalla complessa e strabocchevole pagina ascarelliana e che soltanto una lettura anche tecnico-giuridica avrebbe restituito a tutto il suo profondo spessore.

In seguito a questo riesame ho, anzi, potuto rilevare che, scrivendo io nella primavera del 1997 e cioè a più di trenta anni di distanza dall'indagine di Bobbio (il saggio, a mio avviso, più documentato e pensato)⁽¹¹⁾, emergevano profili che ponevano Ascarelli in stretto e immediato colloquio con il giurista di oggi, affioravano messaggi di grosso valore per quella coscienza critica dell'odierno giurista che auspichiamo sempre più critica e complessa. Non si trattava di illuminare un profilo della nostra italica nobilissima galleria degli antenati, bensì di contribuire a fondare criticamente il nostro presente.

Il mio riesame, paziente e disponibile, mi mostrava chiaramente Ascarelli al cuore del nostro presente con le sue proposte, le sue provocazioni, soprattutto le sue sincerissime — e perciò tormentate e tormentanti — riflessioni; proposte spesso discutibili e discusse e anche rifiutate⁽¹²⁾, spesso provocatorie non per il gusto di fare

Giuffrè, 1989, un libro dove si tratta di molte, di troppe cose: da Savigny alla Pandettistica, dalla scuola dell'esegesi alla filosofia crociana del diritto.

⁽¹⁰⁾ ANDREA PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente — Genesi, uso, implicazioni*, Milano, Giuffrè, 1994 (i capitoli I, II, III della prima parte sono interamente dedicati ad Ascarelli).

⁽¹¹⁾ Che è datato: settembre, 1964.

⁽¹²⁾ Esempi di netto dissenso, espresso dopo la morte di Ascarelli sulla più nota Rivista civilistica italiana, sono il saggio di GUIDO TEDESCHI, *L'insufficienza della norma e la fedeltà dell'interprete (Riflessioni sul pensiero di Tullio Ascarelli)*, in *Rivista di diritto civile*, VIII (1962), parte prima, p. 536 ss., e la prolusione catanese di C. MASSIMO BIANCA, *L'autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale*,

spettacolo ma per la fedeltà a un impegno morale e civile prima che scientifico. Ascarelli appare infatti, per tutto il corso della sua non lunga vita, come un pensoso ⁽¹³⁾ personaggio in perenne, quasi ansiosa, ricerca: ricerca della verità, della propria verità.

Si sta forse cedendo a una partecipazione emotiva e ingigantendo l'oggetto della analisi storiografica? Non mi pare proprio. Ascarelli è un giurista e, nelle sue pagine professionali, la ricerca di se stesso è il tentativo di cogliere la propria identità di giurista, di sorprendere il « segreto » del diritto perennemente imperniato (e lui lo avverte in modo convulso) fra immobilità e movimento, fra conservazione e sviluppo ⁽¹⁴⁾. È questo il solido terreno cui sono avvezzo e su cui io lo seguirò, ma non occorre particolare acutezza di sguardo per registrare che la ricerca professionale si inseriva in un'altra più ampia e profonda da cui prendeva vitalità e ala, ricerca di un personaggio certamente non fideista ma di elevata spiritualità ⁽¹⁵⁾ che si poneva implicitamente le più grosse domande della propria fondazione antropologica; lo stanno a dimostrare i riferimenti a un serbatoio senza fondo di letture teologiche, filosofiche, letterarie ma particolarmente a quegli intellettuali francesi dalla coscienza inquieta — che per questo egli ama — al Pascal dei « Pensieri » e delle « Provinciali », autore prediletto e frequente-

ibidem, X (1964), parte prima, p. 486 ss. (su cui cfr. G. TARELLO, *L'autonomia dell'interprete*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XLII (1965), p. 159.

⁽¹³⁾ « Un giovane scrittore pensoso »: così lo fissò Francesco Carnelutti, lettore umorale ma penetrante, nella breve ed assai laudativa recensione che egli volle redigere al saggio ascarelliano sul problema delle lacune nel diritto privato, saggio dedicato allo spinosissimo tema da un giovane poco più che ventenne. Nella recensione Carnelutti non manca di sottolineare anche la significativa scelta di quel tema (cfr. *Rivista di diritto processuale civile*, II (1925), parte prima, p. 378).

⁽¹⁴⁾ In quello che è uno dei suoi ultimi scritti, una lettera aperta, del 1958, a Francesco Carnelutti, dove il tono è confessorio e sussistono notazioni autobiografiche, Ascarelli sembra identificare il problema essenziale della sua ricerca nel « cogliere il segreto dello sviluppo del diritto » (*In tema di interpretazione ed applicazione della legge (Lettera al prof. Carnelutti)*, ora in *Problemi giuridici*, tomo primo, Milano, Giuffrè, 1959, p. 153.

⁽¹⁵⁾ In una breve ma sentita commemorazione del civilista Vittorio Polacco, un israelita praticante, il giovane Ascarelli dichiara di ammirare in lui non solo il « forte spirito etico » ma anche il « credente dalla fede purissima » (cfr. *Vittorio Polacco*, in *Diritto e pratica commerciale*, V (1926), parte prima, p. 184).

mente citato, e poi a Valery, ad Anouilh, a Simone Weil che legge appena stampata ⁽¹⁶⁾.

L'immagine che ho inteso porgere sommariamente fin d'ora è quella di un personaggio sorretto da una interiore tensione, in perenne superamento di se stesso perché in perenne ricerca. *Quaerivi et non inveni*: forse gli si attaglia bene il moderno capovolgimento dell'antico monito evangelico ⁽¹⁷⁾; forse Ascarelli non ha trovato quello che ha ansiosamente cercato. Ma ciò non tocca la grandezza della sua lezione metodologica, non sminuisce affatto la sua capacità di colloquio con il giurista di oggi, anzi la intensifica.

Forse il suo spirito inquieto non partecipa convinzioni e certezze, ma non può che parlare un linguaggio suadente all'odierno giureconsulto europeo che vive un difficile e fertile momento di transizione. Ascarelli lo metterà ancor di più in croce con le sue insinuazioni, le sue erosioni, le sue curiosità, il suo coraggio intellettuale, ma potrà forse anche sbarazzarlo da quella infermità di tanti giuristi della storia remota e prossima che è il semplicismo.

Restituendogli il sentimento della complessità lo fa protagonista, protagonista storico, perché è soltanto la coscienza della complessità dell'universo giuridico, della complessità del mestiere di giurista, della complessità della genesi del diritto, che gli permette di aprire gli occhi sulla realtà e riacquisire un ruolo attivo. L'universo diventa estremamente complicato, il mestiere estremamente difficile, la genesi estremamente problematica, ma forse è anche il solo itinerario con cui il suo sapere lascia il più basso livello della « tecnica » sia pure affinata per assurgere a quello alto e spazioso della scienza.

(16) Significativa la perfetta conoscenza che dimostra e la ampia citazione che fa di *La pesanteur et la grace* (Paris, Plon, 1948) nella *Prefazione* alla sua raccolta di *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1952, p. XL, prefazione di schietta valenza programmatica, che, nella sua inusitata lunghezza, esprime bene la straripante voglia di parlare ai colleghi europei dopo i lunghi anni dell'esilio forzato in Brasile, che lo avevano costretto, certamente non al silenzio, ma altrettanto certamente a un colloquio diretto con i soli giuristi latino-americani.

(17) Che è l'intitolazione (*Quaerivi et non inveni*, Milano, Mondadori, 1973) del felice volume di Augusto Guerriero, un intelligente e colto saggista dalla formazione squisitamente giuridica, sensibilissimo a problemi religiosi. È appena il caso di ricordare che l'intitolazione — di cui si parla — è il perfetto capovolgimento dell'evangelico *quaerite et invenietis* (Matteo, 7, 7).

Ho raccolto queste mie notazioni ascarelliane sotto una intitolazione che, negli scorsi anni, ricorre in diversi miei scritti. Mi è parso infatti calzante operare una lettura di Ascarelli, personaggio che è la figurazione perfettamente opposta a quella di un esegeta, alla luce del disagio che serpeggia a fine Ottocento e per tutta la prima metà del Novecento nei giuristi culturalmente più vivi dei paesi a diritto codificato. Sia pure con un messaggio tutto suo e tipicissimo, Ascarelli si presenta ai nostri occhi come il tentativo coerente e imponente da parte di un privatista di rompere il bozzolo soffocante dell'assolutismo giuridico ⁽¹⁸⁾, e si inserisce pertanto perfettamente in quel filone minoritario ma vivissimo che percorre la nostra scienza di diritto privato e su cui ho speso attenzione in parecchi saggi.

2. « Viaggiatore giuridico » non è espressione felicissima ma è altamente significativa per due ragioni: perché è lo stesso Ascarelli che autobiograficamente la usa, e non una sola volta ⁽¹⁹⁾; perché esprime bene, anche se grezzamente, un carattere costitutivo del nostro personaggio.

Ascarelli fu infatti un viaggiatore per l'intero arco della sua vita, sia in senso proprio, sia in senso traslato. In senso proprio, perché — dopo i lunghi e graditi soggiorni di studio in Germania — fu costretto da un esilio crudele a viaggi e soggiorni fuori Italia culminati in una permanenza quasi decennale in Brasile. In senso

⁽¹⁸⁾ Per una precisazione di questo schema dell'assolutismo giuridico si può leggere quanto scrissi in *Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli « Atti » di un Convegno milanese e alla ricerca di segni)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17 (1988), p. 518 ss., che può essere oggi integrato dalle considerazioni retrospettive espresse recentissimamente in: *Alla ricerca di frammenti di verità — Omaggio a Francisco Tomás y Valiente* (in BARTOLOMÉ CLAVERO, *Tomás y Valiente — Una biografía intelectual*, Milano, Giuffrè, 1997, p. XXXII, nonché in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 25 (1997), p. 795).

⁽¹⁹⁾ La usa spesso in: *Osservazioni di diritto comparato privato italo-brasiliano* (1947), ora in *Saggi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949, nonché in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit. (le citazioni saranno fatte dalla prima raccolta). Vi insiste nella brevissima prefazione alla raccolta di *Saggi giuridici* (datata « San Paolo giugno 1948 »): « i primi cinque tra i saggi qui raccolti hanno un carattere generale e si ricollegano un po' alle mie esperienze di viaggiatore giuridico ».

metaforico, perché, caratterialmente insofferente a chiusure e recinzioni, non si appagò mai del ristretto terreno del diritto positivo italiano, ma sempre lo volle integrato e arricchito dalle più svariate escursioni all'esterno.

Sorretto da una insaziabile curiosità intellettuale, egli riusciva sempre a far sì che il viaggio (o il soggiorno) nello spazio geografico servisse a dilatare lo spazio culturale del viaggiatore. Così fu — e paradossalmente — per quella lunga esperienza brasiliana che un personaggio banale avrebbe subito e maledetto come una condanna. Ascarelli, personaggio sovrano, riuscì a dominare gli eventi e a mutare in ricchezza della sua vita quanto poteva sembrare una separazione profonda dalle grandi matrici europee.

Né mi riferisco ovviamente ai fatti risaputi del suo successo didattico nelle Università brasiliane, o della fondazione di una fiorente scuola commercialistica, o della sua strepitosa fortuna professionale. Mi riferisco piuttosto alla piena e consapevole immersione nella cultura giuridica brasiliana, allo studio che lui fece dei suoi caratteri peculiari, al giovamento che ne seppe trarre per la sua formazione di giurista, per la sua visione del diritto.

Quel Brasile ospitale, che accolse con generosità diversi cattedratici israeliti europei, solo ad Ascarelli seppe però parlare il proprio autentico linguaggio contribuendo a marcare a fondo il suo itinerario di ricerca. E ciò perché il « viaggiatore giuridico » si accostò a quella apparentemente così remota cultura innanzi tutto con un bagaglio formidabile di conoscenze storico-giuridiche e comparatistiche capaci di metterla interamente a fuoco, e secondariamente con una schietta disponibilità e curiosità.

Ascarelli la valorizzò, ma anche se ne intrise, ne restò segnato. Fino a che punto? Certamente, non fino al punto da recidere la continuità del proprio itinerario: che è e resta unitario, dal saggio sulle lacune del 1925 agli scavi di storia del pensiero giuridico interrotti dalla morte, ma che sicuramente trova nel soggiorno brasiliano la possibilità di una consapevolezza tutta nuova.

Le ragioni — almeno mi sembra — non sono state finora messe in luce, e conviene sottolinearle: consistono tutte nella peculiarità della situazione storico-giuridica del Brasile, che Ascarelli — storicista ma anche provetto storico del diritto — individuò subito traendone conseguenze relevantissime sul piano metodologico. Di-

mogli la parola, leggendo con attenzione una pagina comparatistica di diritto privato — scritta nel 1947, appena riapprodato in Europa ⁽²⁰⁾: nel diritto brasiliano — osserva Ascarelli — il maggior tratto di tipicità sta nella vigenza ininterrotta, fino alla codificazione del 1916, del vecchio diritto comune di marca medievale integrato sul piano legislativo dalle ordinanze filippine del 1613; questa ininterrotta vigenza fin nel colmo del nostro secolo ha precise e incisive conseguenze sull'abito mentale del giurista brasiliano; infatti, « il giurista brasiliano, forse più di quello europeo, ha sempre presente la differenza fra « diritto » e « legge » e meno che gli altri è incline a lasciarsi sedurre da un mero formalismo positivista, ed è invece indotto a proporre costantemente, di fronte alla norma legislativa, il problema della conformità con il « diritto » ⁽²¹⁾

È questo Brasile giuridico, che incunea ancora nel pieno dell'età moderna, dell'età dei Codici, le vecchie e gloriose insegne del diritto comune, a ribadire Ascarelli in sue antiche certezze e a dar loro quella coscienza viva che nasce dall'osservazione di un'esperienza viva: un Brasile giuridico, che si rifiuta di immedesimare il diritto nella legge, che anzi coglie la legge come affiorante da quel ben più vasto continente rappresentato dal diritto, e contrappone la rigidità formale di quella alla plasticità concreta di questo ⁽²²⁾. Ascarelli, che ha studiato a fondo i dottori dell'antico diritto comune, si compiace di questa reliquia vivente, la pone in stretta dialettica con il patrimonio normale del giurista europeo del secolo ventesimo, individua e sottolinea le differenze (per esempio, il capovolto ⁽²³⁾ rapporto fra

⁽²⁰⁾ *Osservazioni di diritto comparato privato italo-brasiliano*, cit. Il saggio, pubblicato sul *Foro Italiano*, riproduce sostanzialmente — a detta dello stesso Ascarelli (p. 109) — il contenuto di una lezione tenuta nel 1944.

⁽²¹⁾ *Osservazioni di diritto comparato privato italo-brasiliano*, cit., p. 110.

⁽²²⁾ Viene a mente la stessa contrapposizione così come emerge da una pagina densissima di Bodin: dove il politologo « moderno » si fonde con lo « avvocato » ancora permeato — a fine Cinquecento — della mentalità del diritto comune.

⁽²³⁾ L'esempio più vistoso che Ascarelli fa della diversa formazione — e quindi della diversa mentalità — del giurista brasiliano rispetto a quello italiano concerne il rapporto logico fra azione e diritto soggettivo, fra situazione giuridica processuale e sostanziale: per il giurista italiano azione e diritto soggettivo sono logicamente scissi, almeno dalla riflessione di Chiovenda in poi; per quello brasiliano sono invece intimamente collegati con un atteggiamento generale che parte dal momento processuale per

azione e diritto soggettivo) in un efficace contrappunto fra *ius commune*, *civil law*, *common law*.

L'immersione nell'esperienza giuridica brasiliana funge da strumento per distendere lo sguardo oltre i confini abituali, per ampliare il paesaggio, per fondare una coscienza nuova di giurista.

3. Ascarelli si è, da sempre, rifiutato di immiserire il diritto in un testo, in una regola scritta da venerare come un prodotto sacro; ha, da sempre, voluto guardare al di là della regola scritta, al suo ambiente, alla rete di relazioni entro cui si collocava; ha, da sempre, ricusato — lui, docente e avvocato in Italia — la facile scelta di mettersi all'ombra quieta del diritto italiano vigente ⁽²⁴⁾.

Da acceso e pertinace storicista, ha sempre amato ampliare il proprio osservatorio e dilatare lo sguardo, comparando e comparando senza sosta, curioso e rispettoso di quanto accadeva fuori di casa sua.

È un costante atteggiamento di insofferenza verso ogni provincialismo, connaturale a un « viaggiatore giuridico » della sua levatura, atteggiamento che la permanenza in Brasile doveva vieppiù corroborare e motivare. Come si è detto poco sopra, la contemplazione attenta dell'universo giuridico brasiliano non poteva che convalidarlo nella sua scelta di fondo: l'analisi comparatistica nel tempo e nello spazio quale autentico salvataggio per il giurista, permettendogli la miglior comprensione del diritto nazionale positivo e fornendogli gli strumenti per contribuire alla continuità vitale di quel diritto nel futuro.

Dal suo cantuccio brasiliano Ascarelli ha la effettiva possibilità di misurare appieno la forza incisiva della comparazione, la carica viva di cui questo orientamento metodico è dotato. La linea di pensiero, sempre latente, sempre sperimentata nell'analisi dei più

risalire a quello sostanziale, e il sistema giuridico si articola in una serie di azioni, ciascuna delle quali corrisponde a un determinato diritto (*Osservazioni di diritto comparato privato italo-brasiliano*, cit. p. 116).

⁽²⁴⁾ Un esempio — remoto ma chiarissimo — è l'ampio studio su *Il negozio indiretto* (1931), ora in *Saggi giuridici*, cit., e poi anche in *Studi in tema di contratti*, Milano, Giuffrè, 1952 (da cui citeremo), dove il contrappunto costante è fra diritto romano, diritto intermedio, *common law*, dottrina pandettistica.

diversi assetti giuridici, talora accennata sul piano teorico, si fa palese e prende la forma di una serie di manifesti programmatici nel periodo finale del soggiorno in Brasile. Sono infatti del 1945 due scritti fortunati, redatti originariamente in portoghese, che possono essere considerati elementi portanti di un progetto culturale ormai ben definito e, per questo, sonoramente comunicato alla sonnolenta platea dei giuristi dei paesi di *civil law*: ci riferiamo a « L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione »⁽²⁵⁾ e alle « Premesse allo studio del diritto comparato »⁽²⁶⁾. Nel '52, ormai definitivamente in Italia, il progetto viene quasi urlato agli orecchi dei giuristi nella prefazione alla sua raccolta di scritti comparatistici, una prefazione di inusitata ampiezza, che nelle sue circa cinquanta pagine rivela l'esigenza dello scrittore di esprimersi compiutamente e con assoluta franchezza⁽²⁷⁾.

Qui, in questi scritti di indole programmatica molti sono i nemici da battere, che compaiono nella accanita requisitoria ascarelliana, ma uno soprattutto, perché è un nemico che si annida nel carattere stesso del giurista perennemente tentato dalle comode illècebre dell'esegesi, e perché diventa pertanto assai facilmente costume e mentalità.

La matura prefazione del '52 lo dichiara senza ambiguità. Diámogli la parola: il rischio grosso per quello studioso che si limita all'esame del solo diritto statale vigente è che le realtà studiate « per esser correnti, gli appaiano di ragion naturale tanto da non sospettare che ve ne possano essere di diverse »⁽²⁸⁾, « l'illusione, pur sempre ricorrente, di quanti qualificano come « logiche » le costruzioni del proprio diritto ed « empiriche » quelle dei diritti stranieri, perché tratti a ravvisare come « naturale » e « logico » quanto è corrente nel proprio ambiente »⁽²⁹⁾; l'esigenza primaria è pertanto di sfuggire « al provincialismo naturale di quanti sono tratti dalla

⁽²⁵⁾ Ora in *Saggi giuridici*, cit., e poi anche in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit. (le citazioni saranno fatte dalla prima raccolta).

⁽²⁶⁾ Ora in *Saggi giuridici*, cit., e poi anche in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit. (le citazioni saranno fatte dalla prima raccolta).

⁽²⁷⁾ *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit. pp. IX-LIII.

⁽²⁸⁾ *Prefazione*, cit. p. XI.

⁽²⁹⁾ *Prefazione*, cit. p. XII.

propria abitudine a ritenere costanti e universali determinate ideologie, facendo allora del vecchio detto che « tutto il mondo è paese » un ostacolo alla comprensione storica e al progresso »⁽³⁰⁾.

Il provincialismo è il primo nemico da battere perché fa inforcare allo studioso occhiali falsanti e fuorvianti, ingigantisce situazioni oggettivamente modeste, fa credere come parte della natura delle cose ciò che è nulla più che un prodotto storico limitato e contingente.

È soprattutto quest'ultimo il peccato più grave agli occhi di Ascarelli, quello veramente mortale perché condanna a morte la dimensione culturale del giurista. Il Nostro non ha dubbi: occorre universalizzare⁽³¹⁾ lo sguardo, arricchire il nóvero degli strumenti di osservazione, allargare il campo visivo⁽³²⁾; e ciò grazie alle due valvole respiratorie della analisi storiografica e di quella comparatistica, della comparazione temporale e spaziale. L'importante è mettere il nostro presente, il nostro *hic et nunc*, in stringente rapporto e raffronto dialettico con esperienze altre e diverse all'insegna di quell'atteggiamento tipico di Ascarelli — e atteggiamento tipicamente storicistico — che è la « comprensione ».

Quante volte un termine e un concetto siffatti son ripetuti nelle sue pagine! Concetto complesso e prezioso, in cui la curiosità e l'attenzione per le diversità si propongono specificamente come umiltà e tolleranza⁽³³⁾: non la sopravvalutazione miope del singolo patrimonio culturale, bensì il confronto disponibile che non lo annulla ma piuttosto gli fornisce le forze per costruirsi un futuro.

Il « viaggiatore giuridico », uomo che non rinuncia al suo presente, fa tesoro del passato disegnando il futuro: nel suo spirito storia e progresso sono intimamente, essenzialmente, collegati⁽³⁴⁾.

⁽³⁰⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽³¹⁾ « Lo studio del diritto limitato ai confini di un solo paese o un solo popolo si mostra sempre insufficiente, non foss'altro per la stessa « umanità » della storia e del diritto; deve perciò essere studiato su un piano universale » (*Premesse allo studio del diritto comparato*, cit., p. 10).

⁽³²⁾ Uno dei risultati sarà anche « la formazione di un "linguaggio" giuridico internazionale » (*ibidem*, p. 5).

⁽³³⁾ È lo stesso Ascarelli che tesse l'elogio della comparazione per il suo naturale indurre alla « modestia » e alla « tolleranza » (parole sue; cfr. *loc. ult. cit.*).

⁽³⁴⁾ Un esempio fra i tanti è nella *Prefazione*, cit. p. XII.

Il saggio sull'idea di Codice è la traduzione in esperimento del progetto culturale. Il risultato cui tende Ascarelli è comprendere, comprendere quel frutto vistoso della civiltà di *civil law* che è il Codice; ma per raggiungere il risultato non agevole della comprensione si devono individuare itinerari, mettere a nudo radici, mettere a fuoco soluzioni diverse date da diverse civiltà giuridiche. Statualità del diritto, principio di legalità, gerarchia delle fonti, divisione dei poteri — cioè tutto il complesso dommatico del diritto moderno — sono esaminati al centro di un amplissimo crocevia di strade che vanno a raggiungere il diritto comune medievale, il giusnaturalismo sei-settecentesco, l'empirismo giuridico anglo-sassone e il *common law* ⁽³⁵⁾. Per capire occorre scavare, tessere relazioni, operare raffronti. Il risultato sarà non soltanto la comprensione del « codice », ma una comprensione critica provvedutissima, che, mentre comprende e proprio perché comprende, si predispone la possibilità e capacità di andare oltre.

Dunque, universalismo temporale e spaziale. Ma v'è un ulteriore e non meno prezioso universalismo che si deve raggiungere e che l'analisi comparatistica tiene come suo carattere e privilegio: ed è quello che si rifiuta di isolare e favorire questa o quella fonte, com'è per la legislazione nella cultura di *civil law*. Il comparatista, sia temporale che spaziale, è sempre, secondo Ascarelli, ricostruttore d'una esperienza giuridica nel suo complesso, sempre sorretto dalla precisa coscienza dell'unità del sistema giuridico ⁽³⁶⁾, sempre attento — accanto alla legislazione — alla dottrina, alla giurisprudenza pratica, alla stessa « pratica contrattuale » ⁽³⁷⁾; per di più tenderà sempre a rendersi conto dell'ambiente che ha prodotto la regola giuridica, delle forze plurali che l'hanno sollecitata, del contesto in cui si distende la sua durata ⁽³⁸⁾.

⁽³⁵⁾ *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, cit., *passim* ma soprattutto le pp. 41-56.

⁽³⁶⁾ Nella comparazione è « indispensabile il tener sempre presente l'unità del sistema giuridico nel suo complesso » (*Premesse allo studio del diritto comparato*, cit. p. 6).

⁽³⁷⁾ *Ibidem*, p. 8.

⁽³⁸⁾ *Ibidem*, p. 9. Ma si veda anche *Prefazione*, cit. p. XII: « attraverso la comparazione riusciranno così più chiari i nessi tra sistemi giuridici da un lato e strutture sociali ed economiche, tradizioni di pensiero, sviluppo dall'altro ».

Insomma, la comparazione, il cui studio « rientra tra le discipline storiche e sociologiche del diritto » (39), ha per oggetto il diritto effettivamente applicato, il « law in action » (40) e non soltanto forme giuridiche relegate in un testo.

La lezione che ne può ricavare il cultore d'un diritto vigente è grande: che l'esperienza giuridica è una, e non è scomponibile se non pagando l'altissimo costo di sezionare un corpo vivo; che quell'esperienza può certamente essere considerata da diversi angoli di osservazione a seconda delle sue diverse dimensioni ma che non può mai essere dimenticata la sua struttura unitaria; che l'esperienza giuridica non ha solo un livello formale ma si proietta e si legittima al livello dell'effettività che è quello della vita quotidiana (41).

Il monito antiprovincialistico di Ascarelli si estende: se è provincialismo guardare unicamente al proprio paese, è ugualmente provincialismo farsi ricostruttore, o di fonti giuridiche parziali, o di cortecce risecchite come talune forme giuridiche ormai resecate dal tessuto del « diritto vivo ».

4. Le « Premesse allo studio del diritto comparato » sono, come si è visto, dominate da un richiamo insistente e intenso alla unità dell'esperienza giuridica. Scritte nel '45, rappresentano il messaggio di un giurista che la lunga vicenda brasiliana aveva convalidato nella sua scelta unitaria, se non altro per quella intima fusione tra dimensione processuale e dimensione sostanziale che in Brasile era giunta intatta fino al pieno Novecento(42).

Le « Premesse » rappresentano un momento di ricchezza e di maturità del Nostro, ma si tratta di un momento confirmativo in cui prende il suo volto definito una antica certezza. Ascarelli ha avuto sempre nettissima la percezione che tante barriere erette all'interno dell'esperienza giuridica andassero rimosse ed è stato sempre insof-

(39) *Ibidem*, p. 12.

(40) *Loc. ult. cit.*

(41) Ecco il rischio: « fra il diritto legalmente sanzionato ed il diritto vivo, quotidianamente applicato dalla giurisprudenza, corre spesso un divario che può essere abbastanza accentuato » (*ibidem*, p. 7). Merito della comparazione è « di cogliere nel vivo, in una esperienza concreta, il diritto nel suo ambiente sociale » (*ibidem*, pp. 10-11).

(42) Vedi quanto abbiamo notato più sopra, alla nota 23.

ferente a ripartizioni troppo rigide; è significativo che, commemorando — nel '33 — su un prestigioso foglio giuridico la figura di Alfredo Rocco (un commercialista da lui tanto diverso), ne esaltava l'immagine di giurista completo, che aveva vissuto e conclamato la concezione unitaria della scienza del diritto ⁽⁴³⁾.

Lo stesso Ascarelli, avviando la sua opera di rinnovamento del diritto commerciale italiano, un'opera tutta incentrata sul disegno di nuove figure capaci di tener dietro alla prassi contrattuale in rapidissima evoluzione, avverte i limiti di un ricorso ai soli strumenti offerti dalla tradizione concettuale e tecnica dei privatisti e attinge a piene mani, dichiaratamente — direi: programmaticamente — al di fuori del proprio orto conchiuso. Qualche esempio varrà a dimostrazione.

Nel 1928, provocato dalla lettura di un tentativo carneluttiano di costruzione teorica del regolamento collettivo, attratto dal cospicuo e significativo fenomeno dell'ordinamento corporativo italiano così gremito di novità e così erosivo di inveterate confinzioni, sente il bisogno di scrivere « Sul contratto collettivo di lavoro » ⁽⁴⁴⁾. È interessante scorrere le sue fonti documentarie: ovviamente i primi « corporativisti », ma anche pubblicisti (Donati, Romano, Cammeo, soprattutto Kornmann), internazionalisti (Anzilotti, Perassi), filosofi del diritto (il Radbruch della « Rechtsphilosophie » e il Kelsen della « Allgemeine Staatslehre »). E si profila chiara quella che è una vocazione peculiare di Ascarelli, che io chiamerei « definitoria » e che lui chiamerà più tardi « tipologica »: il disegno rigoroso di schemi ordinanti in cui contenere lo straripante emergere delle figure grezze e saporose inventate dalla prassi d'ogni giorno. Per quest'opera definitoria non ci sono riparti di competenza; anzi, c'è la convinzione che è soprattutto il grande serbatoio della scienza giuspubblicistica — impinguata di fresco dai ripensamenti dei giureconsulti weimariani — a dare un contributo fondamentale.

⁽⁴³⁾ *Alfredo Rocco*, in *Rivista di diritto civile*, XXVII (1933), p. 379. Egli riprenderà la esaltazione di Rocco come giurista sorretto da una ferma intuizione unitaria in: *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, in *Studi in memoria di Umberto Ratti*, Milano, Giuffrè, 1934, p. 488.

⁽⁴⁴⁾ Ora in *Studi in tema di contratti*, cit.

È l'operazione che delinea due anni dopo, cominciando un lavoro autenticamente « definitorio » su quello che sarà uno dei suoi temi preferiti ma anche una delle sue preziose costruzioni teoriche, e cioè il « negozio indiretto ». In un saggio tutto dedicato a segnare i contorni di nuove figure ⁽⁴⁵⁾, unendo insieme sensibilità per le richieste della vita degli affari ed esigenze di schematizzazioni rigorose, egli non ha esitazione a tentar di vedere chiaro fra contratto misto, negozio indiretto e « *negotium mixtum cum donatione* », un groviglio e un sovrapporsi di funzioni, instaurando dei « parallelismi istruttivi in tutto il vasto campo giuridico » ⁽⁴⁶⁾ e ricorrendo a una propria ricchissima conoscenza tecnica ⁽⁴⁷⁾.

Ed è la medesima operazione che conduce indagando, analizzando e costruendo in quell'altro suo terreno d'elezione che è il « contratto plurilaterale »; operazione quest'ultima cui si dedica senza risparmio dal 1945 fino alla morte, dimostrando che le istanze unitarie rappresentano in lui un duraturo tratto caratteriale ⁽⁴⁸⁾. Il ripetuto martellio su un tema siffatto è, per più di un aspetto, rilevante: conferma l'atteggiamento definitorio e l'impegno del giurista nella costruzione di nuove figure assolutamente necessarie a garantire l'adeguamento tra forme giuridiche e sostanza economico-sociale, conferma che questa costruzione non avviene mai cerveloticamente ma in forza di un metodo squisitamente induttivo, « è un risultato raggiunto induttivamente » sulla base di un largo esame storico-comparativo ⁽⁴⁹⁾; conferma la necessità di uscire dal pur ampio campo delle schematizzazioni tradizionali della tecnica privatistica per arricchirsi altrove, per appropriarsi di schemi altrove ipotizzati e collaudati.

⁽⁴⁵⁾ *Contratto misto, negozio indiretto, « negotium mixtum cum donatione »* (1930), ora in *Studi in tema di contratti*, cit.

⁽⁴⁶⁾ *Ivi*, p. 83.

⁽⁴⁷⁾ È significativo che egli, in questa ansiosa ricerca *extra moenia*, faccia incursione nel diritto penale riflettendo sull'istituto del concorso formale di reati (*ivi*, p. 83), nel diritto sindacale (*ivi*, p. 84), nel diritto internazionale privato (*ivi*, p. 84).

⁽⁴⁸⁾ La prima traccia compiuta sembra essere *Il contratto plurilaterale* (redatto nel '45, in portoghese), ora in *Saggi giuridici*, cit., e poi anche in *Studi in tema di contratti*, cit. (da cui si citerà).

⁽⁴⁹⁾ *Il contratto plurilaterale*, cit. p. 156.

È quest'ultimo atteggiamento ad interessarci ora, ed è l'immagine di un giurista guidato dalla percezione sicura della unità dell'esperienza e della cultura giuridiche. L'idea del contratto plurilaterale nasce — lo vedremo più avanti — dalla insoddisfazione per l'impiego della usuale teoria privatistica del contratto nella strutturazione d'una società commerciale. Se Ascarelli riesce nell'intento di ritagliare (e autonomizzare) all'interno della categoria contrattuale un « contratto plurilaterale » come « contratto di organizzazione » da contrapporsi quasi ai contratti di scambio, lo si deve alla sua attenzione verso le analisi dei giuspubblicisti più liberi dalla tradizione romanistico-pandettistica e più capaci pertanto di un disegno innovativo. E il Nostro non ha esitazione a confessarlo: « può dirsi che sono state le indagini dei pubblicisti quelle che, attraverso l'elaborazione di figure negoziali diverse da quella del contratto... hanno fatto sorgere dei dubbi circa la possibilità di raffigurare un contratto in alcuni istituti privatistici (quali la costituzione di una società e di una associazione) che venivano tradizionalmente, ma senza ulteriore esame, configurati come contrattuali »⁽⁵⁰⁾.

Un ultimo esempio: al di sopra degli interventi su singoli istituti, è proprio sul delicato terreno della stessa orditura del « diritto commerciale » come disciplina autonoma che l'utilizzazione di schemi giuspubblicistici si rivela preziosa. Ascarelli avverte sin dai suoi anni giovanili l'esigenza autonomizzante, non come rivendicazione campanilistica bensì come rispetto di una specialità che nasce dalla stessa organizzazione della vita economica⁽⁵¹⁾. Il diritto pubblico con i suoi minori condizionamenti culturali, con il suo minor formalismo, con il suo continuo contaminarsi con il vivo delle forze storiche, insomma con la sua maggior disinvoltura sul piano tecnico, poteva offrire modelli e sostegni. Il Nostro si rifà con ammirazione lo abbiám già accennato più sopra — alle proposte coraggiose di Alfredo Rocco per una « coordinazione di norme pubblicistiche e

⁽⁵⁰⁾ *Occhio ai concetti* (1950-52), ora in *Studi in tema di contratti*, cit., p. 177.

⁽⁵¹⁾ È un tema insistente. Si veda soprattutto: *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, cit.; *Natura e posizione del diritto commerciale* (1947), ora in *Saggi giuridici*, cit., e in *Saggi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit.; *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione* (1953), ora in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1955.

privatistiche » (52) e, in una zona limitrofa al diritto commerciale, a quanto aveva fatto Antonio Scialoja per l'autonomizzazione del diritto marittimo attuando questa coordinazione e dimostrandone « la possibilità e la fecondità in molti istituti » (53). Egli ha coscienza che non si tratta di una operazione artificiosa, dello zelo falsante dei commercialisti per ritagliarsi una sorta di sovranità in un frammento di esperienza giuridica.

Ascarelli contempla invece, coi suoi lucidi occhi storicistici, l'evolversi del secolo ventesimo soprattutto dopo quello scossone, salutare e violento insieme, costituito dall'evento tragico della prima guerra mondiale con le sue esigenze contingenti e con le risposte che a quelle esigenze si era dato con la cosiddetta legislazione di guerra; uno scossone che i ripensamenti weimariani e nazionalsocialistici in Germania (54) e le proposte corporativistiche in Italia avevano reso ancor più violento.

Le vecchie confinazioni fra le antiche *positiones* ulpianee si allentavano, il diritto pubblico cresceva in virulenza ed influenza ed offriva strumenti per rompere la vecchia unità civilistica ancora ammantata nella perfezione dei suoi rapporti astratti che il giusnaturalismo aveva furbescamente costruito sulle stampe della tecnica romanistica. Problemi come « una maggiore discrezionalità del giudice », « come l'abuso di diritto e l'azione di arricchimento », proprio nel loro aspetto di « una maggiore considerazione della natura concreta dell'atto e dello scopo sociale della norma » (55), si mostravano in grande sintonia con le istanze della prassi commercialistica verso figure giuridiche più immediate e fattuali. Ciò che, ancora nei primi anni Trenta, poteva apparire ereticale per un vecchio civilista adagiato sui comodi stalli della esegesi codicistica, era per il commercialista la corrispondenza ai segni dei tempi.

(52) *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, cit., p. 488.

(53) *Loc. ult. cit.*

(54) Lo abbiamo messo in evidenza seguendo l'itinerario di ricerca civilistica di Franz Wieacker (cfr. P. GROSSI, *Un grande giurista del nostro tempo: Franz Wieacker*, in *Rivista di diritto civile*, XLI (1995), parte prima).

(55) *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, cit. p. 488.

Questa insofferenza a steccati, questa percezione sicura dell'unità della esperienza giuridica è un messaggio costante di Ascarelli, ed appare un richiamo da non perdere per il giurista di oggi. Il « viaggiatore giuridico », lo studioso che senza improvvisazioni aveva indossato i panni dello storico e del comparatista, che aveva placato la sua curiosità leggendo di tutto ben oltre i termini tranquilli del proprio terreno professionale, poteva farlo senza incorrere nel pantano dell'eclettismo. Che è un rischio, un rischio grosso per chi non abbia l'ingegno e la cultura del Nostro; ma che è anche un rischio da correre per evitare che la cultura giuridica sia fatta di tante linee parallele che non si incontrano e che, anzi, bellamente si ignorano. Di pari passo con l'approfondirsi dello scavo nei singoli settori — merito e privilegio della scienza giuridica contemporanea — c'è stato un naturale immergersi e quasi seppellirsi in esso. Immersione e seppellimento che una organizzazione accademica fondata sulla divisione degli scienziati-giuristi in tanti raggruppamenti pensati come un arcipelago sparso non può che cristallizzare e acuire.

Le tessere devono invece potersi ricomporre in un mosaico unitario almeno nella coscienza del giurista: cui non si chiede né onniscienza né capacità di trasformismi ma attenzione e ascolto per quanto avviene nei terreni circostanti e, ovviamente, disponibilità ad arricchire ed integrare il proprio patrimonio di nozioni. Oggi, di fronte a un'esperienza giuridica che marcia e muta rapidamente, c'è bisogno di un confronto dialettico che coinvolga i vari frammenti culturali non per annullare le varie isole di ricerca ma per gettare ponti fra di esse. L'arcipelago — per continuare l'immagine di poco sopra — deve, in questa conquista d'una maggior consapevolezza, riprendere il suo volto essenziale di continente unitario.

5. Unitario ma anche complesso, estremamente complesso. Di questa complessità Ascarelli è stato sempre il testimone franchissimo, anche se questa franchezza lo condannava all'isolamento in mezzo ad una platea pressoché unanime di giuristi appagata e compiaciuta di un ordine giuridico sorpreso e identificato in una superficie piatta, quasi geometrica nella sua semplicità legislativa.

Ma sgombriamo subito il passo e chiariamo che cosa si intenda quando qui si parla di complessità. È un sentimento duplice che

affiora: di insofferenza per il paraocchi usuale, che limita l'attenzione del giurista al solo diritto positivo ufficiale, consolidato nelle sue cristallizzazioni autoritarie; di consapevolezza che il continente giuridico, anche se affiorante con una sua cuspide legislativa, è per buona parte sommerso, e quella porzione sommersa è forse la più rilevante, e non è inerte ma preme sulla superficie e la condiziona e la modifica.

Sentimento della complessità, ossia coscienza che il diritto è solo apparentemente un ordine statico ma che, nel suo intimo, è percorso e vitalizzato da una sua dinamica, quasi una realtà a più strati che rimarrebbe immiserita se valutata prescindendo da questo gioco complesso di forze, l'unico che garantisce all'ordine giuridico di non coartare, bensì di organizzare convenientemente il mutamento sociale.

L'attenzione del giurista deve rivolgersi anche agli strati profondi; non può lasciarsi monopolizzare dal « diritto legalmente vigente » trascurando e condannando nel limbo della irrilevanza « quello socialmente vigorante »; deve, al contrario, abbracciare le due dimensioni — e ricomporle — « in una visione completa del sistema giuridico » ⁽⁵⁶⁾.

La percezione della unità dell'esperienza giuridica resta incompiuta e insoddisfacente se non viene integrata dalla percezione della sua complessità. È la dignità metodologica che domina tutta l'opera di Ascarelli ed è anche una delle sue lezioni più alte e più attuali. Ci sono strati diversi del giuridico dove operano fonti varie e diverse; v'è un livello formale dove primeggia il legislatore ma v'è un livello sostanziale — che io chiamavo, più sopra, sommerso — dove il diritto mostra di essere « il frutto di uno sforzo collettivo » ⁽⁵⁷⁾, di una « opera collettiva » ⁽⁵⁸⁾ e dove molle propulsive — fonti, se vogliamo — sono maestri di diritto, giudici, operatori pratici, anche

⁽⁵⁶⁾ *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione* (1946) ora in *Saggi giuridici*, cit., p. 104 (nonché in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit. (le citazioni sono fatte dalla prima raccolta).

⁽⁵⁷⁾ *Posizione del diritto della navigazione* (1950), ora in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit. p. 283.

⁽⁵⁸⁾ Idea ed enunciazione ricorrenti. Chiarissimamente in: *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, cit., p. 104, e in *Contrasto di soluzioni e divario di metodologie* (1953), ora in *Saggi di diritto commerciale*, cit., p. 565.

e forse spesso dei semplici « profani »⁽⁵⁹⁾ portatori del loro patrimonio di buon-senso nella prassi quotidiana degli affari.

Il diritto è tutto questo e sarebbe miope misconoscerlo, anche perché il suo sviluppo non è stimolato tanto dalle posizioni ufficiali quanto dai fermenti che provengono coralmemente dal basso. Ascarelli è infastidito dalla gigantizzazione del legislatore nella cultura moderna, dove tutto si risolve in un problema di competenza: è diritto ciò che è imputabile ad una precisa volontà proclamata in un preciso momento e soltanto a quella⁽⁶⁰⁾. Il risultato è una sorta di divinizzazione di quella volontà, identificata analizzata sillabata con lo stesso zelo del teologo rispetto a un frammento della Rivelazione. E tutto assume un sapore artificioso, una dimensione che il Nostro, usando volentieri il vocabolario marxiano, non ha esitazione a bollare come « sovrastrutturale ».

La conclusione ha da essere altra: complessità dell'esperienza giuridica e, conseguentemente, ampia corallità di fonti; il diritto quale frutto di fonti plurali statuali ed extrastatali⁽⁶¹⁾, con un recupero alla integralità della società⁽⁶²⁾, con una sua sottrazione all'abbraccio soffocante del « politico ».

Accanto alla dimensione della validità, ecco proporsi in tutta la sua virulenza storica quella dell'effettività; e, accanto alla regola

⁽⁵⁹⁾ « i profani contribuiscono, assai più di quanto non credano, allo sviluppo del diritto »: è la frase contenuta in uno degli scritti di Ascarelli maggiormente programmatici, e scritto remoto perché risalente agli anni 1930-31 (cfr. *Il negozio indiretto*, cit., p. 71).

⁽⁶⁰⁾ Cfr. *Prefazione a Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., p. XLI, dove espressamente parla della interpretazione che si rifà ad « una legge dettata ed imputata ad una volontà, perciò quasi divinizzata, che l'impone fino ad identificare nel diritto un sistema « positivo » inteso come sovrastruttura fondata su un'imputazione di competenza normativa (anziché identificare la positività con la stessa vigenza e cioè con la storicità del diritto) ».

⁽⁶¹⁾ *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, cit., p. 107 (« è vano anche negare la perdurante enorme importanza che sempre presenta la produzione di norme giuridiche anche per altra via, sia o non sia riconosciuta nel sistema prodotto da quelli che ho poco fa chiamato gli organi specializzati »).

⁽⁶²⁾ « Il diritto non è che la considerazione sotto un aspetto normativo dell'intera realtà sociale e la astrazione di questo momento non deve fare dimenticare la unità del fenomeno » (*La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale* cit., p. 485, nota 1).

formalmente vigente, anche (e soprattutto) quella « socialmente vigente » con un rilievo tutto nuovo per la « funzione storicamente assolta dalla norma e dall'istituto » (63).

Con una precisazione necessaria che tipicizza il messaggio ascarelliano: questa dialettica, così sentita, fra validità ed effettività non è la considerazione di un rapporto tra ciò che è diritto e ciò che sta fuori del diritto anche se di esso contrappunto prezioso; questa dialettica è interna al diritto. In altre parole, la dimensione dell'effettività appartiene all'universo giuridico non meno della validità, invece di restare come un traguardo auspicabile ma irrimediabilmente fuori della giuridicità.

Ecco la considerazione « plurale » di Ascarelli, la valorizzazione dei vari strati, la visione complessiva e anche complessa dell'esperienza giuridica: la quale è composta di « diritto legalmente sanzionato », ma anche di « diritto vivo », di « diritto effettivamente applicato », di « law in action » (64), perché il diritto non è imposizione di una norma autoritaria prescindendo dalla reazione del corpo sociale, ma è innanzi tutto accoglimento da parte della comunità che accetta di vivere la norma, di far della norma l'impasto organizzativo della propria vita: « il valore della legge dettata sarà sempre e solamente quello che le deriverà dalla sua interpretazione generale accettata, tornando così a rivelarsi nella generale accettazione e convinzione la base ultima del diritto » (65).

Il nesso simbiotico con il corpo sociale — ovvio ma troppo spesso dimenticato o deprezzato — è anche la garanzia che il diritto non si risecchirà distaccandosi dalla sua linfa nutritiva. Uno spettro incombente è per Ascarelli la legge incapace di seguire il mutamento sociale, formalmente valida ma inutile o addirittura dannosa perché galleggiante astratta al di sopra della storia umana, una legge la quale — più che norma — è solo un testo cartaceo.

In una nota, premessa a una parte dell'ultimo volume collettaneo da lui curato e apparso dopo la sua morte, i « Problemi

(63) Prefazione a *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., p. XI.

(64) Terminologia e concetti ricorrenti. Un esempio: *Premesse allo studio del diritto comparato*, cit. pp. 7 e 12.

(65) Prefazione a *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., p. XLIV.

giuridici »⁽⁶⁶⁾, Ascarelli sente il bisogno di precisare: « Negli studi sotto questo numero è a volte usato il termine « norma », anche in proposizioni nelle quali, in coerenza con le considerazioni svolte negli studi (cronologicamente posteriori), raccolte sotto il seguente numero IV, dovrebbe essere usato il termine ‘testo’ ». Segno che il disagio per la disgiunzione (e talora opposizione) tra norma valida e norma effettiva è via via così cresciuto di consapevolezza e di intensità da far identificare all’ultimo Ascarelli la norma valida in un testo; un testo, cioè una cristallizzazione, che per essere pienamente regola giuridica del corpo sociale ha bisogno di dimostrarsi effettiva, effettivamente accettata e operante. E sarà questo, come vedremo, agli occhi del nostro commercialista, il merito grande della interpretazione/applicazione: essa ha di fronte testi ma, ponendosi mediatrice fra questi e i fatti sociali, crea la norma, giacché « la norma non è « racchiusa » nel testo, sì da poter essere ivi scoperta »⁽⁶⁷⁾.

L’incubo di Ascarelli è il testo come prigione della norma, la riduzione del diritto a un universo di testi di cui il giurista è il modesto contabile; e lo scopo che lo conquista e lo infiamma, quasi che si trattasse di una operazione di carattere morale, è la sua liberazione. E si capisce perché, se il comune giureconsulto si contenta della superficie piatta dei testi, della statica del diritto raggrumata in quel punto anonimo della linea storica che è il diritto formalmente vigente *hic et nunc*, egli amplii il suo orizzonte e complichì — complichì coscientemente e con trasporto — l’esperienza giuridica sorprendendola e studiandola anche dinamicamente.

Con la precisazione ovvia — che riprende quella precedentemente segnata a proposito di validità ed effettività — che l’aspetto dinamico è interno al diritto, che la storia è soltanto il diritto che vive e si sviluppa e si costruisce il proprio futuro. Se il testo è troppo spesso un diritto senza futuro essendo il testo, da solo, senza l’intervento « miracoloso » dell’interprete, una realtà metatempo-

⁽⁶⁶⁾ È la nota alla pagina iniziale della « parte terza » dedicata proprio a « Norma giuridica e realtà sociale » (cfr. *Problemi giuridici*, tomo primo, cit., p. 67).

⁽⁶⁷⁾ *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione* (1957), ora in *Problemi giuridici*, cit., p. 145.

rale, la norma, la norma dinamicamente colta in tutte le sue radici col sociale, ha per sua natura la doppia valenza di organizzazione del presente e presagio del futuro.

Al centro della attenzione per la dinamica giuridica si pone il rapporto fra diritto formale ed equità, e il ruolo fondamentale conferito a quest'ultima. È un tema/problema ripetuto fino alla noia e in cui Ascarelli dimostra la sua stoffa inimitabile di giurista disinibito sì ma provvedutissimo. Se la pagina ascarelliana può essere considerata il più aperto elogio dell'equità mai scritto da un giurista, occorre infatti rendersi conto del peculiarissimo significato che la nozione assume in quella pagina.

È equità una fattualità greve che giunge a intorbidare e confondere i limpidi tratti dell'ordine giuridico? Si tratta della stessa equità per la quale è restato celebre negli annali della giurisprudenza francese il « bon juge Magnaud » e consistente in un incontrollato ingresso della dimensione irrazionale? Ascarelli sa benissimo che il termine equità è di quelli che provoca immediati esorcismi da parte del legalismo moderno, e ha cura di precisare: nessun riferimento alla identificazione grossolana dell'equità con la giustizia del caso concreto, bensì la indicazione, più pacata, di quella contrapposizione che si è sempre verificata nella storia del diritto fra un sistema « tradizionale » e un sistema « equitativo » e dove equità vuol dire emersione di nuove valutazioni e nuovi principii e nuove soluzioni ⁽⁶⁸⁾. Il binomio diritto formale-*aequitas*, in altre parole, « risponde a quella conciliazione tra esigenze di conservazione e di progresso, di rigidità ed elasticità che è immanente in ogni sistema » ⁽⁶⁹⁾. E affiorano alle labbra dello storico e del comparatista le facili ma probanti evocazioni del rapporto dialettico fra *ius civile*

⁽⁶⁸⁾ « l'equità non è tanto la giustizia del caso concreto o l'attenuazione delle rigorose conseguenze del principio date le peculiarità del caso, quanto l'affermazione, in relazione a un singolo caso, di un principio nuovo e diverso che, dapprima applicato singolarmente, può successivamente ricevere applicazione generale ... Il contrasto tra diritto ed equità si riduce a quello fra diritto tradizionale e nuovi principii giuridici che, storicamente, si affermano dapprima in relazione a quei casi le cui peculiarità ne pongono più nitidamente in evidenza la giustizia » (*L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, cit., p. 63).

⁽⁶⁹⁾ *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, cit., p. 8

e *ius honorarium* nell'esperienza romana e fra *common law* ed *equity* in quella anglosassone.

Anche qui il dato saliente, il tratto caratterizzante, è soprattutto uno: l'equità non è fuori del diritto ma fa invece parte del suo meccanismo interiore; il sistema giuridico si scandisce sempre in un rapporto dialettico di cui l'equità rappresenta un momento essenziale. Il diritto trova al suo interno la capacità stessa di innovarsi e di rigenerarsi, insomma di adeguarsi alle richieste mutevoli della società.

Visione dinamica della esperienza giuridica, che è sorpresa nell'atto di prefigurarsi il proprio futuro, di nutrire in sé il proprio futuro: il quale non proverrà dal di fuori come un corpo estraneo ma è già potenzialmente entro le mura della cittadella giuridica dove attende la sollecitazione di stimoli esterni per prender forma; e sarà, nella più gran parte dei casi, integrazione complicazione deformazione di istituti tradizionali, vecchie strutture chiamate ad assolvere nuove funzioni. E riaffiora alla mente un topos speculare dell'opera di Ascarelli e anche una delle sue costruzioni più geniali, il « negozio indiretto », l'istituto che più d'ogni altro appare come ponte fra passato e futuro, fra dimensione strutturale e funzionale, fra strutture vecchie e funzioni nuove, tra forme tradizionali e prassi.

È la prassi il ricco serbatoio cui il giurista non può non attingere, giacché è lì la fucina inesauribile della dinamica giuridica, è lì che il diritto presente vive già il suo futuro, prassi creatrice di istituti ⁽⁷⁰⁾, inventrice di schemi tecnici ⁽⁷¹⁾, trasformatrice degli stessi ⁽⁷²⁾.

Il giurista deve però guardarvi con un atteggiamento preciso: in primo luogo, di rispetto e non di sufficienza; secondariamente, con la ferma convinzione che quel brulicare incompsto e grezzo di assetti negoziali non è un volgare mondo di fatti situato al di là dei confini del diritto, ma è già diritto, « law in action », diritto « socialmente vigorante ».

⁽⁷⁰⁾ *Il negozio indiretto*, cit., p. 71.

⁽⁷¹⁾ *Contrasto misto, negozio indiretto*, « *negotium mixtum cum donatione* », cit. p. 83.

⁽⁷²⁾ *Funzione economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, cit., p. 104.

Ed è questo il suo atteggiamento di sempre, che gli consentirà — in più di una occasione — di essere divinator e precorritore: da quando, nel '29, studia gli arbitrati liberi ⁽⁷³⁾, o nel '30 il contratto misto ⁽⁷⁴⁾, o nel '31 il negozio indiretto ⁽⁷⁵⁾, a quando, nel colmo della sua maturità, prefando la raccolta dei suoi « Studi in tema di contratti », egli segnala come primeggiante tra le sue « preoccupazioni costanti » « quella di studiare le reazioni della prassi contrattuale nei confronti degli schemi legali e di integrare con considerazioni funzionali quello studio strutturale, che tuttavia è e deve rimanere fondamentale nella costruzione degli istituti » ⁽⁷⁶⁾.

Ascarelli portava innanzi, e sviluppava, ed esasperava, le intuizioni del suo maestro Vivante, maestro perché ne fu formalmente allievo alla Sapienza romana, maestro innanzi tutto perché il giovane discepolo fu conquistato dal suo metodo spregiudicato, dalla sua concezione ampia dell'universo giuridico, dal suo storicismo aperto verso i fatti sociali ⁽⁷⁷⁾. Vivantiana è la dialettica fra diritto legale ed effettivo quale scansione interna all'ordine giuridico, vivantiana è l'attenzione per la prassi come momento (già intrinsecamente giuridico) di sviluppo del diritto, vivantiana è la stessa terminologia adottata come dimostra l'ascarelliano diritto « socialmente vigente » che ha un campione immediato nel diritto effettivo « ben più vigoroso » esaltato in una famosa pagina di Vivante ⁽⁷⁸⁾. Il giovane commercialista, che sposta la sua attenzione dai testi di legge alla pratica degli affari, trova un modello da seguire nel propugnatore di un metodo sperimentale, che preferiva immergersi nelle cancellerie dei Tribunali per leggervi gli statuti societari piuttosto che studiare

⁽⁷³⁾ *Arbitri ed arbitratori - Gli arbitrati liberi* (1929), ora in *Studi in tema di contratti*, cit. Cfr. anche *Arbitrati liberi* (1936), ora in *Studi in tema di contratti*, cit.

⁽⁷⁴⁾ Nel più volte citato: *Contratto misto, negozio indiretto*, « *negotium mixtum cum donatione* ».

⁽⁷⁵⁾ Nel più volte citato: *Il negozio indiretto*, cit.

⁽⁷⁶⁾ *Studi in tema di contratti*, cit., *Prefazione*.

⁽⁷⁷⁾ È quasi superfluo ricordare lo « scandaloso » capitolo I del volume I del *Trattato di diritto commerciale*, Torino, Bocca, 1893, capitolo dedicato a « Le fonti » e dove al § 9 è collocata come fonte formale di diritto anche la « Natura dei fatti ».

⁽⁷⁸⁾ *Trattato*, cit., *prefazione*, p. VI, dove si parla, con riferimento al diritto effettivo, di « un ordinamento giuridico ed economico ben più cauto e completo di quello dato dal codice ».

gli articoli del Codice e gli artificiosi commentarii. L'uno e l'altro consentivano nel tendere l'orecchio e « scoprire la voce del diritto che viene su dalle cose » (79).

Si è segnalato l'influsso metodologico di alcuni docenti romani — per esempio, Vittorio Scialoja e Bonfante — per la formazione del giovane Ascarelli, e ciò è difficilmente smentibile (80), ma ad uno solo egli si rifece metodologicamente con pienezza, dichiarandolo espressamente (81) e, ancor più, applicandone fedelmente canoni e strumenti nel fluido terreno del diritto commerciale del maturo Novecento, ed è Vivante. È da lui che il Nostro apprende la scoperta di una esperienza giuridica ben più complessa di quanto appaia ai troppi giuristi che la contemplanò senza un occhiale adeguato.

6. Tra i rapidi ma frequentissimi elogi del maestro che Ascarelli inserisce nelle sue pagine, ve n'è uno che lo sorprende insieme a un altro fondatore della scienza giuridica italiana, ben al centro di questa nel crinale fra Ottocento e Novecento, espressione di « quella funzione formativa della dottrina giuridica, che, all'inizio del secolo, seppe con Orlando accompagnare la formazione dello Stato e con Vivante quella della nascente struttura industriale » (82).

Orlando e Vivante, il giuspubblicista e il commercialista, sorpresi come soggetti attivi della dinamica giuridica, non sbattuti passivamente dove la corrente storica li portava, ma registratori sensibili della marcia di quella e, al tempo stesso, di quella gover-

(79) VIVANTE, *Trattato*, cit., prefazione, p. VII.

(80) Fortissima l'influenza della grande lezione storico-giuridica di Pietro Bonfante, « maestro dei maestri » (come, con affermazione iperbolica, lo qualifica ASCARELLI, in *Funzioni economiche e istituti giuridici nella teoria dell'interpretazione*, cit., p. 86).

(81) Se già in testimonianze risalenti si compiacenza di affermare che il « Trattato » di Vivante era « tra le pochissime opere che rimarranno nella storia del diritto » (*Angelo Saffa*, in *Archivio giuridico*, CXIX (1938), p. 190), in opere della maturità esalterà il richiamo vivantiano ai « fatti » (cfr. *Saggi di diritto commerciale*, cit., prefazione, p. 3) e ammetterà compiaciuto: « il mio maestro Vivante, del quale proprio metodologicamente oso dirmi discepolo » (*Dispute metodologiche e contrasti di valutazione* (1953), ora in *Saggi di diritto commerciale*, cit., p. 477), dove è da sottolineare quei due averbii (« proprio metodologicamente ») che hanno il valore di una puntualizzazione confessoria.

(82) *Norma giuridica e realtà sociale* (1955), ora in *Problemi giuridici*, cit. p. 110.

natori e coordinatori. Però giuristi e non politici, immersi nel loro mestiere, maneggianti sempre e soltanto gli arnesi collaudati del secolare laboratorio giuridico.

Il rifiuto di una concezione statica dell'esperienza giuridica, il recupero della dinamica giuridica a una concezione più aperta e più complessa del diritto vigente, esige una nuova figura di giurista con un mestiere più complesso, senza dubbio più difficile, senza dubbio però più appagante. L'esegesi testuale resta fra i suoi compiti ma certamente non fra quelli primari, essendo ormai ricondotto il testo normativo alla modesta dimensione di cuspide affiorante di un ampio continente sommerso, una cuspide che il vento impietoso della storia inaridisce in un breve giro di tempo.

Il giurista dinamico di Ascarelli assomiglia assai poco a un esegeta, e nemmeno a un puro logico o a un matematico come un *mos geometricus* di ascendenza illuministica proponeva⁽⁸³⁾. È invece un uomo carico dei valori del proprio tempo per la precisa ragione che respira a pieni polmoni l'aria di quel tempo e non vive collocato in un vuoto pneumatico; né è un personaggio neutro, ma necessariamente portatore di idee e anche di ideologie⁽⁸⁴⁾; e avrà tra le sue virtù quella somma della fantasia, ossia capacità di orecchiare intuire costruire conseguentemente⁽⁸⁵⁾.

Ancora: non potrà costringersi nei panni troppo stretti del tecnico con le sue nozioni pure ma neutre e mute; al contrario, non dovrà temere di tuffarsi nella dimensione sociale e soprattutto in quella economica, perché solo la consapevolezza del mutamento sociale e di quello economico gli consentiranno il disegno di cate-

⁽⁸³⁾ *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, cit. p. 484, nota 1; *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, cit. p. 486.

⁽⁸⁴⁾ Si veda la già lucida percezione in una riflessione giovanile, la recensione al volume di Julien Bonnetcase su *Science du droit et romantisme* (in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IX (1929), p. 107: « quanti, come me, ritengono che anche il lavoro del giurista sia dominato dalle idee e dalle ideologie del suo tempo e che questo elemento sia rilevante così sulle determinazioni della sua generale posizione metodologica come anche nelle soluzioni giuridiche concrete... »).

⁽⁸⁵⁾ *Economia di massa e statistica giudiziaria* (1954), ora in *Saggi di diritto commerciale*, cit., p. 526; *Saggi di diritto commerciale*, cit., prefazione, p. 6; *Antigone e Porzia* (1995), ora in *Problemi giuridici*, cit., t. I, p. 11.

gorie appropriate ed eviteranno alla società contemporanea una rovinosa « crisi del diritto » (86).

Ascarelli la identifica e la soffre come « la difficoltà di dominare con categorie giuridiche sostanzialmente precapitalistiche la fenomenologia di una società industriale » (87) e, nella stessa pagina, rilevando lucidamente la nuova economia di massa e di serie, amaramente constata — era il 1954 — che gli schemi ordinativi maneggiati dai giuristi sono, a dir poco, antiquati, « si riportano a un mondo economico che è piuttosto quello di Balzac che quello dell'era atomica » (88).

Il « viaggiatore » nemico di ogni provincialismo, che segue attentamente l'evoluzione dell'economia mondiale, che legge con passione e profitto le analisi degli economisti, rileva e sottolinea il divario sempre più incolmabile fra norma e realtà. E contempla con raccapriccio i giuristi che si trastullano a studiare istituti esistenti solo nelle esercitazioni scolastiche e ignorano i nuovi assetti organizzativi inventati dai privati nella pratica degli affari (89). E guardando alla letteratura commercialistica italiana non manca — lui espertissimo del vivace *common law* — di elevare un lamento accorato: « non abbiamo un solo libro sulla holding » (90)!

Continuare a pensare il giurista perennemente all'ombra della legge, continuare a proporgli quale compito primario di fornire una sorta di ortopedia logica alle claudicanze del legislatore, continuare a identificarlo nell'esplicatore di un testo pressoché sacrale, *servus legis*, ha lo stesso significato di recitare una favola della commedia dell'arte fuori del tempo e dello spazio. Il giurista deve invece sentirsi come un « apprendista stregone » (91), e munirsi di intuizione e fantasia oltre che di strumenti logici e tecnici, perché è chiamato a « ricomporre continuamente il divario tra la norma giuridica e la

(86) *Il codice civile e la sua vigenza* (1953), ora in *Saggi di diritto commerciale*, cit., p. 461; *Economia di massa e statistica giudiziaria*, cit., p. 525.

(87) *Economia di massa e statistica giudiziaria*, cit., p. 525.

(88) *Loc. ult. cit.*

(89) *Il codice civile e la sua vigenza*, cit., p. 461.

(90) *Ibidem*, p. 462. Era il 1953. Di lì a poco, proprio su sollecitazioni di Ascarelli e nell'ambito della sua scuola, sarebbe uscita la grossa indagine di Bernardino Libonati su *Holding e Investment Trust* (Milano, Giuffrè, 1959).

(91) *Economia di massa e statistica giudiziaria*, cit., p. 526.

realtà sociale », a « utilizzare per nuovi compiti un diritto precostituito, per adattare a nuove funzioni vecchi istituti, per permettere la soddisfazione di nuove esigenze attraverso un opportuno adattamento degli schemi tramandati » (92).

Egli è chiamato a calarsi nella storia, ad assumersi responsabilità dirette, ad uscir fuori da tutti i comodi ripari che lo isteriliscono, sia da quelli offerti fino a ieri dal testo proveniente da un legislatore divinizzato, sia anche da quelli forniti dagli schermi protettivi del diritto naturale e della natura delle cose. Ascarelli pretende un personaggio libero, libero da ipoteche e responsabile, perché richiesto di operare valutazioni e scelte (93), di mediare fra testo e fatti. E se prigionie è il testo, prigionie è anche il diritto naturale trascendente e immanente (94).

Si dirà: ma non è il Nostro a volere il diritto e il giurista in strettissimo contatto coi fatti e a protestare ammirazione per lo spazio dato dal suo maestro Vivante alla natura dei fatti? Certamente sì, ma quando egli continuamente vi accenna, è — come, del resto, nella riflessione vivantiana — ai fatti della storia che si riferisce — fatti sociali, economici, culturali —, fatti insomma di cui è protagonista l'uomo.

Ascarelli è diffidente di ogni giusnaturalismo giacché viene a costituire un dato (95), che il giurista si limita a subire quasi che fosse — ma non lo è — « un accertatore di dati » (96); ed è dato la regola rivelata dalla Divinità, com'è nel giusnaturalismo della tradizione

(92) *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, cit., p. 90.

(93) *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, cit., p. 484; *Prefazione a Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., p. XX.

(94) Documentazioni del fermo anti-giusnaturalismo di ASCARELLI: *Prefazione a Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., p. XX; *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, cit., p. 486; *Contrasto di soluzioni e divario di metodologie*, cit., p. 561; *Norma giuridica e realtà sociale*, cit., p. 75 e 91; *Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica* (1956), ora in *Problemi giuridici*, cit., p. 181; *Processo e democrazia* (1958), ora in *Problemi giuridici*, cit., p. 23.

(95) Vedi la forte negazione di « quell'analogia tra leggi giuridiche e leggi naturali, che pone le prime fuori della storia e ipotizza un mondo ormai dato, anziché sempre da costruire » contenuta in *Processo e democrazia*, cit., pp. 23-24.

(96) *Ordinamento giuridico e processo economico* (1958), ora in *Problemi giuridici*, p. 41.

cristiana, o la regola immobilizzata nella cosiddetta natura delle cose. La storia, con la sua relatività ma anche libertà, è il terreno tipico dove alligna il diritto e dove opera il giurista; ed è là dove questi valuta e sceglie ⁽⁹⁷⁾, dove il diritto assume una dimensione « pratica » ⁽⁹⁸⁾, si rivela come arte, come saggezza ⁽⁹⁹⁾ e non come scienza pura.

Alberto Asquini, nella sua densa commemorazione di Ascarelli, narra — ed è episodio di qualche significato — di averlo conosciuto appena ventenne mentre preparava la tesi di laurea nello studio romano di Vivante e di avere avuto immediatamente in quel giovane studente un interlocutore curioso e pungente sul gran tema di quel momento, la « natura dei fatti come fonte di diritto », un tema su cui Asquini aveva scritto ⁽¹⁰⁰⁾ un saggio celebre e discusso: « mi chiese subito, con quella vena di arguzia che poi conobbi essergli abituale, come taluno potesse indugiare in certi dubbi e particolarmente nel

⁽⁹⁷⁾ Fra le tante citazioni che potremmo fare, cfr., *Prefazione a Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit. p. XX.

⁽⁹⁸⁾ *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, cit., p. 90.

⁽⁹⁹⁾ Scriverà a Francesco Carnelutti, in una garbata ma ferma polemica risalente all'anno precedente la morte: « sono così forse vicino a quanto tante volte Le ho sentito insegnare sul diritto come arte (avrei qualche tendenza tuttavia a dire “come saggezza”) e lontano da quanti cercano una scientificità della giurisprudenza sulla base di analogie con procedimenti delle scienze fisiche » (*In tema di interpretazione ed applicazione della legge — Lettera al prof. Carnelutti*, cit. p. 159). Ma si veda anche: *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, cit., p. 90. In quello che è uno dei suoi ultimi scritti, la introduzione alla ripubblicazione degli scritti metodologici di Hobbes e Leibniz, si rifarà insistentemente alla « saggezza » come molla del diritto e significativamente preciserà: « Saggezza che ... comporta sempre un rischio e si affida a una probabilità non come logica che permette di scoprire una già posta verità, ma come previsione di successi ed effetti, come calcolo di possibili effetti negativi o positivi rispetto a un fine desiderato; come, per riprendere il motto pascaliano, scommessa sul futuro e su un futuro che la nostra azione concorre nel determinare » (*Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica*, in T. HOBBS, *A dialogue between a philosopher and a student of the Common Law in England* — G. B. LEIBNIZ, *Specimen quaestionum philosophicarum ex iure collectarum — De casibus perplexis — Doctrina conditionum — De legum interpretatione*, Milano, Giuffrè, 1960, p. 67); dove scoppia vivace la insofferenza di Ascarelli per le « verità già poste » che il soggetto non può che subire; mentre per lui è il soggetto il motore della storia con la propria azione libera e responsabile, e, quindi, costruttore del proprio futuro in una rischiosa « scommessa » con se stesso.

⁽¹⁰⁰⁾ In *Archivio giuridico*, LXXXVI (1921).

dubitare che tutto il diritto è un momento della storia, non solo sul piano della evoluzione legislativa, ma anche e soprattutto in quello della interpretazione »⁽¹⁰¹⁾.

La consapevolezza della intima storicità del diritto è stata sempre la forte carica intellettuale che ha sorretto il discorso di Ascarelli nel suo lungo snodarsi per più di trenta anni, un cammino unitario e coerente anche se con una sempre più accentuata presa di coscienza; una storicità — ci si permetta il bisticcio — storicisticamente intesa, senza intrusioni naturalistiche ed evolucionistiche⁽¹⁰²⁾, forte di una umanità totale, dove è l'uomo storico con la sua azione individuale e sociale e non un modello astratto il protagonista; una storia come « commedia umana » nel cui seno, e lì soltanto, è individuabile la giustizia⁽¹⁰³⁾, dove il diritto appare come tessuto connettivo in costante orditura fra passato e futuro.

Anche quando Ascarelli rifletterà a più riprese sulla specificità della sua disciplina prediletta, il diritto commerciale⁽¹⁰⁴⁾, e anche quando fermerà la sua attenzione sull'assetto autonomo di discipline vicine quali il diritto della navigazione⁽¹⁰⁵⁾ e il diritto agrario⁽¹⁰⁶⁾,

(101) ASQUINI, *Il pensiero giuridico di Tullio Ascarelli*, cit. p. LXXXIII.

(102) « storicità che non deve intendersi come sviluppo naturale posto fuori della nostra azione, ma come struttura della nostra azione e di una azione sempre, come tale, tesa a fuggiare, partendo da un passato, un futuro » (*Certezza del diritto e autonomia delle parti*, (1956), ora in *Problemi giuridici*, cit. p. 136).

(103) « il diritto non è solo certezza, e non è solo di certezza che andiamo alla ricerca. Andiamo ... anche in cerca di giustizia, una giustizia che un empirico scrive magari con la g minuscola, che non crede appesa fuori dal mondo, ma in noi, in una storia che è « commedia umana » ma pur sempre etica e dove veramente sacro è l'uomo » (*Dispute metodologiche e contrasti di valutazione*, cit. p. 476).

(104) *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, cit. *passim*. In un saggio successivo (*Natura e posizione del diritto commerciale*, cit.) egli insiste sul « carattere storico della distinzione [fra diritto civile e commerciale], propria perciò di alcuni sistemi e non di altri, di alcune e non di tutte le epoche storiche, profondamente diversa nelle varie epoche e che può trovare la sua spiegazione solamente sul terreno della storia, in un fenomeno della storia economica, in una rottura del sistema economico tale appunto da potersi coordinare a una corrispondente rottura del sistema giuridico » (p. 131); ravvisa pertanto « nella autonomia del diritto commerciale un fenomeno storico, che non trova la sua spiegazione sul terreno delle peculiarità tecniche di questa o quella attività economica, ma nello sviluppo della storia dell'economia » (p. 141).

(105) *Posizione del diritto della navigazione*, cit., *passim* ma soprattutto pp. 290-91,

egli non mancherà mai di sottolineare le rispettive autonomie ma le coglierà sempre come scaturenti dalla storia e prodotti della storia, non già da una pretesa natura delle cose e da fatti e criterii tecnici: questi, o sono muti, o sono insufficienti in mancanza di una valutazione normativa ⁽¹⁰⁷⁾.

Al centro di questa storia — di essa, né vittima, né oggetto passivo ma costruttore discreto — il giurista; un giurista sensibilmente diverso da quello della tradizione consolidata, soprattutto più libero nella sua azione mediatrice fra testo normativo e fatti nuovi, fra *corpus iuris* precostituito — per usare il linguaggio tipico e caro ad Ascarelli — e mutamento sociale; da intendersi più come *viva vox iuris* che *viva vox legis* ⁽¹⁰⁸⁾.

Si aggiunga: con un mestiere, però, che la libertà e la conseguente responsabilità rendono assai più complesso.

Si aggiunga ancora: con un mestiere estremamente difficile, perché il giurista non può trasformarsi e snaturarsi in un politico, perché la sua libertà d'azione non può andar oltre il naturale carattere mediativo né può sbarazzarsi di quel *corpus iuris* precostituito con cui egli ha sempre da riferirsi e da porsi in rapporto di continuità.

Ma è questa la grande antinomia della interpretazione giuridica, o forse meglio la sua ardua complessità dove si congiungono con-

dove si coglie l'autonomia di questa branca giuridica come un prodotto storico contingente, diffidando di basarla « su un fattore tecnico » e rifiutando di assolutizzarla perché fondata sulla natura delle cose: « ché se così fosse il diritto non si porrebbe più come criterio di valutazione ma sarebbe immediatamente dato dalla stessa natura tecnica della cosa, natura tecnica che verrebbe poi a porsi fuori della storia o dentro di una storia isolata che sarebbe come tale pur sempre avulsa dalla storia ».

⁽¹⁰⁶⁾ *L'importanza dei criteri tecnici nella sistemazione delle discipline giuridiche e il diritto agrario*, in *Atti del I Congresso Nazionale di Diritto Agrario Italiano*, I, Firenze, Coppini, 1935: « non è mai ... la natura delle cose quella donde discende la disciplina giuridica, ché per giungere ad una disciplina giuridica è pur sempre necessaria una valutazione normativa di questa natura delle cose come tale ». La natura delle cose, il fatto tecnico, può concorrere a determinare la disciplina giuridica, « ma si tratta allora non di una fonte di diritto, ma di uno dei fattori che concorrono a determinare una disciplina giuridica » (p. 105).

⁽¹⁰⁷⁾ *Contrasto di soluzioni e divario di metodologie*, cit. p. 561.

⁽¹⁰⁸⁾ *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, cit., p. 89.

dizionamento a un testo (e, per taluni, per molti, passività verso un testo) e creatività, rispetto di un ordine formale e coscienza del mutamento sociale, eteronomia ed autonomia.

È anche il grande tema di Ascarelli, l'oggetto di una dedizione totale, costante e (mi verrebbe voglia di dire con parola inusuale) appassionata. La complessità del giuridico e la conseguente complessità del mestiere di giurista non possono non risolversi in una dottrina della *interpretatio iuris* completamente ripensata e rifondata. Il « viaggiatore giuridico » aveva gli strumenti per farlo.

7. Lo storicismo ascarelliano complica il paesaggio giuridico, perché lo rende sensibilmente mosso e aperto. Con una conseguenza enorme: rifugge dalle cristallizzazioni, anche se il diritto — proprio nella sua qualità di ordinamento — tende a consolidarsi; non può pertanto risolversi in una dimensione legislativa; anzi, legislatore e legge non possono avervi un ruolo primario.

La complessità dell'esperienza giuridica sarà percepita, e conseguentemente tradotta in regola accettata e osservata, soprattutto dall'interprete-applicatore perché soltanto grazie a lui, collegamento insostituibile fra passato e futuro, fra giuridico e sociale, la norma statica diventa vita e costituisce lo sviluppo e il salvataggio della stessa esperienza.

Lo storicismo ascarelliano aborrisce dalle soluzioni monistiche e non può che imboccare la strada di un convinto pluralismo: l'interpretazione è infatti per Ascarelli quella che abbiamo più sopra definito una realtà corale, nella quale sono indifferentemente inseriti e coinvolti il dottrinario e il giudice, l'uomo di affari e il semplice « profano ». Quindi, pluralismo di fonti di produzione nell'ambito di una interpretazione concepita come creativa.

È una teorizzazione nota, quasi ereticale nella dirompenza con cui il suo autore la enunciò e la propugnò, sulla quale invece vogliamo soffermarci per coglierne qualche messaggio vivissimo anche per il giurista di oggi e per sottolinearne aspetti finora non abbastanza considerati.

Che l'interpretazione rappresenti il momento creativo del diritto ed abbia un ruolo premezzante nella vita dell'ordinamento è una intuizione-convinzione cui Ascarelli fu portato fin dai suoi anni giovanili in grazia della sua adesione al rinnovamento metodologico

propugnato dal neo-idealismo italiano. Ed è una costante del pensiero ascarelliano, che su questo punto corre ininterrotto — anche se con una presa di coscienza sempre meno timida — dal remoto saggio sulle lacune del 1925 agli scritti degli ultimi tempi ⁽¹⁰⁹⁾. Ed è una costanza ereticale, non tanto se si pensa al pronunciamento — del resto, ancor timido ⁽¹¹⁰⁾ — del '25 quando scoppiettavano in Italia i molti mortaretti delle adesioni idealistiche da parte dei giuristi, quanto se si riflette che la sua enunciazione più piena si ebbe nell'immediato secondo dopoguerra, al ritorno del Nostro dall'esilio brasiliano, in un momento di greve positivismo e di pesante culto di una legalità formalistica ⁽¹¹¹⁾.

⁽¹⁰⁹⁾ Scriverà Ascarelli nel 1949, pubblicando la traduzione italiana del suo lavoro sopra *L'idea di codice* nella raccolta di *Saggi giuridici*: « lo studio attuale riprende la tesi, a mio avviso, centrale del mio studio del 1925, accogliendo tuttavia la critica mossami da Max Ascoli osservando che anche la considerazione giurisprudenziale del caso è necessariamente astratta. Questo elemento concorre tuttavia nel rafforzare la tesi centrale da me accolta circa la funzione dell'interpretazione » (*L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, cit., p. 60, nota 81). E in calce alla programmatica prefazione a un'altra raccolta di saggi, nel '52, accennava al « passaggio compiuto dalla posizione assunta nel saggio sul *Problema delle lacune* a quella dello studio più recente sull'*Idea di codice* e all'attuale prefazione, cercando di superare quel criterio di una « doppia verità » al quale finiva per ispirarsi il primo studio » (*Prefazione*, cit. a *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, p. LIII, nota 45). Continuità ed evoluzione e maturazione di pensiero ribadita l'anno dopo in: *Contrasto di soluzioni e divario di metodologie*, cit., p. 564 e, distesamente, in: *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, cit., p. 491, nota 8 (« altre volte, in un lavoro giovanile del 1925, scrivevo perciò che l'interpretazione giuridica è creativa se considerata nella sua natura filosoficamente o constatata nella funzione storicamente, ma tuttavia dichiarativa da un punto di vista giuridico ... Il momento creativo attiene invece, mi sembra, realmente all'interpretazione »).

⁽¹¹⁰⁾ Nel '53, con riferimento al suo saggio del 1925, egli ammetteva questa timidità scrivendo: « Nell'avanzare questa tesi fin da un ampio saggio del 1925 ... soggiungevo tuttavia (ché, lo confesso, mi discosto dalle posizioni dominanti solo a piccoli passi) che, mentre la creatività dell'interpretazione mi sembrava indubbia sul piano storico, dal punto di vista giuridico l'interpretazione doveva intendersi come dichiarativa » (*Contrasto di soluzioni e divario di metodologie*, cit., p. 564).

⁽¹¹¹⁾ Già in una giovanile recensione a Bonnecase (rec. a JULIEN BONNECASE, *Science du droit et romantisme*, cit., p. 107) Ascarelli parlava di « eresie » con riferimento alle sue posizioni metodologiche antiformaliste. Nel 1957, in una lettera aperta a Carnelutti già da noi citata, lettera retrospettiva dall'intenso sapore autobiografico, egli ammetteva la valenza ereticale del suo pensiero, confessando con fran-

Eresia, dunque, ma singolare. Ascarelli infatti non ha nulla a che spartire con i fautori di una equità grossolanamente fattuale — alla « bon juge Magnaud », per intendersi —, né con i giusliberisti alla Bülow, alla Wurzel, alla Stampe propugnatori di un giudice legislatore del caso concreto. Di più: Ascarelli è lontano da una adesione alle teoriche dell'istituzionismo ⁽¹¹²⁾, non sembra nutrire soverchia simpatia per Santi Romano e, come i sani giuristi della più pura tradizione liberale, maneggia con qualche diffidenza la « rischiosa » dottrina della pluralità degli ordinamenti giuridici ⁽¹¹³⁾.

È questo il punto, ed è qui che la sua eresia diventa singolare: Ascarelli è nel solco della tradizione liberale ⁽¹¹⁴⁾ e la sua posizione è di grande rispetto per il sistema di garanzie individuali elaborato in seno allo Stato borghese; per lui lo Stato è un valore, e non cede alle estrosità di chi vuol deporre una concezione normativistica del diritto ⁽¹¹⁵⁾. La sua stessa ideologia politico-economica la si potrebbe

chezza al venerabile patriarca della scienza giuridica italiana e suo ideale interlocutore: « è così che mi son trovato lontano dalla tradizione » (*In tema di interpretazione ed applicazione della legge*, cit., p. 157).

⁽¹¹²⁾ Affermerà nel '28: « nelle pagine precedenti, ed è bene avvertirlo fin d'ora per evitare equivoci, ho parlato di ordinamento giuridico nel senso incolore nel quale ne parla la dottrina corrente (ad es. FERRARA, *Trattato*, p. 2), non nel senso più preciso di istituzione nel quale ne parla Romano » (*Sul contratto collettivo di lavoro*, cit., p. 183). Affermazione ripetuta sei anni dopo in: *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, cit., p. 491, nota 1. È significativa la citazione del *Trattato* di Francesco Ferrara, che costituisce una delle più ferme reazioni a caldo (siamo nel 1921) al pluralismo romaniano e delle altrettanto più ferme riproposizioni del tradizionale statalismo del civilista moderno.

⁽¹¹³⁾ Cfr. la pagina, sofferente di qualche ambiguità ma chiara nella sua sostanza di fondo, che Ascarelli ha scritto nel saggio sulle lacune (*Il problema della lacune e l'art. 3 disp. prel. cod. civ. (1865) nel diritto privato*, ora in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., p. 213).

⁽¹¹⁴⁾ « confesso che non ho nessuna paura di pronunciare la parola capitalismo e non credo costituisca una necessità del ben vestire quella di dichiararsi ad ogni momento anticapitalistici; appartengo ad una classe borghese e capitalistica (*Il diritto comparato e la rivoluzione agraria*, in *Dopo il primo convegno internazionale di diritto agrario — Valutazioni e prospettive in un incontro di giuristi italiani*, Firenze, 22-24 ottobre 1955, Milano, Giuffrè, 1958, p. 59).

⁽¹¹⁵⁾ « prescindendo dall'antitesi che, secondo la dottrina del Romano, sussiste tra ordinamento e rapporto giuridico, per rimanere per il momento fedele alla concezione tradizionale del diritto, che risolve il diritto in norma, inteso questo termine nel senso

qualificare come un liberalismo condito — alla Vivante — di istanze solidaristiche, o, se si preferisce, una socialdemocrazia di stampo liberale ⁽¹¹⁶⁾. La sua è, in altre parole, l'eresia di un giurista perfettamente ortodosso, che le convinzioni storicistiche — dettategli da un deciso neo-idealismo ⁽¹¹⁷⁾ costringono a indossare le vesti del pluralista.

Pluralismo però da cogliersi all'interno dello Stato, concepito questo — ovviamente — non come apparato bensì aperto il più possibile alla società civile; pluralismo però che non deve distruggere quei risultati di sicurezza, certezza e libertà individuale assicurati dalla legalità borghese.

più lato» (*Sul contratto collettivo di lavoro*, cit., p. 183). Del resto, estremamente indicativo è il suo modo di risolvere l'annoso tema-problema della persona giuridica che, innestandosi sul più ampio tema delle formazioni sociali, avrebbe potuto essere colto alla luce di una dimensione istituzionale. È noto come seccamente lo risolve Ascarelli: « non v'è, indipendente dalla normativa, una «personalità giuridica»; v'è solamente la normativa espressa ricorrendo alla personalità»; « il ricorso alla personalità » ha valore strumentale e « reale » (nel mondo giuridico) è la normativa»; « l'affermazione o la negazione della personalità giuridica costituisce una denominazione riassuntiva di una normativa » (*Considerazioni in tema di società e personalità giuridica* (1954), ora in *Saggi di diritto commerciale*, cit.; le citazioni sono, rispettivamente, alle pp. 134, 169, 171, 172).

⁽¹¹⁶⁾ Direi che si ataglia perfettamente a lui quanto scriveva a proposito di Vivante in un sintetico, pregevole schizzo dello sviluppo della scienza commercialistica italiana: « un effettivo liberalismo si univa a un solidarismo sociale che guardava con simpatia all'ascesa delle classi proletarie, nella fiducia in un progresso economico largamente fondato sulla libera iniziativa » (*La dottrina commercialistica italiana e Francesco Carnelutti*, in *Problemi giuridici*, tomo secondo, Milano, Giuffrè, 1959, p. 985). È singolare come egli ami sottolineare con chiaro compiacimento — e non una sola volta (v., per esempio, Lorenzo Mossa, in *Rivista trimestr. di diritto e procedura civile*, XI (1957), p. 739, e *La dottrina commercialistica italiana e Francesco Carnelutti*, cit., p. 984) — che la prolusione di Vivante per la ascesa alla cattedra romana di diritto commerciale nel 1902 venne pubblicata da Turati sulla *Critica sociale*.

⁽¹¹⁷⁾ Ascarelli confessa spesso di essersi nutrito della lettura di Croce e di Gentile (eloquente la recensione che — ventitreenne — redasse sui *Contributi ad una critica gnosologica della giurisprudenza* di Angelo Cammarata e pubblicò sulla *Rassegna bibliografica delle scienze giuridiche*, I (1926)), di avere impostato i suoi problemi « nel quadro della filosofia idealistica » (*Contrasto di soluzioni e divario di metodologie*, cit., p. 564), « con chiara ispirazione neoidealista » « crocianamente » (*In tema di interpretazione ed applicazione della legge*, cit., pp. 153 e 156).

È dal congiungersi in uno stesso personaggio di idealità ed esigenze profondamente diverse che scaturisce la singolarità della testimonianza ascarelliana. Il passo, che per comodità del lettore trascriviamo, documenta in maniera esemplare la congiunzione ora accennata: « la necessità fondamentale di tutelare la sicurezza giuridica e la libertà individuale non può nascondere la realtà del concorso dell'interpretazione nello sviluppo del diritto, ma deve indurre a fissare i limiti di questa funzione nella necessaria conciliazione dello sviluppo del diritto e della sua applicazione a casi sempre diversi da un lato e della sicurezza giuridica, dell'applicazione secondo criteri costanti dall'altro. La tecnica dell'interpretazione costituisce appunto lo strumento per raggiungere questa conciliazione » (118).

È un nodo concettuale ripetuto infinite volte (119) — come capita sempre ad Ascarelli che ama martellare i capisaldi del suo pensiero —, ma qui con particolare intensità: due sono le forze che percorrono il diritto, e in direzione opposta; tendono l'una alla rigidità l'altra alla elasticità; e due sono le esigenze fondamentali, quella della certezza e della libertà individuale garantite dalla legge nel sistema del diritto borghese, quella del continuo adeguamento al divenire sociale garantita dalla interpretazione.

Ascarelli, figlio compiaciuto della civiltà capitalistica ma culturalmente storicista convinto, tende a superare questo urto di contrarii e cerca di capire il problema delle fonti nel moderno diritto continentale con gli unici strumenti che egli riconosce come autenticamente critici nelle mani del giurista, e cioè con la comparazione verticale e orizzontale; soprattutto con la prima. E lo storicista indossa di buon grado le vesti dello storico del diritto con l'intento preciso di mettere a nudo le radici più riposte. In quel modello di indagine storico-giuridica che è « L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione », che appare in lingua portoghese nel 1945 e in italiano nel 1949 inserito nella raccolta dei « Saggi

(118) *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, cit., p. 88.

(119) Tre esempi: *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, cit., p. 77; *Prefazione a Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., p. XL; *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, cit., p. 481.

giuridici», viene attuato — sia detto a disdoro della corporazione degli storici del diritto cui pure appartengo — il primo tentativo in Italia di cogliere criticamente il grande fenomeno della codificazione del diritto privato nei paesi di *civil law*; senza atteggiamenti apologetici, con un ricco strumentario storico-economico e storico-filosofico, analizzando sempre tutto nel filtro delle cariche ideali ma anche dei sotterranei moventi ideologici ⁽¹²⁰⁾. La storia segnalava spietatamente il nesso intensissimo fra classe borghese al potere, economia liberistica, Stato moderno e panlegalismo nell'area dell'Europa continentale, ed esaltava il monopolio che del giuridico, anche del diritto privato, veniva realizzato ⁽¹²¹⁾; un monopolio che il costante contrappunto con il *common law* giungeva ancor più a sottolineare ⁽¹²²⁾.

Il Codice rivelava il suo carattere costituzionale e il rigido legalismo mostrava un palese vincolo con l'ordine pubblico: la legge, fonte ormai divenuta di qualità superiore e perciò gerarchicamente primaria, garantiva sì il controllo giuridico dell'assetto economico della società e gli assicurava una connotazione marcatamente individualistica, ma costituiva anche la pietra tombale di un vero pluralismo e un pesante strumento espropriativo. Il parossismo legislativo si era trasformato, né più né meno, in assolutismo giuridico; l'interpretazione era divenuta esegesi ⁽¹²³⁾; il diritto si era sclerotizzato in una regola rigida e indisponibile correndo in tante occasioni il rischio di separarsi dal mutamento sociale e, magari, anche di contrappórvisi.

Da qui il tentativo di Ascarelli di occuparsi del problema con dedizione e fedeltà, rimboccandosi — per così dire — le maniche fino alle ascelle. In questa operazione furono coinvolti senza rispar-

⁽¹²⁰⁾ *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, cit., p. 42 ss. Ciò sia detto senza nulla togliere agli studii pionieristici di Gioele Solari, che ebbero il grande merito, quasi cento anni fa, di analizzare la codificazione del diritto privato quale espressione dell'individualismo moderno.

⁽¹²¹⁾ *Ibidem*, p. 45 ss.

⁽¹²²⁾ *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, cit., pp. 45-48.

⁽¹²³⁾ « per ricondurre l'attività dell'interprete nell'ambito di uno sviluppo euclideo delle premesse poste dal legislatore » (*Prefazione a Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., p. XXIX).

mio sia il borghese immerso nella economia capitalistica sia l'uomo di cultura, né v'ha dubbio alcuno — e questo va detto a onore del Nostro — che vinse il secondo. In altre parole, la cultura vinse sull'ideologia.

Se egli volle e tentò una conciliazione fra le opposte esigenze, la dimensione culturale ebbe infatti una netta prevalenza. Ad Ascarelli — all'Ascarelli di sempre, ma con un crescendo di convinzione, via via che lo studioso si faceva più maturo — un risultato appariva aberrante nel sottile, capillare capovolgimento che del sistema delle fonti aveva fatto il diritto borghese, e cioè la cacciata dell'interpretazione fuori dal geloso recinto della produzione giuridica e la riduzione del diritto alla volontà autoritaria espressa dalla legge.

Un risultato appariva invece da conseguire: recuperare al diritto la interpretazione, tornare a inserirla tra le forze vive dell'universo giuridico come era stato provvidamente nei momenti — ben noti e cari ad Ascarelli — del diritto romano e del diritto comune, e come era tuttora nel pianeta del *common law*.

Il crescendo di cui si diceva è l'intensificarsi del suo consueto atteggiamento storicistico: la legge gli sembra sempre più una crisalide risecchita, resecata da quel « diritto vivente »⁽¹²⁴⁾ che monta dal sociale e che nel sociale alligna e prospera; soprattutto nell'ultimo Ascarelli — e l'abbiamo già accennato — la legge si identifica in un testo.

Un testo, un *corpus iuris* precostituito, un dato — per usare la sua ricorrente terminologia⁽¹²⁵⁾. Ma un dato soddisfa il chimico, il fisico, il naturalista insomma; o può soddisfare quel teologo non modernista che si compiace di immobilizzare la lettura del messaggio rivelato; certamente non può soddisfare il giurista il cui universo è un universo di valutazioni.

E a tutti quegli orgogliosi corifei del diritto borghese, che avevano predicato la completezza dell'ordinamento giuridico quale estremo atto liturgico alla onnipotenza della legge, Ascarelli urla la

(124) Immagine ascarelliana. Cfr. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, cit. p. 67 ss.

(125) Enunciazioni limpide in: *Norma giuridica e realtà sociale*, cit.; *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, cit.; *Processo e democrazia*, cit., *Ordinamento giuridico e processo economico*, cit., *Introduzione a Problemi giuridici*, cit.

sgradita verità che l'ordine giuridico, nella sua dimensione statica, non è occasionalmente ma necessariamente incompleto ⁽¹²⁶⁾, perché ogni momento di quell'ordine non va immobilizzato in una sorta di fissità metastorica ma va sorpreso come anello di una catena ininterrotta, momento aperto e proiettato verso il futuro, al centro di uno sviluppo che è connaturale al suo carattere di corpo vivente e che sarebbe perciò innaturale interrompere e anche soffocare.

Soprattutto nell'ultimo Ascarelli, ultimo grado di consapevolezza di una intuizione costante, il diritto non è *dato* ma è *processo*: un processo che trova nel testo il suo insopprimibile avvio ma che non può arrestarsi al testo, pena il restare un moncone fuori della storia, cioè fuori della realtà sociale; un processo che si completa e si compie unicamente grazie alla interpretazione-applicazione ⁽¹²⁷⁾, con una specie di moto perpetuo, che è imposto dalla intima storicità, e quindi dall'incontenibile sviluppo, del diritto: dal testo alla norma vivente per il tramite della interpretazione; la norma vivente che, a sua volta, si cristallizza in un testo; e ancora un testo che la futura interpretazione si premurerà di proiettare nella vita ⁽¹²⁸⁾.

I risultati sono relevantissimi, e conviene segnarli con accuratezza. Legge/testo e interpretazione sono, a pari titolo, momenti insopprimibili del processo formativo del diritto, ma momenti di una unica storia ⁽¹²⁹⁾, impensabili l'una senza l'altra, tanto da poter

⁽¹²⁶⁾ Citiamo una affermazione fra le tante: *Prefazione a Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit. p. XX.

⁽¹²⁷⁾ Trascriviamo quattro frammenti significativi: « alla contrapposizione tra una legge data e statica e una interpretazione meramente esplicativa della prima, bisogna sostituire l'unità di una legge che si svolge e si sviluppa nella sua interpretazione » (*Antigone e Porzia*, cit., p. 14); « legislazione e interpretazione quali momenti di un procedimento » (*Processo e democrazia*, cit., p. 32); « coscienza dell'interpretazione come momento di un processo che è quello stesso dello sviluppo del diritto, diritto che non costituisce un dato preordinato e fisso, ma una continua esperienza » (*Ordinamento giuridico e processo economico*, cit., p. 41); « diritto come processo che va da un testo dato o da una regola osservata ad una applicazione attraverso una sempre nuova posizione normativa, grazie appunto all'interpretazione, continua mediatrice fra il passato e il futuro, fra un dato costituito e una volontà d'azione » (*Introduzione a Problemi giuridici*, cit., p. X).

⁽¹²⁸⁾ *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, cit. p. 140.

⁽¹²⁹⁾ Le parole — più che mie — sono di Ascarelli: « unità di una esperienza

giungere ad affermare che «la norma è sempre e solo quella interpretativamente formulata» e che «in realtà non esiste se non nella sua applicazione»⁽¹³⁰⁾. Il diritto è sostanzialmente interpretazione, ma non si avrebbe interpretazione senza il punto fermo e certo, vera e propria garanzia di stabilità e di sicurezza, del testo da interpretare.

L'interpretazione non è, come nel diritto borghese codificato, al di fuori della formazione del diritto, appendice esterna e cagione della sua instabilità; è, al contrario, elemento interno, l'unico che garantisce il diritto nella sua storicità⁽¹³¹⁾, l'unico che costituisce la condizione di socializzazione del testo⁽¹³²⁾.

L'interpretazione è anche condizione per la positività del testo⁽¹³³⁾; il testo non è diritto positivo finché la società non se ne riappropria e lo fa regola applicata e accettata, il che avviene solo con il processo interpretativo⁽¹³⁴⁾.

La legge non interpretata è muta perché incapace di farsi intendere da sola⁽¹³⁵⁾ ed è una astrazione inutile perché incapace, da sola, di tradursi in regola.

Il risultato finale di tutto questo sforzo riflessivo, ed anche quello che mi sembra meritevole di essere additato all'odierno giurista, è proprio il recupero che Ascarelli fa della interpretazione all'interno del diritto⁽¹³⁶⁾ e «al centro dello sviluppo del di-

giuridica nella quale legislatore e interprete concorrono come momenti successivi di una unica storia» (*Processo e democrazia*, cit., p. 33).

⁽¹³⁰⁾ *In tema di interpretazione ed applicazione della legge*, cit., p. 154. Si veda anche: *Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica*, cit., p. 180.

⁽¹³¹⁾ *Norma giuridica e realtà sociale*, cit., pp. 74 e 80; *Ordinamento giuridico e processo economico*, cit., p. 64.

⁽¹³²⁾ *Contrasto di soluzioni e divario di metodologie*, cit., pp. 564-65.

⁽¹³³⁾ In *Antigone e Porzia*, cit., p. 11, egli insiste sulla «esatta portata della norma di fronte al caso concreto, che è poi cammino imprescindibile della sua stessa applicabilità e perciò della sua stessa positività».

⁽¹³⁴⁾ «il dato posto si fa attraverso l'interpretazione per l'applicazione norma attuale ... né fuori dall'interpretazione il dato posto può farsi norma e tradursi in regola» (*Norma giuridica e realtà sociale*, cit., p. 90).

⁽¹³⁵⁾ *Prefazione a Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., *passim*.

⁽¹³⁶⁾ Fra i tanti: *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, cit., p. 486.

ritto» (137), di un diritto inteso non come *dato* ma come *processo*.

Resta un punto delicato da chiarire, ed è proprio la composizione — da cui siamo partiti —, la difficile composizione tra l'esigenza di certezza e di sicurezza e quella dell'adeguamento e dello sviluppo, difficile perché sembra insormontabile l'antinomia di una interpretazione che è creativa ma che, in quanto interpretazione, non può non collegarsi a un testo.

Ascarelli è puntuale: fonte di diritto non è la scienza, o la giurisprudenza pratica isolatamente prese, ma lo è la scienza, la giurisprudenza (e anche operatori nella pratica degli affari e « profani ») in quanto interpreti, in quanto si pongano in rapporto di continuità con soluzioni anteriori; la norma posta dall'interprete — che è costruttore e creatore — deve sempre avere un rapporto di derivazione dalla norma data. Il primo momento della interpretazione è infatti la « intelligenza » del *corpus iuris* precostituito (138), perché è da questo che sarà argomentata (139) la norma nuova costruita in funzione del caso.

Ma una domanda si impone: fino a che punto quella intelligenza e quella argomentazione — insomma, quella funzione dichiarativa — saranno condizionanti? Non costituiranno esse un freno, e quindi un soffocamento, dello sviluppo del diritto? Ascarelli parla talora di armonizzazione (140) del nuovo col vecchio, ma arriva a ipotizzare anche una inversione di risultati (141); in questo caso la continuità resta un vincolo formale e quella interpretazione si riduce soltanto a un fatto tecnico, cioè ad essere riferimento a un testo (142).

Lo storico del diritto né si meraviglia né si straccia le vesti: quel grande universo storico-giuridico che siamo soliti chiamare *ius commune* e che dura ben oltre l'età medievale fino alle soglie della codificazione è soprattutto « interpretazione », interpretazione costruttiva e creativa di un diritto nuovo, effettivo, però sempre sulla

(137) Prefazione a *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., p. XXIV.

(138) *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, cit., p. 182.

(139) *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, cit., pp. 485 e 487.

(140) *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, cit., p. 61.

(141) *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, cit., p. 491, nota 8.

(142) Importanti le considerazioni che Ascarelli svolge nello studio citato alla nota precedente (in particolare p. 492).

base di una « legge » romana assunta a semplice supporto di validità, e perciò talora e forse spesso a semplice supporto formale. È una realtà storica che Ascarelli conosce a menadito per averla studiata approfonditamente con il possesso pieno di tutti i complicati ferri del mestiere, ed è greve di significato la constatazione che proprio con un riferimento preciso al diritto comune egli cominci il suo saggio sull'idea di Codice ⁽¹⁴³⁾.

Ascarelli pensa sicuramente alla interpretazione di glossatori e commentatori quando elabora i tratti della « sua » interpretazione. C'è solo questo, tuttavia, da precisare: che i dottori medievali agivano in un universo giuridico aperto e sfaccettato, ispirato al più deciso pluralismo e ignaro dell'ingombrante produttore e monopolizzatore del diritto che è lo Stato moderno. Essi erano, come ho creduto di sottolineare in un recente lavoro di sintesi ⁽¹⁴⁴⁾, profondamente « soli », intendendo per solitudine la assenza accanto ai giuristi di un potere politico protettivo e condizionante, la assenza (o quasi) di un legislatore contemporaneo riducendosi la dimensione legislativa a una « legge » giustiniana vecchia di parecchi secoli.

L'interprete di Ascarelli, ben immerso nella legalità borghese, vive all'interno di forti strutture statuali, in un clima di esasperata esaltazione della dimensione legislativa, quella dimensione legislativa che lo stesso Ascarelli — giurista « borghese » — non è disposto a vanificare perché garanzia di certezza e di tutela delle libertà individuali ⁽¹⁴⁵⁾.

Ed affiora irriducibile l'antinomia, che Ascarelli tenta di conciliare e risolvere per il tramite della interpretazione ⁽¹⁴⁶⁾; e il discorso ascarelliano si vena di aporeticità, si dimostra coraggioso, anche eticamente e culturalmente coraggioso, ma insoddisfacente.

⁽¹⁴³⁾ *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, cit. p. 41.

⁽¹⁴⁴⁾ *L'ordine giuridico medievale*, Bari, Laterza, 1997^a, *passim*.

⁽¹⁴⁵⁾ Tanto che Ascarelli — lui, il coniatore di una teoria dell'interpretazione come momento altamente creativo — non esita ad affermare che « la dichiaratività dell'interpretazione costituisce una garanzia della libertà ed uguaglianza individuale (*L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, cit. p. 77).

⁽¹⁴⁶⁾ È nel saggio citato alla nota precedente una pagina in cui si saldano fortemente tecnica dell'interpretazione, adattamento del sistema, osservanza rigorosa di continuità; e dove, nella teoria dell'interpretazione, è la soluzione dell'antinomia, implicita in forze conpresenti che si contraddicono (pp. 68-69).

Resta però un messaggio da raccogliere e meditare: il diritto come processo, come realtà che aborrisce da chiusure e che è anzi proiettata, aperta e disponibile, verso la vita; l'interpretazione come elemento interno alla struttura del diritto, come dimensione dinamica di esso, quasi il diritto stesso che vive e si sviluppa nel tempo e nello spazio.

8. Ma v'è un secondo messaggio forte che l'odierno giurista dovrebbe raccogliere tra il fascio delle tante sollecitazioni ascarelliane e meditare con attenzione. Riguarda la posizione e il ruolo dell'interpretazione.

Ascarelli ha cura di avvertire insistentemente che « i criteri che presiedono all'interpretazione ... attengono ... alla struttura costituzionale dell'ordinamento »⁽¹⁴⁷⁾, che « la tecnica dell'interpretazione... concorre nel caratterizzare ogni sistema... costituendo, realmente, un elemento della struttura costituzionale di ogni paese »⁽¹⁴⁸⁾, che « i vari criteri interpretativi così come la teoria delle fonti... attengono alla fine all'ordinamento costituzionale della produzione della norma »⁽¹⁴⁹⁾.

È una intuizione, che lo storicista Ascarelli ha avuto da sempre e che troviamo già segnata con precisione nello studio giovanile sulle lacune dove, in una pagina che reca ancora timidità e incertezze, è pur sottolineata con vigore « una prevalente ragione di indole politica e costituzionale »⁽¹⁵⁰⁾ come determinante e condizionante per tutta la dottrina ermeneutica del diritto.

È evidente che si deve al suo lavoro autonomo di storico del diritto l'emersione netta di questa percezione, soprattutto alle sue indagini sulla storia dell'idea di Codice⁽¹⁵¹⁾. È attraverso di esse che si profila netto il nesso inscindibile fra teoria dell'interpretazione,

⁽¹⁴⁷⁾ *Prefazione a Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., p. XXXIII.

⁽¹⁴⁸⁾ *Norma giuridica e realtà sociale*, cit., p. 87.

⁽¹⁴⁹⁾ *In tema di interpretazione ed applicazione della legge*, cit., p. 157.

⁽¹⁵⁰⁾ *Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. cod. civ. (1865) nel diritto privato*, cit., pp. 212-15.

⁽¹⁵¹⁾ *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, cit., p. 46 ss.

teoria delle fonti, teoria della divisione dei poteri ⁽¹⁵²⁾ e, per ciò stesso, la posizione di ogni dottrina ermeneutica ben al di sopra del terreno innocuo delle tecniche giuridiche ma, al contrario, posta al centro di un nuovo assetto « costituzionale », di un nuovo Stato, di nuovi rapporti fra diritto e potere politico, che il pianeta moderno andava costruendo con cocciuta decisione.

La interpretazione collocata fuori del diritto e quasi contrapposta ad esso, fuori del suo meccanismo produttivo, una interpretazione semplicemente dichiarativa di quanto in altra sede si è pensato e realizzato, tutto questo è parte di un progetto politico che non coglie soltanto il diritto ben all'interno dello Stato ma lo coglie come voce esclusiva dello Stato, strumentale al potere costituito.

L'individualismo economico moderno, che è l'autentica costituzione materiale dello Stato borghese, pretende l'affidamento della produzione giuridica al potere politico — che è potere borghese — diffidando di forze sfuggenti quali la scienza e la giurisprudenza pratica. Si realizza quel monopolio che Ascarelli, certamente non antistatalista ma certamente pluralista, denuncia ripetutamente con forza ⁽¹⁵³⁾.

Di questo progetto politico, che il Nostro sorprende nella sua sicura origine sette-ottocentesca e che gli si mostra pertanto legato a una certa ipotesi storica di Stato, si segnala nelle pagine ascarelliane la inconfondibile storicità; conseguentemente, l'esigenza della sua revisione alla luce dello sviluppo storico, ampio e profondo, che concezioni e prassi dello Stato e del diritto hanno subito nel maturo Novecento. Abbiám visto più sopra come il « borghese » Ascarelli non ne proponga iconoclasticamente una distruzione, bensì una revisione critica: la divisione dei poteri non può essere intesa in modo esasperatamente rigido ⁽¹⁵⁴⁾, il monopolio legislativo deve cedere al pluralismo, la dichiaratività della interpretazione — che ha pure un valore per la sicurezza e la libertà dell'individuo — deve aprirsi al mutamento sociale e integrarsi per il tramite prezioso della interpretazione-applicazione.

⁽¹⁵²⁾ E che, poi, Ascarelli riprende e riafferma nei suoi studi a contenuto teorico. Cfr., per un esempio illuminante, *Norma giuridica e realtà sociale*, cit., p. 98.

⁽¹⁵³⁾ *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, cit., p. 78; *Prefazione a Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit. p. XXXIII.

⁽¹⁵⁴⁾ *Norma giuridica e realtà sociale*, cit., p. 99.

Il messaggio di Ascarelli è forte ed è prezioso perché, legando con lucida diagnosi « storiografica » una certa idea di interpretazione a una certa realtà storica di Stato, contribuisce a relativizzarla. L'odierno giurista dovrebbe trarne argomenti e sollecitazioni per destarsi dalla sua sonnolenza e reclamare quella revisione del problema delle fonti del diritto e dei criteri di interpretazione che non possono essere ancora affidati all'art. 12 delle nostre preleggi, articolo datato, incredibilmente vecchio e soprattutto incapace di registrare quella inversione di tendenza e quel sensibile mutamento che ha significato per il nostro ordinamento l'entrata in vigore della Costituzione del 1948.

È sacrosanto che non esista una dottrina ermeneutica « esatta » e una « sbagliata », come ha tante volte scritto e insegnato Ascarelli; esistono, o possono esistere, varie e diverse dottrine ermeneutiche e quindi criteri e tecniche diversi in relazione a vari e diversi assetti costituzionali, perché quelle dottrine, quei criteri, quelle tecniche sono speculari di grosse scelte che si verificano a livello di filosofia e teoria politiche.

È allora sacrosanto che, in coerenza con questa intima storicità, si sia disponibili a rivederli e magari a capovolgerli nelle loro fondazioni riposte. Ma l'odierno giurista — mi riferisco, ovviamente, al privatista —, che resta, silenziosamente ma pervicacemente, uno statalista e un legalista, che si riconosce ancora nell'insopportabile brocardo dell'interprete *servus legis* e *vox legis*, che è abbastanza insensibile al pluralismo della nostra carta costituzionale, sembra appagato e tranquillizzato dall'ombra protettiva del legislatore. E i costi di questo misoneismo sono la crisi del diritto che abbiamo, ohimè!, quotidianamente di fronte ai nostri occhi.

9. « L'interprete è tenuto all'osservanza di un criterio di continuità (che si traduce appunto in una tecnica dell'interpretazione), ma anche concorre nel costituire il diritto in ogni momento vigente » ⁽¹⁵⁵⁾. Una frase siffatta, contenuta nella programmatica « prefazione » premessa da Ascarelli, nel '52, alla raccolta dei suoi studi comparatistici, può egregiamente fungere da suggello a tutto

⁽¹⁵⁵⁾ *Prefazione a Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit. p. XXXIII.

quanto si è detto finora e ad introduzione di quanto ora si sta per dire al fine di completare il disegno di quel modello complesso di operatore culturale che è il giurista ascarelliano.

Non desta certamente sorpresa che questo giurista, investito di una funzione creativa e a cui è affidato l'adeguamento dell'ordine giuridico nella sua vita senza cesure, sia un costruttore dell'ordine stesso: è un risultato già enunciato e documentato nelle pagine precedenti. Giova invece attardarci sul modo con cui Ascarelli lo vuole impegnato in quest'opera di costruzione; gioverà soprattutto alla comprensione di una lunga e intensa orditura riflessiva nelle sue supreme coerenze e anche nelle sue venature antinomiche.

Innanzitutto, una considerazione: il Nostro, quando pensa al suo paradigma di giurista, non ha certo in mente la laboriosa ma sterile formica esegetica (preziosa ma sterile come ogni formica operaia); il « viaggiatore giuridico » ha sempre presenti nella sua testa fertile due diversi modelli, per larga parte coincidenti almeno come metodologia ermeneutica, e cioè l'interprete di diritto comune e il *common lawyer* ⁽¹⁵⁶⁾. Direi: soprattutto il primo. Non è infatti un caso che egli vi faccia larghissimo riferimento nello studio iniziale sulle lacune ⁽¹⁵⁷⁾ e che in uno dei suoi contributi conclusivi, « Antigone e Porzia », il vero protagonista secondo la rivisitazione ascarelliana del dramma di Shakespeare ⁽¹⁵⁸⁾ sia Porzia nel suo travestimento da « dottore » patavino ⁽¹⁵⁹⁾ e cioè da saggio che, sfruttando la propria sapienza tecnica ma anche la propria fantasia, risolve grazie alla sua *interpretatio* il problema insolubile per il non tecnico.

Seguiamo, con un po' d'agio, Ascarelli nel suo ragionare, ché sarà utilissimo per il nostro discorso: « il *deus ex machina* di questo

⁽¹⁵⁶⁾ Quella che è, forse, la sua fatica ultima consiste nella edizione di un « classico » del *commow law*, con una introduzione che è un vero e proprio trattato autonomo.

⁽¹⁵⁷⁾ *Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. cod. civ. (1865) nel diritto privato*, cit., pp. 221.

⁽¹⁵⁸⁾ Che, come ognuno può capire, è il celeberrimo *Mercante di Venezia*.

⁽¹⁵⁹⁾ È interessante una notazione (cfr. *Antigone e Porzia*, cit., p. 10, nota 1) che il « viaggiatore giuridico », reduce dal lungo esilio in quella terra brasiliana dove il diritto comune aveva avuto vigenza fino al pieno Novecento, fa su un uso linguistico portoghese testimonianze l'enorme rilevanza della scienza patavina (e io direi — non certo per patriottismo culturale — scienza giuridica patavina).

dramma che finisce in letizia è così l'artificio interpretativo di Porzia. Porzia afferma la validità del patto; non si ribella, non lo taccia di iniquo. Però lo interpreta e, interpretandolo, lo riduce a nulla. La legge positiva è salva, ma pure superata ... la sua [di Porzia] fantasia ci propone appunto il problema della interpretazione della norma ... il dramma si risolve non già negando il patto, ma affermandolo nella sua validità, interpretandolo e distruggendolo » ⁽¹⁶⁰⁾.

Il dottore patavino, cioè il dottore di diritto comune, sembra essere per Ascarelli l'immagine emblematica dell'interprete: è formalmente vincolato a un testo valido, il testo romano, con cui non può non porsi in rapporto di continuità, ma il vincolo è ben spesso di indole formale, il riferimento a un punto fisso autoritativo, mentre la sua opera interpretativa — anche se sempre sotto la protezione del frammento classico — si snoda in perfetta adesione ai nuovi fatti economico-sociali. Ciò che ha sempre impressionato Ascarelli fin dai suoi studi esemplari sulla moneta è la costruzione che una scienza sensibile e responsabile fa durante il secondo medioevo di un nuovo ordine giuridico coerente e adeguato a una società che si andava profondamente trasformando e che si allontanava sempre di più dagli schemi semplici della società antica; glossatori e commentatori gli si mostravano nella veste nobilissima e quasi eroica di intellettuali che, in un universo culturale dominato dal principio di autorità, riuscivano con fatica e in grazia delle loro capacità tecniche a dare alla società del rinascimento medievale una efficace veste giuridica, coniando una dommatica nuova e inserendo in nuove categorie gli strumenti inventati dalla pratica dei porti e dei mercati mediterranei.

Ascarelli trasportò quel modello di giurista nella realtà a lui contemporanea, dove il divenire sociale ed economico galoppava con gran corsa e dove gli strumenti offerti dai Codici apparivano addirittura paleolitici con il loro esclusivo rapportarsi a una società agraria, a una ricchezza identificata ancora nel fondo rustico, e dove il diritto commerciale si raggrinziva in un nucleo di privilegi per quel soggetto socialmente forte e degno di rispetto da parte del potere che era il commerciante. La creatività della interpretazione,

⁽¹⁶⁰⁾ *Antigone e Porzia*, cit., p. 11.

che ha in Ascarelli le fondazioni culturali e filosofiche che sappiamo, fu sollecitata dal suo « mestiere » di commercialista, di commercialista non esegeta di un testo ma contemplatore curioso di un assetto economico mondiale in profonda e rapida trasformazione.

I suoi banchi di prova sono istituiti dalla dirimpente novità, anche se si venivano a radicare in vecchi schemi. Si trattava, in particolare, dei grandi temi-problemi dell'economia del maturo Novecento, e cioè impresa, concorrenza, moneta, titoli di credito. Qui si imponeva un lavoro di autentica costruzione da parte del giurista, qui il giurista doveva dimostrare di possedere una doppia valenza, essere lettore dei fatti economici, essere però anche il loro traduttore in schemi tecnici che consentissero la costruzione di un sistema, di un sistema assicuratore di universalità, di solidità, di affidamento nella instabilità della pratica degli affari.

Così come il *sapiens* della vivacissima età comunale, l'interprete del pieno secolo ventesimo è chiamato, come abbbiam visto, ad un mestiere complesso, giacché deve aver sensibilità per tutto ciò che si muove fuori del diritto, e lo preme, e lo plasma, ma deve, allo stesso tempo, dimostrarsi giurista nel compiuto dominio della sua inconfondibile e ordinante grammatica. Era una figura di interprete-costruttore che Ascarelli modellava innanzi tutto su se stesso, su come aveva sperimentato nella sua vicenda personale la capacità di rispondere e corrispondere a quel nodo di esigenze e di domande. E qui occorre sgombrare in maniera dichiarata un possibile equivoco che le pagine precedenti dovrebbero avere implicitamente allontanato.

Ascarelli, sulla cui bocca affiorano tante proposizioni ereticali, è un giurista ortodosso, con una ortodossia a tutta prova. Se, in precedenza, abbbiam parlato della sua ortodossia riferendoci al suo perfetto inserimento nella società capitalistica, al suo essere fino in fondo un borghese, al suo non cedere mai a tentazioni di sovvertimento della società moderna, ora dobbiam riferirci a un'altra ortodossia consistente nella corrispondenza a un'immagine di giurista come tecnico del diritto.

Nessun giureconsulto più di lui ha parlato di storia e di storicità e ha maneggiato espertamente i fatti storici; nessuno più di lui ha ficcato a fondo lo sguardo nella incandescenza della realtà economica; nessuno più di lui si è nutrito di filosofia leggendo assetato le

pagine appartenenti alle scuole più disparate. Ma si sbaglierebbe di grosso nel credere che tutto questo arricchimento culturale abbia « contaminato » o almeno sfumato il suo esser giurista e il suo sapere specifico di giurista. E sbaglierebbe chi credesse di capire Ascarelli stazionando nei comodi e facili vestiboli dove si parla di metodo, di ideologie, di sociologismi rimanendo nel vago di un discorso liminale necessariamente fumoso.

Per capire Ascarelli occorre invece osservarlo nel suo mestiere di giurista provvedutissimo, al centro del suo laboratorio di stregone giurista, uno stregone padrone come pochi dello strumentario d'un fornitissimo laboratorio tecnico. Egli è, anche sotto questo profilo, un giurista ortodosso che non ha nulla da spartire con quegli pseudo-giuristi che han prosperato nella fugace stagione immediatamente successiva alla grande contestazione studentesca del '68 sciacquandosi la bocca — tanto per fare un esempio — con facili discorsi sulle ideologie del processo civile e ignorando le non facili architetture massime e minime del vigente Codice di procedura.

Egli non ha alterato l'immagine tradizionale del giurista come grande tecnico; anzi, come tecnico, ha destato l'ammirazione degli addetti ai lavori ed ha così salvato le sue numerose proposizioni ereticali dalla condanna al rogo.

Quella del giurista è autentica « opera di ingegneria »⁽¹⁶¹⁾, ed è pertanto costruttiva: oggetto dell'opera, e risultato della costruzione, è il tessuto degli istituti, assetti di interessi che emergono dall'organizzarsi della vita quotidiana e che l'ingegneria giuridica fissa in schemi categoriali atti a raccogliere e ordinare l'incomposto combinarsi dei fatti esistenziali.

Egli costruisce però da giurista; non edifica dal nulla come il politico o il sociologo, bensì su una base autoritativa che funge da piattaforma di validità, da affermazione della tradizione, da segno di continuità. Rispetto a quella base il giurista si pone, con la sua tecnica interpretativa, quale mediatore fra vecchio e nuovo accollandosi sulle spalle tutto il grave fardello che consegue a ogni mediatore, la cui libertà è sempre condizionata da due opposti in mezzo ai quali si pone mediatore.

⁽¹⁶¹⁾ *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, cit., p. 87.

Ascarelli, che ha sempre presente questa complessa problematica, si pone in modo pressante il problema al momento del suo ritorno in Europa dall'esilio brasiliano, quando contempla una nuova realtà economica bisognosissima di nuovi ordinamenti; ed è infatti del 1946 il suo saggio più carico di percezioni e intuizioni, che ha già, nella felice intitolazione, segnata tutta la propria carica progettuale: « Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione ».

Il giurista è sorpreso immerso in una società in trasformazione, non alieno da essa, non isolato in essa, non impermeabile da essa e dalle forze che la percorrono; al contrario, inserito nella lotta fra certo e giusto ⁽¹⁶²⁾, nella dialettica fra continuità e mutevolezza, quasi crocifisso fra queste tensioni opposte cui, da giurista, deve corrispondere mediando e non distruggendo, tessendo un difficile e quasi contraddittorio filo fra tradizione e novità ⁽¹⁶³⁾.

La norma vecchia sarà interpretata e intimamente rinnovata nella sua applicazione al nuovo e nella sua ricostruzione attraverso categorie nuove ⁽¹⁶⁴⁾. Categorie, che ben diversamente dai concetti meramente formali ⁽¹⁶⁵⁾, implicano valutazione della realtà nuova (dalla cui osservazione induttivamente scaturiscono) e ricostruzione della norma vecchia in una attività tipologica e definitoria peculiare al giurista, a ogni giurista di sempre.

La diaspora dei fatti sarebbe irrimediabilmente sfuggente se non vi fosse un ordinatore; la ricchezza della storia, di quella storia quotidiana che interessa il diritto, non potrebbe essere intesa se non valorizzata e contenuta e resa percepibile dalle categorie del giuri-

⁽¹⁶²⁾ *Ibidem*, p. 89.

⁽¹⁶³⁾ « la tecnica dell'interpretazione costituisce in sostanza una tecnica per permettere l'applicazione di un *corpus iuris* preconstituito ai casi sempre nuovi che la vita viene presentando, osservando all'uopo un criterio di continuità storica e di coerenza logica » (*ibidem*, p. 86).

⁽¹⁶⁴⁾ *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, cit., p. 87; *Prefazione a Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., p. XIV ss.; *Economia di massa e statistica giudiziaria*, cit., p. 525; *Prefazione a Saggi di diritto commerciale*, p. 2.

⁽¹⁶⁵⁾ E « astratti da qualunque realtà storica », come « onere », « obbligo », « soggetto giuridico », « diritto », « potere » (v. *Prefazione a Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., p. XV).

sta ⁽¹⁶⁶⁾. I concetti giuridici sono gli strumenti euristici nei quali debbono sposarsi logica formale e sensibilità storica, sapienza tecnica e fantasia (anche fantasia, come nell'atteggiamento di Porzia) ⁽¹⁶⁷⁾: è la difficile combinazione grazie alla quale si avrà il rinnovamento del sistema, giacché la norma data verrà ricostruita dall'interprete per la fenomenologia nuova, ricostruita e rinnovata sul tronco della precedente struttura.

Il mondo del diritto ritorna sempre ad apparire ad Ascarelli nella eterna dialettica fra « struttura » e « funzione »: istituti che vivono e si evolvono nel continuo modificarsi e stravolgersi di vecchie strutture in funzioni nuove, evolvendosi e talvolta contorcendosi come corpi nuovi in vestimenti vecchi. Il giurista che, per la sua sapienza tecnica, conosce bene le articolazioni delle vecchie strutture; il quale, per quel pizzico di fantasia che deve sempre vivificare la sua mente, ha anche lucida percezione dell'orientamento storico, è il personaggio vocato, professionalmente vocato, a questa complicata opera di adeguamento.

10. Che è complicata, anzi complicatissima, ma che Ascarelli trova congeniale al suo temperamento versatile: solo un personaggio attento ai segni dei tempi, curioso di quanto avviene al di là del diritto ma padrone anche della augusta tradizione giuridica e dei meccanismi tecnici interni alle vecchie strutture degli istituti e al sistema del *corpus iuris* precostituito, può capire il divenire della prassi e tradurlo in schemi tipici, quegli schemi, che, soli, sono proprii al diritto.

Come abbiám detto più di una volta, il discorso ascarelliano ha momenti di aporeticità in questa dialettica mai compiutamente risolta tra vecchio e nuovo, ma è doveroso riconoscergli almeno un pregio: si percepisce — e si cerca di tradurre sul piano operativo — che la carica interna dell'universo giuridico è fatta, allo stesso tempo, di stabilità e mutazione, tradizione e innovazione, testo autoritativo

⁽¹⁶⁶⁾ *Prefazione a Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., p. XXV.

⁽¹⁶⁷⁾ E di fantasia parla esplicitamente proprio in due scritti programmatici: *Economia di massa e statistica giudiziaria*, cit., p. 526 e *Prefazione a Saggi di diritto commerciale*, cit., p. 6.

e adeguamento, certezza ed equità. Forze, moventi, esigenze che sarebbe ridicolo ricondurre nell'alveo di una coerenza matematica ma che sarebbe anche miope eludere continuando il troppo facile onanismo sulla legge.

Un possibile ma difficile cammino consiste nel tentativo di conciliazione, croce e grandezza del giurista, e anche l'unica possibilità concreta di lasciare il cantuccio umbratile d'una esegesi rese-cata dalla storia e inserirsi, carico di umanità, magari di contraddizioni, all'interno del flusso storico quale presenza viva ed efficace. Una presenza che il giurista, personaggio complesso e dal mestiere complesso, può assicurarsi combinando in se stesso, congiuntamente, storicismo — cioè sensibilità per quanto preme sul diritto dal di fuori — e sapere tecnico — cioè maneggio compiuto della più raffinata grammatica giuridica.

Ascarelli dette prova di questa perfetta congiunzione in ognuna delle tante battaglie culturali da lui combattute. Noi ne sottolineiamo qui due — sostandovi un poco con qualche riflessione — per il loro carattere decisamente emblematico: l'elaborazione dello schema categoriale del negozio indiretto e la costruzione del contratto plurilaterale. Due « istituti », ma anche qualcosa di più: due campioni usciti dal laboratorio fertile di uno straordinario *sorcier* e, insieme, due proposte metodologiche, due ammonimenti per il lavoro quotidiano del giurista.

Scriveva Ascarelli, chiudendo quel remoto saggio sul negozio indiretto, che mi è sempre parso uno splendido manifesto culturale ⁽¹⁶⁸⁾: « attraverso tutto il campo del diritto possiamo cercare di determinare le vie attraverso le quali un sistema giuridico si sviluppa per rispondere a nuove esigenze, ed i mezzi tecnici cui ricorrono a tale fine l'interpretazione giurisprudenziale e la prassi contrattuale ». Soggiungendo: « È quest'ordine di indagini appunto che mi sono permesso di chiamare « dinamica » giuridica — *indagini che hanno un carattere storico e sociologico ma che per la loro stessa natura, devono tuttavia essere compiute tenendo presente l'aspetto tecnico-*

⁽¹⁶⁸⁾ E che, risalendo nella sua stesura originaria agli anni 1930-31 (cfr. *Giurisprudenza italiana*, 1930 IV, e *Studi in onore di Cesare Vivante*, 1931), testimonia quanto precoce fosse il maturarsi in Ascarelli di una precisa coscienza metodologica, nonché la compattezza e continuità, pur nel naturale sviluppo, del suo pensiero.

giuridico »⁽¹⁶⁹⁾. Singolare epilogo per un saggio riservato agli addetti ai lavori e densissimo di una non facile grammatica giuridica. Lo si spiega e lo si giustifica se lo si avvisa con la stessa coscienza che ebbe il giovanissimo scrittore: di redigere, più che un saggio, un programma, ciò che sopra chiamavo un manifesto culturale. E il negozio indiretto era più l'indicazione di un cammino da seguire che la minuta ricostruzione di un istituto; un cammino però che, come mostra bene la nostra corsivazione del passo ascarelliano, non può essere percorso che con l'ausilio di due stampelle da usarsi congiuntamente e da non separare mai, storicismo e sapere tecnico. Ma è tempo di passare all'interno del laboratorio giuridico.

a) Di negozio indiretto si è parlato nella scienza civilistica europea ben prima di Ascarelli⁽¹⁷⁰⁾; tra i civilisti italiani erano stati Ferrara⁽¹⁷¹⁾ e Messina⁽¹⁷²⁾ ad accennarvi, il primo in una accezione assai ristretta, il secondo con maggiore ampiezza di sguardo. Ma si deve ammettere che soltanto con la riflessione ascarelliana il problema acquista autonomia, respiro, centralità.

Quando infatti il Nostro parla di negozio indiretto, non si riferisce a una speciale categoria formale di negozi giuridici⁽¹⁷³⁾, sibbene a un atteggiamento generale che ogni ordinamento positivo conosce e sperimenta nella sua storia in vista di una sempre maggiore coerenza fra strutture vecchie ed esigenze funzionali nuove. Il negozio indiretto è cioè l'espressione più manifesta della « dinamica giuridica », cioè di quel « diritto socialmente vigorante » che, serpeggiando nello strato più riposto dell'esperienza, ama nascondersi, dapprima, all'ombra delle forme consolidate pur affermando una sua sostanza economica virulenta ed efficace.

Si ha infatti negozio indiretto quando le parti ricorrono nel caso concreto ad un determinato negozio per raggiungere grazie a questo,

⁽¹⁶⁹⁾ *Il negozio indiretto*, cit., p. 77.

⁽¹⁷⁰⁾ Cfr. le diligenti indicazioni dello stesso Ascarelli (*Il negozio indiretto*, cit., p. 6, nota 5).

⁽¹⁷¹⁾ FRANCESCO FERRARA, *I negozi fiduciari*, in *Studi ... in onore di Vittorio Scialoja*, vol. II. Milano, Hoepli, 1904, e *Della simulazione dei negozi giuridici*, Milano, S.E.L., 1913⁴, p. 82 ss.

⁽¹⁷²⁾ GIUSEPPE MESSINA, *Negozi fiduciari* — Introduzione e parte I, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948, p. 69 ss.

⁽¹⁷³⁾ *Il negozio indiretto*, cit., p. 20.

coscientemente e consensualmente, scopi diversi da quelli tipici del negozio formalmente adottato. È il mondo della pratica contrattuale che, di fronte alle lungaggini e alle sordità del legislatore, per tener dietro al flusso degli affari, ne registra le novità — nuove esigenze, nuove motivazioni, nuove funzioni — e, constatato il vuoto normativo del diritto ufficiale, preferisce inserirle negli involucri protettivi rappresentati da strutture tradizionali. L'emersione formale, l'istituto nuovo di zecca, costituirà il frutto di un momento successivo magari più provvido, contentandosi frattanto gli operatori di una risposta a livello di effettività; che è quanto preme.

Il costo è — sul piano dell'estetica giuridica e, più gravemente, su quello della logica giuridica — un involucro forse forzato e deformato nel contenimento di funzioni cui era strutturalmente inadatto, ma si sa bene che non sono né i problemi estetici né le simmetrie logiche che gli operatori pratici pongono tra i loro fini prediletti.

Ascarelli insiste che siamo di fronte non ad una scelta isolata ma a una costante destinata a ripetersi senza fine: « i nuovi bisogni vengono soddisfatti, ma spesso con vecchi istituti ... attraverso un vecchio istituto, che trascina con sé le sue forme e la sua disciplina, che offre alla nuova materia ancora incandescente una vecchia intelaiatura già nota e sicura »⁽¹⁷⁴⁾. La storia del diritto sembra dar sostegno all'osservatore inquieto delle trasformazioni socio-economiche del proprio tempo e fondare solidamente la sua intuizione. Se il punto di partenza è quel secolo ventesimo così riottoso a farsi ordinare dalle tradizionali strutture giuridiche, è il grande forziere della storia giuridica, questa enorme ricchezza di esperienze vissute nella loro compiutezza, a inserirsi nel presente dell'osservatore in una vivissima e aguzza contemporaneità spirituale; una storia giuridica còlta come ininterrotta catena di mentalità e sollecitazioni mutevoli e pertanto di trasformazioni e di adattamenti che trovano un primo soddisfacimento, immediato e spontaneo, nella costante dei negozi indiretti.

Il presente è più efficacemente compreso se lo si considera non come punto isolato ma inserito in una linea storica, nei suoi tempi

(174) *Il negozio indiretto*, cit., p. 5.

lunghi dove il paesaggio giuridico si decanta e si esalta: papiri greco-romani, documenti dell'antico diritto germanico, prassi medievale, dottrine teologiche, norme canoniche e riflessioni di canonisti, diritto anglosassone, documentano limpidamente ⁽¹⁷⁵⁾ il senso e l'orientamento della dinamica giuridica di sempre. Lo schema del negozio indiretto « costituisce una categoria storica e sociologica, che denuncia in sostanza il contrasto fra la struttura legale e la pratica contrattuale » ⁽¹⁷⁶⁾, è l'eterna, ricorrente risposta a « un contrasto fra la realtà pratica ed il sistema giuridico positivo » ⁽¹⁷⁷⁾, e deve essere identificato « quasi un ponte di passaggio storico; esigenze nuove soddisfatte inizialmente solo in via indiretta, attraverso negozi disciplinati in vista di esigenze diverse » ⁽¹⁷⁸⁾. L'esperienza quotidiana fornisce esempi a non finire di questo atteggiamento, sia nel diritto storico che in quello attuale, ed Ascarelli è generoso in una elencazione minuta e puntigliosa ⁽¹⁷⁹⁾.

Al di sopra della casistica prolissa c'è però anche lo sforzo definitorio: il negozio indiretto è intriso di storicità, ma il giurista ha il compito non eludibile di tipicizzarlo, di includerlo nelle proprie categorie ordinanti, di fissarne i confini soprattutto rispetto a schemi vicini o apparentemente analoghi. E soccorre la grammatica del tecnico, provvedutissima: soccorre caratterizzando e, conseguentemente, separando; da ultimo, definendo e costruendo.

Così è per la distinzione tra contratto misto e negozio indiretto ⁽¹⁸⁰⁾; così è soprattutto per il discrimine fra negozio indiretto e negozio simulato dove pure il grande Jhering aveva provocato alcuni

⁽¹⁷⁵⁾ *Il negozio indiretto*, cit., *passim*, ma soprattutto p. 6 ss.

⁽¹⁷⁶⁾ *Il negozio indiretto*, cit., p. 33. Più di vent'anni dopo (*Considerazioni in tema di società e personalità giuridica* (1954), ora in *Saggi di diritto commerciale*, cit., p. 180), ritornando — come fa ricorrentemente — sul tema prediletto, ribadisce che « i procedimenti indiretti rappresentano una fenomenologia costante di ogni ordinamento giuridico ». È notevole che, in questo saggio del '54, si parla addirittura di « procedimenti indiretti » quasi a sottolineare che si tratta di uno schema universale, o, come dice lo stesso Ascarelli, di « una fenomenologia ».

⁽¹⁷⁷⁾ *Il negozio indiretto*, cit., p. 30.

⁽¹⁷⁸⁾ *Il negozio indiretto*, cit., p. 31.

⁽¹⁷⁹⁾ *Il negozio indiretto*, cit., p. 58 ss.

⁽¹⁸⁰⁾ *Il negozio indiretto*, cit., p. 16-17.

equivoci ⁽¹⁸¹⁾: se la simulazione può individuarsi in una discordanza tra volontà reale delle parti e loro dichiarazione secondo l'insegnamento, negli anni Trenta ricevutissimo, del Ferrara, nulla di tutto ciò occorre nel negozio indiretto; qui « le parti vogliono, e vogliono effettivamente, il negozio che esse pongono in essere; esse vogliono effettivamente sottoporsi a quella disciplina giuridica ... esse vogliono ... quelli che sono gli effetti tipici del negozio adottato » ⁽¹⁸²⁾. Solo che esse mirano « anche a raggiungere un fine ulteriore », solo che per esse « la realizzazione del fine tipico del negozio è voluta, ma costituisce il presupposto per questo fine ulteriore » ⁽¹⁸³⁾.

Il negozio indiretto svelava con franchezza tutta la complessità dell'universo giuridico, il suo inevitabile assestarsi in una corteccia ufficiale e in uno strato effettivo più profondo, il suo proporsi sempre nella dialettica fra statica delle forme superficiali e dinamica delle sostanze sotterranee. E svelava altresì, questo schema intrinsecamente antinomico — si vuole qualcosa per volerne un'altra —, la complessità del lavoro del giurista, che esige sensibilità di storico e sapienza di grammatico. Lo studio del negozio indiretto, in quanto « destinato a rivelare i mezzi attraverso i quali un sistema giuridico si sviluppa fuori da ogni intervento del legislatore » ⁽¹⁸⁴⁾, non poteva non apparire al « viaggiatore giuridico » uno degli strumenti più puntuali per penetrare lo spirito del diritto fuori dalle pseudo-certezze dell'assolutismo giuridico.

b) Poche notazioni in tema di « contratto plurilaterale », uno schema interpretativo caro ad Ascarelli, che lo disegna compiutamente, a più riprese, dal 1945 in poi ⁽¹⁸⁵⁾, ma la cui intuizione

⁽¹⁸¹⁾ *Il negozio indiretto*, cit., p. 22-24. Jhering, infatti, « ritiene che i negozi indiretti non costituiscono se non lo sviluppo dei simulati » (*ibidem*, p. 6, nota 5).

⁽¹⁸²⁾ *Il negozio indiretto*, cit., p. 23.

⁽¹⁸³⁾ *Il negozio indiretto*, cit., p. 18.

⁽¹⁸⁴⁾ *Il negozio indiretto*, cit., p. 71.

⁽¹⁸⁵⁾ I tentativi teoricamente più costruttivi consegnati in saggi monografici mi sembrano: *Il contratto plurilaterale*, pubblicato in portoghese nel 1945 e, poi, in italiano, non solo nella raccolta dei *Saggi giuridici* (1949) ma altresì negli *Studi in tema di contratti* (1952), segno della rilevanza che assumeva nella stessa coscienza dello scrittore; *Contratto plurilaterale, comunicazione di interessi, società di due soci; morte di un socio in una società personale di due soci* (1953), ora in *Saggi di diritto commerciale*, cit.

originaria risale ai primi anni Trenta ⁽¹⁸⁶⁾.

Ci interessa qui, nel momento riassuntivo della nostra ricerca, perché, al pari del « negozio indiretto », ha una sua valenza intensamente espressiva. Come si sa, nasce dalla insoddisfazione per la teorica civilistica del contratto come categoria ordinatoria del contratto di società; e prende forma come costruzione che il giurista « ingegnere » fa di una « specie particolare » all'interno della categoria generale ⁽¹⁸⁷⁾: un contratto che non si esaurisce « con l'esecuzione delle obbligazioni delle parti », ma costituisce « una organizzazione delle parti in ordine allo sviluppo di un'attività ulteriore » ⁽¹⁸⁸⁾, « contratto di organizzazione da contrapporsi quasi, da questo punto di vista, ai contratti di scambio » ⁽¹⁸⁹⁾.

Quel che preme qui di segnalare è l'opera costruttiva del giurista, stimolato e sorretto dalla sua intuizione e dalla sua « fantasia », virtù somme da contenersi e ordinarsi in severe architetture tecniche. Né si tratta di intuizioni galleggianti in un limbo irrazionale; è piuttosto il solito « viaggiatore giuridico », che fa tesoro della propria ricchezza culturale. E dietro la teoria del contratto plurilaterale si disegnano nitide le forze sollecitatrici: la prassi economica — la prassi societaria — con le sue istanze sempre nuove e la sensibilità per essa del commercialista ormai dominato dallo schema assorbente dell'impresa come organizzazione; le esperienze illuminanti vissute da dottrina e giurisprudenza in altri paesi, tanto che Ascarelli può qualificare la sua elaborazione come « un risultato raggiunto induttivamente » ⁽¹⁹⁰⁾; infine — e direi: soprattutto — lo sguardo attento alle analisi dei giurpubblicisti ⁽¹⁹¹⁾ e la tensione a

⁽¹⁸⁶⁾ *La liceità dei sindacati azionari*, in *Rivista del diritto commerciale*, XXIX (1931), II, p. 256; *Contratto plurilaterale e negozio plurilaterale*, in *Foro della Lombardia*, 1932, p. 439; *Note preliminari sulle intese industriali (cartelli e consorzi)*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, N.S., VIII (1933), p. 106 ss.; *Le unioni di imprese*, in *Rivista del diritto commerciale*, XXXIII (1935), I, p. 178 ss.

⁽¹⁸⁷⁾ *Il contratto plurilaterale*, cit., soprattutto pp. 98-99, 100, 103, 106.

⁽¹⁸⁸⁾ *Il contratto plurilaterale*, cit., p. 115.

⁽¹⁸⁹⁾ *Il contratto plurilaterale*, cit., p. 136.

⁽¹⁹⁰⁾ *Il contratto plurilaterale*, cit., p. 156.

⁽¹⁹¹⁾ « gli studi pubblicistici avevano invero resi accorti circa i limiti del concetto di contratto e perciò spingevano a domandare se veramente nella costituzione della società esistesse quella pluralità di centri d'interesse che caratterizza il contratto »; e ancora: « elaboravo una serie di regole, dandomi carico dei rilievi che dalla dottrina

dominare l'interrezza dell'esperienza giuridica e a trarne profitto, rifiutando il miserevole comodo offerto da steccati e recinzioni culturalmente inaccettabili.

11. Non sono qui a tirar le somme; il lettore avveduto avrà constatato la ricchezza e incisività dei messaggi che quello straordinario giurista ed uomo di cultura quale fu Tullio Ascarelli continua a trasmettere al nostro presente. Né son qui a trarre una « morale » da quanto si è detto, perché sarebbe stonata e insopportabile come quelle che ci rifiutavamo di leggere collocate in fondo alle favole della nostra infanzia. Mi limito a soppesare soddisfatto un bilancio fatto di molti, moltissimi messaggi, i quali possono indurre a rifiutare i tanto comuni semplicismi e a ripensare un folto nodo di problemi e soprattutto soluzioni accettate come ovvie e naturali e invece meritevoli d'una più spessa riflessione.

Tutto questo lo farà — speriamolo — per suo conto l'avveduto lettore. Ma un messaggio, come storico del diritto, voglio sottolineare chiudendo; messaggio sostanzialmente unitario anche se rivolto a un duplice interlocutore, al giurista di diritto positivo e a quell'ambiguo giurista che coltiva professionalmente la storia del diritto (che ambiguo non sarebbe, se non volesse esserlo). La sostanza unitaria concerne, sia per l'uno che per l'altro, la collocazione e il ruolo della storia del diritto nel nòvero delle discipline giuridiche, un problema che Ascarelli avvertì e visse in modo intenso e su cui, con la propria testimonianza, dettò una lezione impareggiabile.

Al primo Ascarelli dà una indicazione ferma: la storia del diritto non è né un lusso né una avventura straordinaria per il cultore d'un diritto positivo; è, anzi, uno strumento *normale* nelle sue mani, giacché è l'ineliminabile mezzo di comprensione del diritto positivo, dimensione della sua stessa positività perché interna e non *esterna* all'analisi giuridica. Ascarelli — commercialista, avvocato, consulente — era e si sentiva (e si era pertanto munito dei non facili arnesi

pubblicistica erano pervenuti circa la natura del contratto, ispirandomi tuttavia (ché alla fine un precedente potrebbe pur ritrovarsi nel contratto sociale) ad un orientamento privatistico del pensiero » (*Contratto plurilaterale, comunione di interessi, società di due soci*, cit., rispettivamente pp. 330 e 331).

dello) storico del diritto, avendo riconosciuto nella storicità l'essenza del fenomeno giuridico. La sua insistenza nel rifiutare analogie correnti fra norma giuridica e norma naturale, tra sapere giuridico e sapere matematico, aveva il significato di affermare una verità elementare, anche se troppo spesso dimenticata: il diritto non appartiene né alle verità rivelate né al mondo dei fenomeni, ma alla storia; non è un dato, bensì un problema storicamente condizionato. Il ricorso alla storia non può pertanto ridursi né a una appendice esteticamente gradevole ma sostanzialmente inutile alla indagine positiva ritenuta come l'unica autenticamente giuridica, né tanto meno a una introduzione a essa dove il giurista può sfoggiare dottissime escursioni fuori le mura. Non si tratta di escursioni ma di analisi all'interno dello stesso tessuto del diritto positivo, intriso di storicità e perciò necessariamente disteso in una dimensione (inter-spaziale e) intertemporale, al di fuori della quale il diritto — che è vita, cioè esperienza — si mummifica in un dato museale.

Al secondo, cioè allo storico del diritto, Ascarelli ricorda, consequenzialmente a quanto or ora precisato, un'altra verità elementare e ugualmente dimenticata: fare analisi storica del diritto significa porre in essere strumenti di conoscenza giuridica, ossia quella grammatica grazie alla quale, e soltanto grazie alla quale, il giurista, e soltanto il giurista con il suo specifico statuto epistemologico, può individuare ed esaltare la dimensione giuridica nella sua relativa autonomia all'interno del complesso e confuso calderone sociale. Gli ricorda, in altre parole, che lui non potrà fare a meno di quella grammatica se vorrà centrare il bersaglio della sua azione culturale e anche rendere indiscutibile la propria individualità culturale. Ma gli fornisce una ulteriore preziosa indicazione: fare storia non si identifica nell'elencare e catalogare fatti, piuttosto nell'impossessarsi di quei fatti mediante valutazioni, nell'ordinarli secondo quegli schemi universali (tipologicamente, direbbe il Nostro), che nella conoscenza storiografica dello storico del diritto sono le categorie interpretative del giurista. Ascarelli ne traeva una conclusione, che è cara a chi scrive queste pagine e che potrebbe dispiacere ad altri: la centralità della storia del pensiero giuridico, la sua estrema valorizzazione come strumento di comprensione storiografica.

MARIO NIGRO GIURISTA

Chi vi parla è uno storico del diritto, e potrebbe sembrare singolare la presenza mia in questa sede in cui autorevoli giuristi discutono i tre grossi volumi che ci propongono il volto e il messaggio di un insigne giurista. Spero, in questo mio breve intervento — che dovrò, per un'autoregolamentazione che ci siamo dati, contenere nei limiti di venti minuti — di poter dimostrare che certamente Mario Nigro era un giurista e giurista grande, ma che forse lo ridurremmo se lo volessimo individuare soltanto quale uno degli edificatori e sistematori della scienza italiana di diritto pubblico. In altre parole, se ne facessimo un mero tecnico, possessore e comunicatore d'un agguerrito sapere tecnico.

Ho, infatti, sempre avuto precisa l'impressione, che, con Nigro, fossimo davanti ad un giurista che si era posto i problemi fondamentali della speculazione giuridica, nonché le più incalzanti domande metodologiche, e aveva tentato di darvi una risposta personalissima; si era posto, soprattutto, un problema centrale che assilla tutti noi giuristi e che concerne il nostro ruolo all'interno della società contemporanea e della civiltà contemporanea.

Mi sento pertanto legittimato, come storico del diritto che si è occupato anche di storia giuridica moderna e contemporanea, a riflettere su quest'opera a mio avviso straordinaria, e a trarne qualche insegnamento.

Il mio incontro culturale con Nigro è stato abbastanza tardivo. Quale giurista di educazione civilistica, le mie letture ordinarie erano prevalentemente rivolte alle Riviste civilistiche, restando più incostanti i miei appuntamenti con le Riviste di diritto pubblico. L'incontro con Nigro avvenne nel '68, quando — in un volume della « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile » — trovai il saggio di un autore, per mia ignoranza allora sconosciuto (ed era, appunto, Mario Nigro), che trattava di un tema che mi attrasse immediata-

mente per il suo aprirsi a paesaggi anche metodologici e di teoria generale: « Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo » (1).

Dopo quell'incontro, per verità occasionale, è stata costante la familiarità mia con i numerosi e martellanti interventi di Nigro, alla quale si è aggiunto — come diceva or ora Finocchiaro — una familiarità per me carissima e provvidissima avviata e consolidata nella comune colleganza in seno alla Facoltà giuridica fiorentina, e che nemmeno il trasferimento a Roma riuscì ad attenuare o, ancor meno, a incrinare.

Per quali ragioni mi colpì tanto questo saggio di Nigro, un saggio assai corposo, quasi una piccola monografia? Qual era l'occasione per cui Nigro allora parlava? Egli faceva riferimento, e reagiva, ad una palese arroganza di certa sociologia e politologia nordamericana, che pretendeva togliere ai giuristi la legittimazione a parlare in tema di « amministrazione »; nel presupposto che la scienza pura del fatto amministrativo è soltanto la scienza dell'amministrazione, e che, di conseguenza, il giurista non ha la capacità di poter guardare a fondo in questa realtà complessa.

Ovviamente, Nigro reagiva, e reagiva da giurista, da amministrativista, contro un tanto mal motivato ostracismo; mi interessa però come egli reagiva. Infatti, in quel saggio è già tutta racchiusa la metodologia del Nigro giurista. Innanzi tutto mi colpì un contrappunto: Nigro respingeva le pretese della politologia nordamericana, ma nello stesso tempo teneva a ricordare con esemplare franchezza che, ben prima del '68, negli anni tra il 1880 e il 1910, c'era stata probabilmente un'altra arroganza, quella dei giuristi, che non avevan capito né tentato di capire quel fenomeno nuovo rappresentato dalla scienza dell'amministrazione come dimensione politologica, soprattutto sociologica. E mi colpì il modo come Nigro si sforzava di capire l'arroganza dei politologi nordamericani nel 1968. Da giurista, egli non esitava a proporre uno sguardo autocritico alla scienza del diritto amministrativo: questa si era troppo rattrappita in una scienza di concetti, una scienza normativa e normologica, e, in quanto scienza normologica, si era collocata in un clima rarefatto

(1) Ora in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1996, tomo II, p. 763 ss.

che forse gli aveva impedito di cogliere appieno la complessità della vita amministrativa.

Nigro proseguiva in questa autocritica (ed io qui trascrivo qualche suo piccolo frammento) scendendo ad esaminare la natura del fatto amministrativo: « è un fatto la cui caratteristica essenziale e qualificante — quella cioè per cui è “amministrativo” — è la sua storicità, cioè la sua appartenenza ad una situazione storica » (2).

Ovviamente, lo storico del diritto non poté che sobbalzare sulla sua sedia intensificando l'attenzione della lettura. La pagina di Nigro gli avrebbe serbato maggiori e gratificanti sorprese: è la *giuridicità* che conferisce *storicità* al fatto amministrativo; questo « è un fatto storico perché è un fatto giuridico e, come tale, appartiene ad un dato contesto giuridico, storicamente situato e definito » (3). Ancora: « la giuridicità del fatto amministrativo ne determina la storicità » (4). E infine un'equazione conclusiva fra contesto giuridico e contesto storico (5).

In questo saggio del 1968 c'è *in nuce* tutta la metodologia nigriana: nell'affermare con decisione una posizione schiettamente, apertamente storicistica, e nel proporsi di raccoglierne le rilevantisime conseguenze che ne discendono, è contenuto il suo autentico *discours de la méthode*; quella posizione storicistica (6) che egli riprenderà — e renderà robusta e pensatissima — nel « corso » sulla « Giustizia amministrativa » del 1976, un « corso » che io (e con me Domenico Sorace e Carlo Marzuoli) ho visto maturare nella scuola e per la scuola, dapprima in umilissime dispense, poi sboccando e prendendo forma compiuta nell'ampio e solido e definito volume edito da « Il Mulino » (7).

Che non è — si badi — un « manuale » di giustizia amministrativa, cioè qualcosa di esaustivo, di completo, ma unicamente il disegno di alcune linee essenziali, essenziali a cogliere un'ossatura, a

(2) *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo*, cit., p. 779.

(3) *Loc. ult. cit.*

(4) *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo*, cit., p. 780.

(5) *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo*, cit., p. 784.

(6) Su questo storicismo nigriano io insistei già nel breve ricordo che di Nigro tracciai, subito dopo la morte, nella « pagina introduttiva » al vol. XVIII (1989) dei « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno ».

(7) Bologna, Il Mulino, 1976.

identificare un'ossatura. Ed è proprio nella « scandalosa » prefazione del libro — scandalosa perché chi scriveva era il cultore di un diritto positivo, un grande avvocato, un uomo immerso nella positività dell'ordine giuridico italiano — che l'autore portava avanti e conclamava con decisione l'impostazione storico-problematica. Non vi si parla *della* giustizia amministrativa, ma di una giustizia amministrativa, quella specifica giustizia amministrativa così come si era venuta consolidando nel clima politico e culturale italiano dalla metà dell'Ottocento in poi, non una costruzione razionale ma un prodotto storico, e prodotto di apporti congiunti di giurisprudenza e dottrina in grazia della « storicità e problematicità di tale giustizia » (8). La posizione è compiutamente storicistica, e storicistiche le cautele sottolineate.

Da questo storicismo tutta l'opera di Nigro è limpidamente contrassegnata, percorsa da tre atteggiamenti fondamentali che la rendono singolare e meritevole di attenzione.

Il primo atteggiamento è quello tipico di ogni autentico storicismo, cioè l'esigenza di collocazione del dato giuridico in quel determinato contesto che l'ha prodotto, quale unico strumento conoscitivo che ne consente la comprensione.

Ricordo che, dopo quella lettura del 1968, l'anno dipoi, sulla stessa Rivista, cioè sulla « Trimestrale di diritto e procedura civile », Nigro pubblicava la sostanziosa recensione a un saggio quantitativamente smilzo perché si trattava della prolusione friburgense di un giurista tedesco, Hennis. La prolusione verteva su un tema carissimo a Nigro, « Costituzione ed effettività costituzionale » (9), il rapporto dialettico, l'incontro, lo scontro tra Costituzione formale e effettività costituzionale.

Nella critica fondamentale che egli fa a Hennis il punto saliente è quello: Hennis parla de *la* Costituzione, ma per Nigro ci sono soltanto *le* Costituzioni, che « sono come "servono" alle comunità politiche, in certi luoghi e in certi tempi » (10). È la sua metodologia

(8) *Giustizia amministrativa*, cit., prefazione.

(9) È il titolo del saggio nigroiano (vedilo ora in *Scritti giuridici*, cit., tomo II, p. 837 ss.), che traduce — soltanto accorciandolo — il titolo tedesco della prolusione di HENNIS, *Verfassung und Verfassungswirklichkeit (ein deutsches Problem)*, Tübingen, 1968.

(10) *Costituzione ed effettività costituzionale*, cit., p. 849.

che procede spedita, il suo storicismo che tende a situare il giuridico entro la storia e a chiedere alla storia di mostrare le radici e le fondazioni del giuridico.

Ma v'è un secondo atteggiamento che deriva da questa posizione nettamente storicistica: la inclinazione alla comprensione, chiaramente segnalata in Nigro dalla sua costante tendenza a guardare con disponibilità il suo oggetto conoscitivo. Mi spiego meglio. Nigro ama affrontare sempre dei grandi temi: per esempio, uno di questi che affiora spesso nelle sue pagine è il tema del volto essenziale della civiltà giuridica borghese. Ebbene, è singolare come egli vi abbia guardato, in quei tardi anni Cinquanta e anni Sessanta, con una spietata lucidità. In un momento in cui si costruivano ancora degli altarini alla neutralità dello Stato borghese, alla neutralità del diritto borghese, ecco Nigro a segnalarci il carattere ideologico di tante scelte e a segnalarci che certe soluzioni del diritto borghese erano — né più né meno — che corrispondenti agli interessi di una classe ⁽¹¹⁾.

Discorso ispirato a una metodologia marxista e pertanto ad una analisi classista? Sarebbero qualificazioni troppo spicciative. Il discorso di Nigro, nel tentativo di comprensione di quel grande fatto di civiltà che è il diritto borghese, è più complesso. Egli constata e sottolinea gli indubbi interessi di una certa classe che ha conquistato di recente il potere, però anche — e sono parole sue — valori che « si staccano dalla loro matrice di parte, si universalizzano e diventano i valori connessi a tutta una civiltà » ⁽¹²⁾.

Questa è comprensione, cioè tentativo disponibile di un autore di mettersi dalla parte del suo oggetto di conoscenza. Vogliamo esemplificare ancora per rafforzare e chiarire sino in fondo quanto stiamo dicendo? Nessun campione è tanto eloquente come quando Nigro ricostruisce alcuni personaggi, per esempio quei grandi creatori del momento eroico della scienza italiana del diritto amministrativo (il primo nome che emerge è Cammeo), edificatori di un sistema anche concettuale, e, in questa edificazione, dominati da una

⁽¹¹⁾ Un limpido esempio in: *Il ruolo dei giuristi nello Stato liberale* (1988), ora in: *Scritti giuridici*, cit., tomo III, p. 1963 ss., ma soprattutto p. 1975.

⁽¹²⁾ *Loc. ult. cit.*

forte sete di strumenti tecnici adeguati e perciò tributari delle raffinate dogmatiche pandettistiche e civilistiche.

Probabilmente è un metodo che il Nostro avverte contrastante con il suo deciso storicismo, ma a cui guarda con schietta disponibilità, scattando in lui immediato il meccanismo della comprensione: quei grandi costruttori, in quel momento, avevano bisogno di un sistema di concetti, di un sistema il più possibile purificato; ed era giustificatissimo l'approccio con il diritto civile e l'attingimento da parte dei neofiti pubblicisti al grande patrimonio della plurisecolare tradizione civilistica (13).

Anche quando, in uno degli ultimi suoi scritti, dedicava attenzione ad un personaggio da lui diversissimo ma da lui ammirato, Giovanni Miele, il Maestro fiorentino che l'aveva voluto a Firenze come proprio successore insieme ad Alberto Romano, quando esamina quel « corso » di Miele, non folto di pagine ma di contenuti, « I principi di diritto amministrativo », pubblicati in prima edizione nel '45 (14), e in cui certamente il sapere giuridico è il sapere risultante da una formalizzazione ed una depurazione puntigliose (15), se leggiamo queste pagine su Miele, la comprensione, l'esigenza di comprensione, di mettersi dalla parte del suo oggetto di conoscenza, appare prassi metodologica costante.

Il terzo atteggiamento, che io constaterai scaturire dalla impostazione metodologica che abbiamo definito storicistica, è l'intuizione che Nigro ha sempre della complessità dell'universo giuridico. L'universo giuridico non è per lui infatti, né un sistema di norme né un sistema di concetti. Il « suo » diritto amministrativo, è, per esempio, visto e colto come scienza dell'esperienza giuridica amministrativa.

E qui Nigro si situa in un preciso filone del pensiero giuridico italiano. Egli, probabilmente, non ha Maestri, o, meglio, non è

(13) *Il ruolo dei giuristi nello Stato liberale*, cit., p. 791.

(14) *Principi di diritto amministrativo — I — Introduzione, nozioni generali, le fonti*, Pisa, Tornar, 1945 (ristampato, poi, nel 1953, a Padova, per i tipi della Cedam).

(15) Con la doverosa precisazione — che Nigro non manca di sottolineare — che Miele assume sempre quali momenti di avvio i dati offerti dal diritto positivo, polemizzando con i dommatici puri come PERASSI (*Rileggendo Giovanni Miele* (1988), ora in *Scritti giuridici*, cit., tomo III, p. 1961).

l'adepto di una scuola, non è figlio di uno specifico padre intellettuale. Certo, l'ombra di Mortati grava benefica su di lui, ma Nigro attinge più in là; è a Capograssi che egli guarda, leggendolo con avidità ma anche con profitto, e legge con attenzione i lavori del suo amico Orestano, lo storico del diritto che più di ogni altro aveva fatto propria la lezione capograssiana ⁽¹⁶⁾. E poi, la considerazione amplissima della dottrina tedesca, dalla quale non dobbiamo trarre soltanto menzione della presenza scontata di Forsthoff, o di quella scontatissima di Schmitt, ma di quelle singolari di Luhmann, di Habermas e, addirittura, di Heidegger, traccia visibile del tentativo di dare robustezza filosofica alla propria indagine (e, aggiungiamo, traccia non sorprendente da parte di un giurista il quale, in gioventù, si era nutrito di regolari studi filosofici).

Di fronte ad occhi così penetranti il giuridico appare in tutta la sua complessità, non il regno delle forme e delle regole autoritarie, piuttosto un universo, un'esperienza, una dimensione della vita, di una civiltà. Ecco una frase che mi sono segnato: « La scienza giuridica odierna è installata nel cuore del *Sein* amministrativo, il quale, più che un *Sein*, è un *Dasein*, cioè un esistere storico e concreto » ⁽¹⁷⁾. E quando si evoca questo *Dasein*, si capisce verso quali filoni si rivolgeva della scienza giuridica weimariana e di tutta una speculazione filosofica tedesca che su quel *Dasein* aveva basato la propria costruzione; Heidegger innanzi tutto.

Mi fa anche piacere rilevare che, se oggi ogni giurista alla stregua dei tempi si ritiene in dovere di citare almeno una volta nella sua vita Nichlas Luhmann così come il buon musulmano deve almeno una volta nella sua vita andare in pellegrinaggio a La Mecca, il nostro Nigro citava e utilizzava Luhmann, e precisamente la « Theorie der Verwaltungswissenschaft », in momenti in cui il sociologo tedesco era ancora pressoché ignorato dai giuristi. La sua sete di cultura, la sua esigenza di approfondimento lo portava a leggere opere inusuali nella biblioteca di un giurista degli anni Cinquanta, quando Nigro cominciava la sua matura riflessione.

⁽¹⁶⁾ Di Riccardo ORESTANO si veda soprattutto: *Della « esperienza giuridica » vista da un giurista*, in « Diritto » - *Incontri e scontri*, Bologna, Il Mulino, 1981.

⁽¹⁷⁾ *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo*, cit., p. 802.

Si profilava un diritto amministrativo — ed era ciò che colpiva, in senso positivo, me storico — che tendeva ad andare oltre la legge, oltre la norma, che valorizzava prassi e giurisprudenza anche nella loro funzione creativa.

Con un grosso rischio, però, che prende consistenza in questa pur vitale consapevolezza della complessità dell'universo giuridico: il rischio di disperdersi nella fattualità. Ma è proprio la percezione della complessità che sorregge ma dà anche vigilanza al discorso di Nigro: fatti, bensì anche valori. E il giurista è lì a rendersi mediatore tra fatti e valori, a percepire la gamma dei valori in tutto il suo tessuto.

Da questa percezione di un universo giuridico complesso, ovviamente — voi lo capite — scaturisce un ruolo relevantissimo del giurista, del giurista come mediatore. Quante volte Mario Nigro è ritornato su questo punto! Mediatore fra valori diversi, mediatore fra valori e fatti.

Ho, a questo proposito, un ricordo vivissimo legato al mio secondo approccio con l'opera di Nigro: dopo la lettura del primo saggio del '68, volli prendere conoscenza di una monografia che a me, privatista per educazione e storico del diritto per mestiere, era sempre sembrata al di fuori dei miei possibili oggetti di attenzione, il suo grosso lavoro su « L'appello nel processo amministrativo », del 1960, cioè un lavoro concepito, portato avanti e costruito (la puntualizzazione è rilevante) nei tardi anni Cinquanta.

Qual è l'atteggiamento metodologico di Nigro? Direi che, se c'è un motivo che sorregge tutto questo grosso volume, al di là del prezioso apporto sul piano tecnico, è il contrappunto tra il possibile risecchimento del dato giuridico formale rispetto ad un mutamento sociale che è incessante. E qual è, allora, la scelta? Interpretazione evolutiva? Era improponibile nei tardi anni Cinquanta e forse lo stesso Nigro, giurista fine di diritto positivo, non vuole immergersi in questo mondo dei fatti e farli entrare di prepotenza nell'ordine formale.

Ecco, invece, la sua risposta: il giurista interprete, cioè un personaggio ben distante dal passivo esegeta, non può non avere precisa coscienza del mutamento; tuttavia, « l'esigenza consiste non già nel tener presenti modificazioni della realtà sociale sopravvenute alla norma giuridica », bensì « i cambiamenti (cambiamenti che vanno intesi non solo come produzione o estinzione di norme, e

come elaborazione di nuovi principi, ma come modificazioni nel sistema del valore e del peso di norme e principi già vigenti) intervenuti nel frattempo nel sistema stesso, pur restando immutata nella sua espressione singolare la formula da interpretare »⁽¹⁸⁾.

In altre parole, Nigro, nei tardi anni Cinquanta, chiedeva al giurista di caricarsi di un ruolo attivo, di sollevarsi dall'esame particolare, atomistico della singola norma, e confrontarsi coraggiosamente con l'interezza del sistema. Solo misurandosi con la complessità e globalità del sistema, il giurista era in grado di acquisire respiro, percepire il senso dell'ordinamento in marcia e acquisire la possibilità di corrispondere alle esigenze del mutamento.

Tutto questo dimostra — e finisco — la fertilità dello storicismo nigriano, uno storicismo che non smentiva né voleva smentire quel che Nigro era, e cioè un grande giurista, un grande tecnico del diritto; e — aggiungiamo pure — certamente anche un grande avvocato, un pratico di altissimo rango. Uno storicismo che svelava tuttavia il primato dell'uomo di cultura.

La scienza giuridica ha bisogno di strumenti tecnici, sono un prezioso mezzo di conoscenza, di ordinamento, di comunicazione fra gli addetti ai lavori. I giuristi tuttavia non devono dimenticarsi mai che la loro scienza è — e non può non essere — parte di una cultura più ampia, di una cultura circolante nella società, giacché il diritto, quello autentico e non la deteriore violenza legale, non costituisce la forzatura o la sclerosi di una civiltà, ma una sua espressione e dimensione viva.

Questa coscienza del diritto, della scienza giuridica, della vostra scienza del diritto amministrativo, come componente vitale della storia e inseparabile dal contesto storico, è il messaggio che, su un piano di metodologia giuridica e di teoria generale, Mario Nigro ci ha dato con assolute lucidità e preveggenza, e che credo noi dobbiamo serbare e valorizzare in un momento, come il nostro attuale, di un ordine giuridico che rischia di non riuscire a tener dietro a un mutamento sociale e culturale incredibilmente rapido.

⁽¹⁸⁾ *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1960, p. 60.

UNA LETTURA DEGLI 'SCRITTI' DI PAOLO FREZZA (*)

Illustre Decano, cari Colleghi, cari Studenti, carissimi amici Frezza, è una buona ventura la mia. Questa è la terza volta che sono chiamato a parlare di Paolo Frezza in diversi contesti. È una buona ventura, perché il mio legame con Frezza, legame di collega, legame di amico, è stato vivissimo intenso continuo fino alla soglia della sua morte, ed è per me assai gratificante discorrere di lui.

Oggi, a render più solido il discorso, abbiamo a nostra disposizione i tre grossi volumi che raccolgono i suoi scritti, merito notevolissimo di Franco Amarelli e della Facoltà Lateranense ed enorme servizio reso agli studiosi. È una fortuna che su di essi, sul loro contenuto, abbiano parlato prima di me il Decano e Aldo Schiavone, ed è una fortuna che *in limine* al primo volume ci siano le pagine dense di Franco Casavola e dello stesso Amarelli che illustrano il Frezza romanista dal di dentro del suo laboratorio romanistico.

Questo dico non per falsa umiltà ma perché io romanista non sono, ed è certamente un singolare lettore che vi viene offerto oggi d'una raccolta di saggi formata per buona parte da scritti di diritto romano. Credo, addirittura, che siate legittimati a domandarvi le ragioni di questa mia presenza.

Una prima ragione sta nell'amicizia che Franco Amarelli ha verso di me, ma sarebbe un motivo ben lieve. Uno assai più consistente è quella familiarità con Paolo Frezza cui accennavo. Sicuramente tra me e Frezza c'era profonda sintonia, innervata soprattutto in una comunanza di ideali religiosi culturali politici

(*) Il testo è la fedele trascrizione del discorso pronunciato nella cerimonia commemorativa presso l'Università Lateranense e ne serba il carattere colloquiale con gli uditori. Sono state apportate solo correzioni formali ma non è stato alterato lo stile, che risente molto della sua origine parlata. Poche integrazioni hanno trovato perciò la loro collocazione in alcune note accanto alle citazioni dei testi frezziani menzionati.

sociali, cementata nel comune lavoro all'interno di quell'Istituto fiorentino di storia del diritto che ha sempre visto seduti allo stesso tavolo gli storici del diritto antico accanto ai medievisti e ai modernisti; una profonda sintonia che comprendeva negli anni della nostra colleganza nella Facoltà giuridica di Firenze anche Giorgio La Pira ⁽¹⁾. Da tutto questo si originò una consuetudine di incontri e di conversazioni che avevano nelle dimore fiorentine di Frezza, dapprima in via dei Della Robbia, poi in Costa dei Màngnoli, la loro sede più congeniale. E permettetemi qui un ricordo che serve a illuminare la sua passione per la ricerca scientifica quale dimensione di vita: quando mi recavo nella casa di Costa dei Màngnoli, negli ultimi tempi fino a pochi giorni prima della morte che lo ha còlto — voi sapete — quasi novantenne, lo trovavo al suo scrittoio pressoché immobilizzato da una progrediente infermità ma costantemente dèdito ai prediletti studii, costantemente immerso in quei testi dei Padri greci, che lui — antico scolaro dei monaci cassinesi — sapeva leggere magnificamente nella lingua originale.

Certo, l'amicizia con Frezza mi dà degli ottimi elementi di interpretazione, mi dà una penetrante capacità di lettura; ma forse c'è un terzo motivo per cui sono io qui oggi a proporvi una riflessione intorno ai suoi scritti: il desiderio di Amarelli era infatti che fosse uno storico del diritto ma non un romanista a leggere questa raccolta, consapevole che essa si propone all'insegna della complessità, che in essa — se grandeggia certamente il cultore del diritto romano — spicca però anche lo storico delle metodologie giuridiche, il giurista provetto, il teorico del diritto; spicca cioè un personaggio complesso; io direi: complesso e completo. È forse per questo che lo storico del pensiero giuridico moderno può essere legittimamente chiamato a dedicare la sua attenzione a questi scritti, nei quali è in grado di registrare timbri di voce che il solo romanista non sarebbe capace di mettere in evidenza.

Mi sia consentito di puntualizzare alcuni tratti dell'umanità di Frezza. Non è un espediente retorico, ma piuttosto la posizione di uno

(1) La Pira accostava, nella sua gratificante simpatia, il collega romanista a lui coetaneo e l'assai più giovane collega medievista-modernista. E Frezza, che mi ha sempre onorato della sua stima, si compiaceva dell'appellativo di Paolo primo e Paolo secondo con cui La Pira affettuosamente ci accomunava.

strumento interpretativo che ci sarà prezioso in prosieguo. Il tratto saliente era, a mio avviso, l'umiltà, una umiltà sentita e praticata; probabilmente, una umiltà tanto esasperata da fare di Frezza un personaggio riservato appartato scontroso, scontroso fino all'autolesionismo. Tento di spiegarmi meglio, con una esemplificazione. Quando ho ricevuto in dono da Franco Amarelli i tre volumi, li ho accolti ovviamente con grande soddisfazione, però con una punta di rammarico; ricordo infatti benissimo che uno degli ultimi atti della mia Presidenza (io fui Preside a Firenze subito dopo Paolo Frezza e dietro sua imperiosa sollecitazione) consisté nel proporre alla Facoltà proprio la raccolta degli scritti frezziani. Frezza, presente in Consiglio, si oppose con tanto ferma ostinazione da impedire la realizzazione del progetto; il suo acuto senso della umiltà gli faceva vedere in chiave negativa una iniziativa della Facoltà che lo avesse come protagonista in prima persona. Oggi alla mancata pubblicazione fiorentina ha supplito Amarelli e gliene siamo grati ⁽²⁾.

Questa umiltà non è soltanto un carattere che segna la sua umanità, ma si riversa immediatamente nel terreno dei suoi studi. Era, infatti, una umiltà che portava Frezza ad una enorme curiosità intellettuale: non era un saccente, non era il depositario di un verbo definitivo, aveva invece bisogno di confrontarsi con gli altri e con l'altrui sapere. Avvertiva i limiti della propria scienza e, conseguentemente, l'esigenza di integrazioni e di continui confronti comparativi. Non posso dimenticare la motivazione con la quale (fu lui a riferirmelo) chiese e ottenne dalla Facoltà pisana per un certo tempo l'incarico dell'insegnamento del Diritto canonico: per essere costretto a studiarlo e per poterlo conoscere più approfonditamente ⁽³⁾.

⁽²⁾ Aggiungo qui in nota un ricordo personale minimo ma significativo per sottolineare questa sua virtù dell'umiltà, che non ho potuto menzionare nel discorso lateranense: in una delle tante conversazioni amichevoli, Frezza mi parlò di un invito rivoltagli, nel 1987, dalla 'Società degli amici della cultura classica', una associazione tanto povera di mezzi finanziari da non essere in grado di rimborsare all'invitato nemmeno le spese di viaggio. Fu questa circostanza (che avrebbe irritato tanti pontefici accademici) una delle ragioni determinanti all'accoglimento immediato ed entusiastico dell'invito.

⁽³⁾ Sia segnato qui di sfuggita che, nella quotidiana familiarità di lavoro e di ricerca sempre attuata fra tutti gli storici del diritto nell'ambito del nostro fertile Istituto fiorentino, l'autore di questa lettura, allora giovanissimo assistente, fu debitore a Frezza

L'umiltà si traduceva in lui in una positiva arricchente curiosità. Credo che si còlga nel segno qualificandolo come intellettualmente curioso; il che è ampiamente dimostrato dal suo assiduo lavoro di infaticabile recensore. Gabrio Lombardi mi ripeteva di contare soprattutto su Frezza per l'adeguamento di *Studia et Documenta* con una aggiornata lettura critica della letteratura recentissima. Dopo aver fatto la lieta fatica della lettura di questi tre volumi, non riterrei avventato affermare che nelle molte recensioni non riposa soltanto una parte quantitativamente rilevante della raccolta ma anche quella qualitativamente più espressiva. Se notate, si è trattato di un crescendo nella operosità frezziana: l'ultimo dei tre volumi ne è infatti straordinariamente ricco, non piatte e banali segnalazioni come, ohimè, oggi siamo soliti fare ma impegnative recensioni critiche, talvolta severe, talvolta anche severissime, in cui sempre era dato di constatare una duplice disponibilità dello studioso: ad apprendere e a riconoscere la validità delle altrui conclusioni; a censurare e correggere in nome di una riflessione scientifica intesa come ricerca di verità e di un ruolo del recensore inteso come servizio, talvolta ingrato ma doveroso, in ordine a quella ricerca.

L'umiltà, insomma, si traduceva in una intima vocazione ad una conoscenza sempre più ampia, e capisco perché egli abbia fatto della comparazione un canone metodico fondamentale. Se aprite il suo 'Corso di storia del diritto romano', del 1954, nelle poche pagine di premessa si insiste su un punto nodale: lo storico del diritto è un comparatista, il fulcro del suo sapere sta in una riflessione comparativa; dove 'comparare' significa innanzi tutto, come ha accennato Schiavone, immergere il giuridico (per esempio, il giuridico romano) all'interno di tutta la civiltà del mondo antico, immergere il pianeta giuridico romano ben all'interno della complessa coinè mediterranea per conseguire il risultato di una compiuta storicizzazione.

della indicazione del tema della unanimità alle origini del diritto canonico quale meritevole oggetto di studio. E ne venne fuori un mio discorsetto presso l'allora vivissimo 'Circolo toscano di diritto romano e storia del diritto', nonché un saggio storico-canonistico di cui Frezza si compiacque assai (il riferimento è a: *Unanimitas — Alle origini del concetto di persona giuridica nel diritto canonico*, in *Annali di storia del diritto*, II (1958).

Tutto teso verso un siffatto obbiettivo, Frezza si serviva di alcuni strumenti privilegiati: più che nel sapere archeologico attingeva a piene mani nelle testimonianze culturalmente raffinate offerte da oratori, da tragici, da storici, da filosofi. Un rifiuto è sempre stato nettissimo, e cioè nei confronti dell'interpolazionismo ancora ben vegeto nel momento formativo del giovane romanista. Emblematica è la chiusura di 'Ius gentium', un saggio memorabile del 1949 (4), o il graffiante riferimento contenuto nelle pagine dove lo studioso ormai vecchio cerca di ricostruire la personalità di Ulpiano e dove segnala impietosamente proprio la inadeguatezza linguistica dell'interpolazionismo facendo leva su una dimensione a lui cara, quella linguistica per l'appunto, in parecchie occasioni utilizzata con precisi fini storicistici (5).

A tutto ciò si accompagna coerentemente un rifiuto pieno del pandettismo, come non manca di dichiarare in una penetrante recensione del '55 al secondo volume della 'Storia della costituzione romana', di Francesco De Martino, dove, accanto alla lamentazione per « una romanistica fatta sorda dalla opulenza della eredità ormai dilapidata della Pandettistica », si accompagna la lieta constatazione di come nel suadente affresco demartiniano il diritto pubblico romano fosse valorizzato all'interno della storia della costituzione romana senza insopportabili pregiudizii dommatici (6).

Per Frezza il diritto romano è soprattutto un grande fenomeno storico da comprendere nella sua storicità, enorme fatto storico incisivo su tutto il corso della storia giuridica occidentale. Frezza non apparteneva allo stuolo delle vedove del diritto romano, ne era piuttosto il figlio orgoglioso e ammirato; le vedove piangono un

(4) *Ius gentium*, ora in *Scritti*, vol. I, p. 664: « io sono dell'avviso che indagini storico-critiche condotte nel nostro tema alla stregua dello stereotipo canone del metodo interpolazionistico non possono per la loro stessa impostazione conseguire dei risultati che illuminino la sostanza viva del fenomeno storico esaminato ».

(5) *La persona di Ulpiano (a proposito del volume di Tony Honoré)* (1983), ora in *Scritti*, vol. III, p. 528, dove si parla della « frana del tramontato metodo della esegesi interpolazionistica delle fonti giustiniane, dovuta anche alla indeterminazione dei caratteri del linguaggio attribuito al fantasma dei 'compilatori', talvolta rivestito dell'austero paludamento di Triboniano ».

(6) *L'età classica della costituzione repubblicana (a proposito di FRANCESCO DE MARTINO, Storia della costituzione romana 2.1)*, ora in *Scritti*, vol. II, p. 149.

cadavere, il figlio è lieto di portare nel proprio organismo i cromosomi del padre e trasmetterli verso il futuro in un divenire che non è immobilizzato da modelli metastorici ma in cui la vita — sintesi perenne di vecchio e di nuovo — utilizza e plasma il vecchio secondo le esigenze che i successivi e diversi crogiuoli temporali segnalano.

Questa era la elementare e sensata metodologia storico-giuridica cui Paolo Frezza si ispirava. Da qui, per esempio, in una recensione del '76, il rifiuto di attualizzazioni eccessive, con una contemplazione serena dell'autonomia del moderno e con il fermo canone metodico onnipresente di una più completa storicizzazione del proprio oggetto di conoscenza (7).

Di questa esigenza Frezza è stato sempre un eccellente testimone. Come è stato sempre testimone di un perenne rifiuto: la retorica della romanità. In uno degli ultimi saggi, quello su *La Pira*, del 1995, uno dei motivi di rivalutazione del *La Pira* romanista degli anni Trenta è proprio il di lui rifiuto della bassa retorica della romanità allora imperante (8). Ciò che il Nostro aveva sommamente in uggia era lo pseudo-storico che, abbandonato il sentiero sicuro della documentazione e dei giudizi da essa scaturiti e su essa fondati, si lasciava catturare dalla palude dei pregiudizii, delle mode, dei luoghi comuni, degli atteggiamenti apologetici, esercitazioni di bassa retorica e di bassa lega lontane e addirittura opposte alle diagnosi, alle intuizioni e — perché no? — anche alle ricostruzioni ardite di chi è però legittimato a questo da un precedente confronto assiduo con le fonti.

Frezza era pienamente storico nel bisogno di fondazioni storiche che le molte voci del passato sono in grado di offrire, ma era storico nel senso più alto: mai incatenato e limitato dal particolarismo del documento, cercava anzi di collocarlo in un paesaggio

(7) È la recensione a PIERANGELO CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, ora in *Scritti*, vol. III, dove a p. 313 si riconosce che « il travaglio di rinnovamento degli stati europei che è seguito alla seconda guerra mondiale non ha attinto la sua ispirazione allo studio del mondo antico ». La recensione segnala uno storico-giurista tutto impegnato nel tentativo di « una più completa storicizzazione » (p. 315) del suo oggetto di conoscenza.

(8) *Giorgio La Pira romanista*, ora in *Scritti*, vol. III, p. 681.

ampio grazie a quei contrappunti comparativistici — come sopra si accennava — che gli erano congeniali. Il suo orizzonte era sempre vasto, al contrario di quanto avviene alla lente dell'erudito locale. Il diritto romano era al centro di una cultura con spazio mediterraneo, naturalmente pensato in rapporti intimi con avvenimenti e atteggiamenti che coinvolgevano l'intera rete mediterranea di relazioni. Uno dei motivi di sintonia con La Pira — amico Fabbrini — stava proprio anche qui, trovava la sua remota origine in quei saggi in cui La Pira aveva riscoperto le venature di cultura greca, di filosofi grammatici geometri greci, all'interno del tessuto tecnico costruito dai giuristi romani.

Senza dubbio, accanto alla romanità, la greicità; le due grandi componenti della coinè mediterranea colte in feconda simbiosi. Ed è un continuo confronto da parte di Frezza tra questi due momenti; lo strumento della comparazione viene esaltato al massimo. Nel '52 recensisce subito 'Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen' di Kunkel, ed ecco il contrappunto tra le scuole dei sabiniani e dei proculiani viste in analogia con le scuole ateniesi di filosofia. Scrive Frezza: « Pomponio con il suo *Enchiridion* è il Diogene Laerzio delle scuole di diritto di Roma »⁽⁹⁾. Subito dopo, la recensione alla 'Paideia' di Jäger⁽¹⁰⁾. Poi, nel '56, istituti greci studiati da par suo: *Parakatateke* e *Ataghia*⁽¹¹⁾. Nell'80, ormai vecchio, riflettendo 'Sulla utilità dei risultati delle recenti ricerche di archeologia e di storia romana per gli studi di storia del diritto romano' (è il titolo di un suo saggio), esce in un'altra frase emblematica: « la attestata, massiccia presenza della civiltà greca nel mondo romano nella non più misteriosa età dei re impone allo storico dello stato di abbandonare lo 'splendido isolamento' della visione mommseniana del diritto pubblico romano »⁽¹²⁾.

Un'ulteriore osservazione mi sembra utile per disegnare i contorni reali — contorni amplissimi — del suo orizzonte storico-giuridico. L'ultimo Frezza è uno studioso che avverte pressantemente l'esigenza di studiar meglio i Padri, questo lontano mondo

⁽⁹⁾ Cfr. *Scritti*, vol. II, p. 15.

⁽¹⁰⁾ Ora in *Scritti*, vol. II, p. 125 ss.

⁽¹¹⁾ Ora in *Scritti*, vol. II, pp. 173 ss. e 219 ss.

⁽¹²⁾ Ora in *Scritti*, vol. III, pp. 489-490.

cristiano che si sta fondando teoricamente, studiarlo criticamente, senza apologie, senza inclinazioni apologetiche. Egli recensisce nel 1987 un libro singolare di Uwe Jacobs « Die Regula Benedicti als Rechtsbuch » ed è attratto dalle due nozioni di *discretio* e di *conversatio* che sono fissate nella 'Regula Benedicti' come perno centrale della vita della comunità abbaziale. Frezza, immediatamente, le identifica come calchi latini di *diàkrisis* e *anastrofè*. Ancora una comparazione linguistica dalla valenza squisitamente unitiva, giacché si trattava di comparazione che doveva e poteva indicare le trame della grande coinè culturale mediterranea ⁽¹³⁾.

Un punto va sottolineato: forte è la dimensione filosofica. Frezza conosceva in modo approfondito i filosofi antichi, soprattutto Aristotele (l'illustre storico della filosofia antica Francesco Adorno, che è qui con noi, lo sa bene perché è uno dei tormentati da Frezza con tanti quesiti in tante conversazioni); ma conosceva a fondo anche i filosofi moderni, aveva sicuramente letto con attenzione e profitto Hegel e Kant, in un moto di curiosità che in lui aveva il compito di fornire sempre maggiori fondazioni. Una recensione mi appare altamente significativa, ed è quella a Pohlenz « Die Stoa », una lunghissima recensione, quasi un saggio autonomo, del 1951. Il valore storico della filosofia stoica in Roma è identificato nell'essere stata la prima mediatrice fra mondo ellenico e mondo romano accolta coscientemente dalla classe dirigente; la sua funzione consiste nell'infondere « al pensiero giuridico romano la consapevolezza del contenuto etico dell'esperienza giuridica », aiutandolo a scoprire « il valore dell'uomo portatore di una legge immediatamente fondata nella ragione eterna, di cui la ragione umana è emanazione e testimonianza » ⁽¹⁴⁾.

Si delinea un mondo giuridico, che non è un mondo cartaceo, che non è un mondo di forme; è, al contrario, un mondo dalle forti radicazioni etiche.

Frezza ama la analisi filosofica ma non le esercitazioni di logica astratta; e non ama nemmeno il risciacquarsi la bocca con un vaniloquio ideologico senza adeguati riscontri. Quando, nel '56, recensisce un volume di Béranger sul Principato, egli critica lo

⁽¹³⁾ Cfr. *Scritti*, vol. III, p. 583.

⁽¹⁴⁾ Cfr. *Scritti*, vol. I, le citazioni sono rispettivamente a p. 709 e a p. 698.

scrittore perché ha separato troppo ideologie da istituzioni, e aggiunge — per farci intendere tutto il senso del suo discorso — che il precipitato tangibile di una ideologia è conservato nelle istituzioni (15).

Frezza ha bisogno del supporto della dimensione filosofica ma non da presupporla galleggiante sulla propria ricerca giuridica (16); al contrario, da intridersi nello stesso tessuto giuridico rigorizzandolo e vitalizzandolo. Per esempio, quando recensisce il 'Gaius' di Honoré (che non gli è molto congeniale) egli apprezza l'uso che l'autore fa della filosofia analitica con i suoi molti sussidii attinti dall'uso del linguaggio (17). Ed è altamente espressiva la definizione di interpretazione che ci dà — nel '79 — trattando della *interpretatio iuris* nella storia della giurisprudenza romana: nella sua esigenza di corrispondere a un sapere teoricamente rigoroso, proprio all'inizio, Frezza ci offre una nozione concisissima che è un distillato di raffinato sapere filosofico: « un giudizio teleologico sopra un contesto linguistico a contenuto normativo » (18). E qui si avverte tutto il respiro culturale di cui era capace Paolo Frezza, qui si avverte la piena dominanza di tutta la grande discussione italiana ed europea in tema di interpretazione e in tema di rapporti fra interpretazione e norma; qui si avverte che la grande lezione di Emilio Betti non è passata invano.

Se ho ancora qualche minuto, vengo a un altro punto che mi preme di mettere in rilievo perché la figura del personaggio possa disegnarsi specularmente nella sua complessità. Questo appetito filosofico — che è costante in Frezza e che non smentisce affatto la sua vocazione di storico del diritto segnalando unicamente un bisogno

(15) Recensione a JEAN BERANGER, *Recherches sur l'aspect idéologique du principat*, ora in *Scritti*, vol. II, p. 227.

(16) Esempiarli i due saggi dedicati alla ricostruzione d'una biografia intellettuale di Ulpiano (ma soprattutto il secondo): *La cultura di Ulpiano* (1968), ora in *Scritti*, vol. II, p. 645 ss., e *La persona di Ulpiano* (1983), ora in *Scritti*, vol. III, p. 527 ss., dove, nella Siria ulpiana, si rileva con attenzione il rifiorire di studii neoplatonici e neopitagorici e lo svilupparsi d'una forte riflessione teologica sia sul piano cristiano che su quello del politeismo sincretistico della declinante tradizione ellenica.

(17) Cfr. *Scritti*, vol. II, p. 441.

(18) *La interpretazione del diritto nella storia della giurisprudenza romana*, ora in *Scritti*, vol. III, p. 451.

di radici fondatissime — lo porta ad essere anche un notevole teorico del diritto.

Certo, ha ragione Aldo Schiavone quando constata che Frezza di metodo non ha mai parlato esplicitamente. La sua ritrosia, la sua scontrosità, la sua umiltà glielo impedivano. Però è dovere di obbiettività affermare che è stato un notevole teorico del diritto.

Primo esempio: nel 1942, nella sua prediletta Pisa (una Pisa allora culturalmente vivissima pur nel chiuso ambiente fascista), Frezza traduce una vecchia conferenza di von Kirchmann sulla mancanza di valore scientifico della giurisprudenza, una conferenza — lo dico soltanto per i giovani studenti — che aveva a metà Ottocento suscitato scandalo in Germania e che sollecita Frezza perché lo porta a rivedere *funditus* quelle che sono le radici del suo sapere giuridico⁽¹⁹⁾. Non dimentichiamo che Frezza non è un generico storico, è storico del diritto, cioè un giurista che guarda verso il passato e chiede al passato un contributo per il proprio presente. E quale presente viveva la cultura italiana in quel tragico 1942! Pensate: la fine di un regime autoritario, un edificio politico italiano che sta scricchiolando, un intero edificio giuridico messo in discussione, la crisi del diritto romano alla quale ha accennato Schiavone; di più, di là dalle Alpi, un totalitarismo aberrante nella sua ideologia di fondo come il nazismo. È di fronte a tutto questo sconvolgente scenario che Frezza sente il bisogno di tornare a discutere delle proprie radici, ripercorrendo le discutibilissime rifiutate critiche demolitrici di von Kirchmann e rimeditando le ragioni di una 'scienza' del diritto.

Quindi, esigenza di fondazioni. Se volete, esigenza d'un rinnovamento psicologico nelle convinzioni del giurista. Ma c'è un altro saggio che per me è uno dei più significativi di Frezza, che pochi hanno letto perché sepolto sotto il titolo più scostante, più banale che fosse possibile escogitare da parte di un autore, saggio invece densissimo e ricco di inaspettate ricompense per il lettore: « A proposito della riedizione delle 'Opere' di Pietro Bonfante »⁽²⁰⁾. Un omaggio al maestro amato e ammirato, e nulla più. Un semplice 'a proposito della' complessiva ristampa dell'opera bonfantiana da

⁽¹⁹⁾ Prefazione e traduzione sono ora riprodotte in *Scritti*, vol. I, p. 479 ss.

⁽²⁰⁾ Ora in *Scritti*, vol. II, p. 271 ss.

parte dell'editore Giuffrè. Come il titolo — disarmante — segnala, non ci si può attendere altro. Al contrario, malgrado la schiva intitolazione, vi è contenuto un sostanzioso 'discorso sul metodo'.

Frezza prende le mosse dalla famosa prolusione bonfantiana tenuta a Roma nel 1917, che irritò Croce e Gentile e da cui si originò quella virulenta polemica che i romanisti conoscono bene, polemica che investiva il cosiddetto naturalismo bonfantiano, cioè una nozione d'istituzione intesa da Bonfante in un senso, come lui diceva, organico-naturalistico. Questo semplice riferimento serve a Frezza per riesaminare il problema della 'istituzione', e lo fa autonomamente con una rimediazione personalissima che si distende in un discorso di grande lucidità filosofica e teoretica, un maturo discorso — insomma — di teoria del diritto; criticando Santi Romano, arriva a èsiti distanti dalla conclusione romaniana assumendo a momento comparativo il testo che un grande linguista, Giovanni Nencioni, aveva scritto da poco: « Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio » (21).

Mi sia consentito di rivolgermi agli studenti che sono qui presenti. Amici, se volete avvantaggiarvi d'una lettura di alto valore teoretico, leggete questo articolo sepolto sotto quel titolo studiatamente il più banale possibile. Frezza vi parla di metodo, vuole chiarire innanzi tutto a se stesso gravi problemi metodologici, ma, con il grande pudore che sempre lo contraddistingue, lo occulta al di sotto di un titolo deterrente. Però deve essere chiaro che il titolo sostanziale è altro; potremmo quasi intitolarlo (e con piena legittimità): « Fondazioni teoretiche del giurista ».

E risalta una qualità essenziale del Nostro: egli era per vocazione preparazione cultura un giurista; giurista perché storico del diritto, perché uno storico del diritto — per adempiere pienamente il mestier suo — deve portare ben fisso sul suo naso l'occhiale del giurista. A questo proposito, c'è una recensione severissima del 1976 in cui egli afferma con chiarezza, rimproverando all'autore del libro censurato mancanza di rigore: « il discorso del giurista è irrinunciabilmente tecnico, anche quando si tratta di storia del diritto » (22).

(21) Il volume di Nencioni era apparso a Firenze nel 1946.

(22) È la recensione a: FRANCESCO GUIZZI, *Il Principato tra 'res publica' e potere assoluto*, ora in *Scritti*, vol. III, p. 321 ss. (la citazione è a p. 325).

Voi percepite che si sta gradualmente ricomponendo l'immagine di un personaggio dalla tastiera abbastanza ampia: romanista, comparatista — cioè col gusto vivace di comparatore di civiltà diverse, di culture diverse —, ma giurista del proprio tempo che vuole fondazioni più sicure per il suo presente e domanda alla storia di contribuire ad approntarle, che sa discorrere di metodo, che vuol discorrere di metodo anche se mai ostentatamente, mai con la iattanza di chi si sente depositario di verità, sempre indossando le vesti pudiche dello storico.

Emerge, quindi, anche un Frezza quale uomo calato perfettamente nel suo tempo; ed è l'ultimo punto su cui vorrei ancora sostare. Lo storico del diritto Paolo Frezza non tralascia per un solo momento di essere un personaggio che negli anni Trenta e Quaranta vive e soffre una tormentata vicenda intellettuale. La prefazione alla traduzione di von Kirchmann, puntualizzata in quell'anno tragico che è il 1942, è colma di interrogativi, e Frezza se ne scusa con il lettore. Sembra quasi indirizzargli una preghiera: lettore, abbi pazienza, io debbo pormi delle pressanti domande, forse non vi darò risposta, ma debbo urgentemente pormele ⁽²³⁾.

Era il momento dell'idealismo e dell'attualismo trionfanti, quando il diritto sembrava identificarsi in una volontà costante (era questo il titolo di un famoso libro di Pekelis apparso nel 1930). Questo idealismo, che serviva da supporto per una visione egemonica del diritto e della politica, turba Frezza. Ed ecco alcune di queste domande: « Norma giusta è appunto la norma costante. Sarà allora costante una norma appunto perché giusta, oppure chiameremo giusta qualunque norma solo perché costante? Somma giustizia potrà dunque essere la somma tirannia? » ⁽²⁴⁾.

Amici, se pensate che la frase è scritta nel 1942, occorre avere un profondo rispetto per il coraggio di questo studioso dalla fortissima coscienza etica ⁽²⁵⁾.

⁽²³⁾ « Non rimproveri il candido lettore all'autore di queste pagine la sovrabbondanza degli interrogativi. È appunto l'urgenza e la molteplicità di essi che lo spinge a richiamare l'attenzione altrui su questi, che egli giudica essere non i minori fra i problemi di cui è intessuta la vita degli uomini del nostro tempo che abbiano ancora interessi nel mondo delle idee » (*Scritti*, vol. I, p. 485).

⁽²⁴⁾ Cfr. *Scritti*, vol. I, p. 484.

⁽²⁵⁾ Una coscienza etica, che è ancora turbata, nel vegliardo vicino alla morte, dal

Uomo del suo tempo, è vicinissimo a La Pira. Abbiam già detto delle sintonie tra i due romanisti per via di quel fitto scambio fra grecità e romanità che è il motore interpretativo dei saggi lapiriani sulla costruzione del sistema giuridico. Ora vogliam parlare della vicinanza spirituale al La Pira dei 'Principi'. Oggi, i giovani probabilmente non sanno che cosa io intenda quando faccio un simile riferimento. 'Principi' era il titolo di una smilza Rivista, una rivistina contro-corrente, coraggiosa, che La Pira progettò varò diresse proprio negli anni profondi del fascismo e che naturalmente fu ben presto guardata con sospetto e soffocata dal Regime. È una concordia ideale che accompagnerà Frezza fino alle soglie della morte. Nel '95, chiudendo una succosa rapida biografia di La Pira, egli confessa, anzi conclama, la propria « partecipazione alle sue profetiche disarimate speranze »⁽²⁶⁾.

E un'altra dimensione affiora, quella religiosa. Una dimensione religiosa che in Frezza è forte e che funge da fertilizzante falda nascosta di tutta l'opera del teorico e dello storico del diritto. Possiamo accomunarlo a Lombardi? A Gabrio Lombardi? Assolutamente no. Frezza, in forza del suo carattere scontroso e riservato, non affronta mai il problema religioso frontalmente; è il suo pudore a impedirglielo. Certamente questa radicazione religiosa c'è, ma è sempre filtrata dalla dimensione culturale. Può diventare lievito e fermento per lo storico del diritto solo se avviene questo filtro.

In *Ius gentium*, del 1949, che ho già ricordato, Frezza commenta il passo delle Istituzioni giustiniane, dove si parla di *naturalia iura divina quadam providentia constituta* (I, 2, 11), ma respinge seccamente le conclusioni dei romanisti apologeti constatando, mosso soltanto dalla verità storica: qui c'è più *pronoia* stoica che provvidenza cristiana⁽²⁷⁾. E quando recensisce nel 1957 Biondi, che aveva fatto del problema della legge ingiusta il vessillo del diritto romano cristiano, egli nega recisamente: non è frutto dell'ambiente cristiano

giuramento prestato al Regime in età giovanile, una macchia che gli pesa in modo insopportabile. La traccia è nell'ultimo degli scritti raccolti nei tre volumi, e cioè nel ricordo dell'amico-collega Giorgio La Pira (cfr. *Scritti*, vol. III, p. 681).

⁽²⁶⁾ *Giorgio La Pira romanista*, ora in *Scritti*, vol. III, p. 686.

⁽²⁷⁾ Cfr. *Ius gentium*, ora in *Scritti*, vol. I, p. 664.

e della Patristica, ma di un pensiero greco semplicemente raccolto dal pensiero cristiano ⁽²⁸⁾. Amici, ne sono sicuro; Paolo Frezza quei tre penosi volumi sul diritto romano cristiano di Biondi non li avrebbe mai scritti, perché mai si è lasciato prendere, lui cattolico praticante (lo ricordo alle prese con il suo parroco nel tentativo di tradurre in italiano il testo latino di inni gregoriani) da atteggiamenti apologetici e, in quanto apologetici, criticamente carenti.

C'è un protagonista, però, all'interno di tutti questi tre volumi, che li sorregge come una corda tesa continua, un protagonista omnipresente: il diritto naturale. Nelle nostre conversazioni di Costa dei Magnoli Frezza soleva raccontarmi della grande amicizia, nata nella colleganza pisana, con lo storico Ettore Passerin d'Entrèves, e, per tramite di lui, anche con lo zio Alessandro Passerin d'Entrèves, il politologo e filosofo del diritto. Quando questi pubblica 'Natural Law', a Londra, in lingua inglese, Frezza lo recensisce immediatamente e con larghezza di attenzione, segno d'un interesse profondo. Per Frezza, studioso dalla vigile e vibrante coscienza etica, il diritto naturale è *ratio*, è — sono parole sue — « la razionalità della norma, la associazione fra morale e diritto, la richiesta di un ideale eterno di giustizia » ⁽²⁹⁾. Per chi, come per lui, il diritto non è il sistema kelseniano delle norme, ma è percorso da una intima vocazione alla giustizia e si innerva nelle grandi scelte etiche e religiose, si capisce come razionalità sia qualcosa che esorbita la dimensione puramente logica. Però etica e religione dovranno ordinarsi nel filtro compassato della cultura e della tecnica del giurista. E l'idea di diritto naturale, o, se volete, di diritti naturali, quale ponte fra diritto e metadiritto, garantiva a quell'uomo giusto che fu il giurista Paolo Frezza di evitare due risultati negativi: l'universo giuridico come un arido regno di pure forme, l'universo giuridico come il regno incontrollato del potere.

Lezione complessa quella frezziana, ma lezione che è ancora oggi — io credo — ascoltabile con profitto. Sono grato alla Pontificia Università Lateranense, perché, con questi tre volumi egregia-

⁽²⁸⁾ Recensione a BIONDO BIONDI, *Il diritto romano*, ora in *Scritti*, vol. II, p. 249.

⁽²⁹⁾ Recensione a ALESSANDRO PASSERIN D'ENTRÈVES, *Natural Law — An Introduction to Legal Philosophy*, ora in *Scritti*, vol. I, p. 686.

mente stampati, si offre non solo al romanista ma anche ad ogni giurista uno strumento impareggiabile di riflessione e di arricchimento. Un grazie, infine, a tutti i presenti per la loro pazienza (*).

(*) Il discorso qui riprodotto, tenuto nell'Aula Paolo VI della Università Lateranense martedì 23 gennaio 2001, era stato preceduto dal saluto del Rettore S.E. Mons. Angelo Scola; dalle parole di Aldo Schiavone cui, nella sua qualità di preside della Facoltà giuridica fiorentina, era stata affidata la presidenza della seduta; dal compiacimento espresso da Luigi Capogrossi Colognesi a nome dell'Ufficio di presidenza del Consiglio Nazionale delle Ricerche che — per iniziativa di Luigi Labruna, oggi presidente del Consiglio Universitario Nazionale — aveva sostenuto l'iniziativa della pubblicazione.

Moltissimi gli intervenuti in rappresentanza di quasi tutti gli atenei italiani e di alcuni europei; molti anche i messaggi da parte di chi era stato impossibilitato a partecipare: particolarmente significativi, per la loro carica evocativa di uomini e tempi, quelli di Francesco De Martino, Antonio Guarino, Italo Lana, dei quali Gian Luigi Falchi ha voluto dar lettura ai presenti.

SALVATORE PUGLIATTI GIURISTA INQUIETO

1. Incontri con Salvatore Pugliatti. — 2. Pugliatti: un itinerario di inquietudine. — 3. Di alcune costanti della riflessione pugliattiana, del loro segno diverso e della conseguente problematicità di un sapere giuridico. — 4. Su logica, concetti, sistema quali strumenti della costruzione giuridica. — 5. Pugliatti e il rifiuto della purezza isolazionistica del diritto civile. — 6. Pugliatti e le sue guide speculative. — 7. Un incontro fertile al di là delle mura giuridiche: Giovanni Nencioni e il saggio su « Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio ». Il montare delle venature storistiche. — 8. Un bagno di storicismo: gli studi sulla proprietà fondiaria. — 9. Anni 1948-1950; un crinale, un bilancio, la definizione di un progetto: « Fiducia e rappresentanza indiretta », « La giurisprudenza come scienza pratica ». — 10. L'ultimo frammento di itinerario e i suoi motivi portanti: l'attenzione per i fatti; la complessità dell'ordinamento giuridico. In particolare sulla dialettica « continuo/discontinuo ».

1. Un primo incontro ideale con Salvatore Pugliatti avvenne già nella mia giovinezza, e ne fu artefice Giorgio La Pira, di cui seguivo i corsi di « Istituzioni di diritto romano » quale studente novizio nella Facoltà giuridica fiorentina.

Con La Pira ebbi familiarità fin dall'inizio, una familiarità che si sarebbe andata accrescendo, via via che assumevo le funzioni di assistente e poi di docente nell'Istituto di teoria e storia del diritto, grazie a una profonda consonanza spirituale che ci legava. Nei tanti colloqui La Pira evocava spesso i suoi anni giovanili messinesi dove si stagliavano protagonisti due suoi compagni negli studi tecnici di ragioneria, Pugliatti, il civilista che vedevo citato con rispetto nei miei primi « manuali » istituzionali, e Quasimodo, il poeta che amavo, che non aveva ancora vinto il premio Nobel ma che aveva già raggiunto la piena maturità della sua originalissima cifra lirica.

E ai miei occhi di giovane e ingenuo studentello incline alla mitizzazione, quell'Istituto Tecnico Jaci di Messina fertile allevatore di una trimurti favolosa — La Pira, Pugliatti, Quasimodo, tre ben strani ragionieri! — apparve, più che una Sorbona provinciale, una sorta di Olimpo irripetibile. Da giurista novizio mi attrasse soprat-

tutto la statura di Pugliatti, la sua duplice e complessa statura di grande tecnico ma — insieme — anche di grande uomo di cultura. In quel tempo non erano ancora state pubblicate le ricche e illuminanti raccolte epistolari oggi in nostro possesso, e la fonte orale rappresentata da La Pira era l'unica possibilità per dischiudermi relazioni, dialoghi, reciproci arricchimenti all'interno di quel tiaso trinitario (1).

Il secondo incontro, però sempre ideale, si verificò quando, subito dopo la laurea, cominciai a lavorare nell'ambito dello « Istituto di diritto agrario internazionale e comparato » che Giangastone Bolla, impareggiabile organizzatore, aveva fondato e dirigeva a Firenze.

Era un luogo dove aleggiava una autentica venerazione per Pugliatti, e mi fu facile capirne le ragioni; capendone le ragioni, emerse maggiormente davanti a me la singolarità del personaggio: in contrasto con la sufficienza e anche la arroganza che la più gran parte dei civilisti, superba delle proprie purezze dogmatiche, ostentava verso i neofiti gius-agraristi ancora incerti sulla loro identità culturale e tecnica, e pertanto accademicamente impacciatissimi, Pugliatti aveva subito compreso perfettamente le motivazioni del nascere della nuova disciplina, mostrato solidarietà, offerto collaborazione costante (2), offerto soprattutto criterii di orientamento e modelli di azione intellettuale, ciò di cui gli agraristi italiani avevano bisogno.

A parte questo ruolo di fondamentale mentore scientifico, cominciai a balenarmi più chiaro, proprio negli anni da me dedicati al diritto agrario e alla sua storia, l'originalità del civilista costruttore; e fu nello studiare i contributi pugliattiani al tema della proprietà, i più rilevanti dei quali avevano trovato espressione nei vari Congressi

(1) Per vero, accanto ai tre, in seno allo stesso Istituto Jaci, c'era anche un altro personaggio straordinario, Antonino Giuffrè, che sarebbe ben presto divenuto il più prestigioso editore giuridico italiano. Ma La Pira non me ne parlava, tutto assorbito dalla attenzione verso il sodale di studii giuridici e il poeta grandissimo.

(2) Egli sarà presente con proprie Relazioni in seno al Primo (1935), al Secondo (1938) e al Terzo (1952) Congresso Nazionale di Diritto Agrario organizzati da Giangastone Bolla. Per il trentennale della « Rivista di diritto agrario » egli compone appositamente il saggio su « Lineamenti della proprietà agricola ».

organizzati entusiasticamente da Bolla ⁽³⁾. Ne parlerà domani Antonio Gambaro, e mi guardo bene dall'invadere lo spazio che a lui è stato dato in seno a questo Convegno. Riservandomi di riprendere il tema un po' più avanti soltanto ai fini della mia Relazione, mi basta sottolineare ora che profondamente nuovo era l'approccio con cui Pugliatti cominciava ad analizzare l'ingombrante nodo problematico: nuovo era l'angolo di osservazione e nuovi gli strumenti metodici posti in atto.

Il terzo incontro fu più diretto, anche se unicamente epistolare. Organizzando, a metà degli anni Settanta, un volume monografico dei « Quaderni fiorentini » dedicato a una riflessione corale sulla proprietà, mi parve immediatamente che avrei dovuto — ad ogni costo — acquisire ad esso una sorta di *retractatio* da parte dei due giuristi viventi che avevano, più e meglio d'ogni altro, scavato a fondo sul tema, e cioè del tedesco Franz Wieacker con le sue « Wandlungen der Eigentumsverfassung » del 1935 e dell'italiano Pugliatti con i suoi ripetuti martellanti studi degli anni Trenta e Quaranta poi raccolti, nel '54, nel volume « La proprietà nel nuovo diritto ».

Scrisi ad ambedue, e ambedue mi risposero accogliendo con slancio l'invito. Wieacker — che sarebbe scomparso nel '94 — ebbe l'agio di consegnarmi il frutto prezioso delle sue « Wandlungen der Eigentumsverfassung revisited », pagine che ognuno può leggere sui nostri « Quaderni fiorentini » ⁽⁴⁾. Non così Pugliatti, cui la morte improvvisa impedì di realizzare un saggio retrospettivo che sarebbe sicuramente stato di grosso rilievo.

Mi sia consentita un'ultima notazione preliminare prima di calarmi nel tema della Relazione. Quando, lo scorso anno, nella grande assisa messinese dei civilisti italiani, su invito del carissimo amico Scalisi, io cercai di offrire un disegno essenziale della vicenda

⁽³⁾ È in seno al Terzo Congresso Nazionale di Diritto Agrario che egli leggerà quella che può dirsi la sua conclusiva riflessione in tema di proprietà, e cioè le pagine meritatamente notissime su « La proprietà e le proprietà con riguardo particolare alla proprietà terriera » (ora, nella raccolta di saggi: *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954).

⁽⁴⁾ Cfr. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5/6 (1976/77).

storica della scienza italiana del diritto civile, non potei non fare ampio spazio a Pugliatti, anzi mettendo in particolare evidenza la sua posizione di voce dominante sopra il coro comune. Di questo è traccia nella Relazione scritta in corso di stampa e nel libretto autonomo già pubblicato che sostanzialmente la riproduce⁽⁵⁾; di questo però non fu traccia nella Relazione da me pronunciata sulla scorta di un folto corredo di note. La responsabilità fu mia, non essendo stato accorto misuratore del tempo: dietro richiesta dell'imperioso Presidente, dovetti infatti interrompere il mio dire proprio quando avrei dovuto cominciare a parlare di Pugliatti, ed espressi allora tutto il mio rammarico di non poter dare pubblica testimonianza nella sua Messina della mia schiettissima considerazione. Sono lieto di poterlo fare oggi in questa Aula Magna che lo vide per tanti anni protagonista, e son grato a Vincenzo Scalisi, splendido organizzatore anche di questo felice Convegno, di avermene dato la possibilità nelle due giornate a lui dedicate.

2. A voler condensare in una parola sola il lungo distendersi della riflessione e della produzione scientifiche di Pugliatti, io non troverei sostantivo più conveniente di « itinerario », intendendo significare non un cammino piatto vissuto alla giornata, bensì il cammino illuminato e orientato da un progetto, fatto di soste e di attacchi, a tratti faticoso, interrotto da ripensamenti e da bilanci provvisori, con la continua esigenza di verificarne il senso; un cammino in cui ogni avanzamento è conquista di un intellettuale che non cessa mai di interrogarsi.

Il pellegrino di un siffatto itinerario deve avere occhi ben aperti sulla realtà circostante e orecchi assai sensibili, non deve deporre per un solo istante la vigilanza che, sola, gli consente di procedere nel sentiero tracciato; non può concedersi riposi né allentare il filo di inquietudine che, solo, gli tiene aperti gli occhi. Pugliatti giurista inquieto⁽⁶⁾, cioè percorso dal tarlo corrosivo dell'insoddisfazione,

⁽⁵⁾ *La cultura del civilista italiano — Un profilo storico*, Milano, 2002.

⁽⁶⁾ Così ho voluto intitolare il capitolo intitolato a Pugliatti nel libretto citato alla nota precedente. Vincenzo Scalisi ha amabilmente ripreso la mia qualificazione usando la cortesia di inserirla anche nel titolo della attuale Relazione.

pellegrino di un continuo/discontinuo in cui l'oggi discute e supera l'ieri in una azione intellettuale che tende perennemente a superarsi per seguire i segni dei tempi e corrispóndervi.

Da quanto si va qui dicendo e che fa perno sulla docilità del personaggio a mutar pelle se il mutare della stagione lo esiga, deriva una disinvoltura che agli occhi dello storico lo ingigantisce anziché impiccolirlo: si depone il culto della coerenza ad ogni costo, quasi che la riflessione dello scrittore potesse immobilizzarsi come un cristallo, e si afferma una programmatica disponibilità al mutamento come coerenza al proprio sviluppo interiore, anche se il lettore superficiale o malevolo può interpretarla come segno di incoerenza e di contraddizione.

Nessuna pagina pugliattiana è più eloquente di quella che si legge nel volume del '54 che raccoglie i suoi scritti in tema di proprietà, dominata com'è dalla consapevolezza del rapidissimo mutamento in atto che involge e coinvolge tutto il tema dei diritti reali nonché della ineludibile storicità dell'interprete immerso fino al collo in questo divenire: « lo studioso del diritto positivo attuale si rende conto del pullulare di nuove esigenze, di nuovi fermenti, che rendono assai difficile il compito sistematico » (7).

Da qui il suo farsi intrepido nel pagare tributi ad apparenti contraddizioni e incoerenze, che sono invece soltanto un affinamento culturale e tecnico preteso dalla vigile coscienza etica del giurista osservatore non distratto della realtà circostante; con un monito preciso per i detrattori da strapazzo, che si appagano maliziosamente di una contabilità fondata sui soli dati esteriori: « chi va a caccia di contraddizioni, tenga presente che non solo mutano idee, orientamenti, metodi di indagine; ma qui addirittura è andato continuamente mutando l'oggetto stesso dell'indagine: e assai profondamente » (8).

3. Da un siffatto discorso si può però, *a contrario*, ricavare anche alcune costanti e fissarle. Certamente, Pugliatti rifugge da culti formalistici e da esasperazioni dogmatiche, certamente è un normativista, certamente per lui il diritto è innanzi tutto sistema e

(7) *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., *Premessa*, p. VII.

(8) *Ibidem*, p. VIII.

innanzi tutto sistematore il giurista, sorretto da una tensione a costruire architetture sistematiche unificatrici di fatti sparsi e trionfatrici sulla sparsità e atomicità dei fatti.

Un testo del '41 ha un piglio di franchezza e risolutezza straordinarie: « la realtà dello scienziato è tutta nel sistema dei concetti che egli elabora sul dato positivo ». E ancora: « mi sia consentito che io tenti di riaffermare la mia fede nella scienza giuridica come rigorosa sistematica concettuale, e di sostenerla sulla base dei principî immutabili della logica »⁽⁹⁾.

Qui il discorso sembra chiudersi nel segno di una convinzione affermata tanto recisamente: la logica rigidissimamente intesa è il cemento interno del sistema, che si presenta all'esterno nella sua inattaccabile corazza legalitaria. Ma un siffatto discorso sembra smentire quanto si diceva più sopra sul rifiuto di Pugliatti a ogni forma di immobilismo, senza contare che il trascritto testo del '41 si inserisce nella disputa sulla natura dei concetti giuridici, che coinvolge parecchi autorevoli giuristi italiani tra i quali il Nostro e che approdò alla concorde conclusione della loro relatività e storicità, dunque della loro mobilità.

Affiorano indubbiamente segnali di aporeticità, come intrinsecamente aporetico è il far leva su sistema e storia, giacché il normativismo sistematorio non potrà non cozzare frontalmente — prima o poi — con l'orientamento storicistico.

È che in Pugliatti tutto deve fare i conti con una costante, una costante prima e fondativa: la sottesa perenne dialettica tra *fatto giuridico* e *fatto umano*, una dialettica che è la fonte essenziale delle inquietudini e delle aporie del giurista e che incrina a fondo il costruttore munito di cristalli logici. Chiediamo allo stesso Pugliatti di far chiarezza, puntellando il discorso con un testo risalente alla sua primissima riflessione costruttiva: « ogni fatto giuridico è plasmato su un fatto umano: anzi, il fatto giuridico nasce da un processo di sintesi in cui la materia (contenuto) costituita da un fatto o da una relazione umana, viene attratta dalla forma giuridica, entro la quale si consuma senza residuo alcuno, fondendosi con essa in un'adesione piena e perfetta, per dar vita a una entità (giuridica),

⁽⁹⁾ *La logica e i concetti giuridici*, ora in *Diritto civile — Metodo. Teoria. Pratica-Saggi*, Milano, 1951, pp. 685 e 686.

avente individualità e vita autonome e governata da leggi proprie » (10).

L'orizzonte del giurista è tranquillo? No, davvero. Una nota a questa pagina, che Pugliatti non può fare a meno di scrivere, conclama invece inquietudine profonda: da un punto di vista filosofico — egli afferma — « avremmo dovuto eliminare quella specie di dualismo, che taluno forse risconterà nella nostra trattazione, tra forma e contenuto, ordine giuridico e ordine sociale, che si può mantenere solo quando si operi, come nel caso nostro, per via di analisi e con intendimenti tecnico-scientifici e non filosofici » (11).

E si profila qui un'altra costante del giurista Pugliatti, la sua dimensione di uomo di cultura che non riesce ad appagarsi delle tecniche del suo sapere specifico, che ha bisogno di verificarsi continuamente con la scienza madre, la filosofia, ne subisce il fascino e ne ricava quello che sarà un tratto distintivo della sua operosità intellettuale, e cioè uno spiccato complesso di inferiorità verso il filosofo che è libero dagli impacci propri di una scienza particolare di alta tecnicità come il diritto.

Sono costanti che si assommano e che complicano la riflessione del giurista: la dialettica fatto umano/fatto giuridico, benefica perché carica di vitalità, diventa un tarlo corrosivo giacché il suo dualismo sembra filosoficamente inaccettabile.

Un rilievo è essenziale: Pugliatti quasi se ne scusa, ne capisce la incongruità filosofica, ma non lo elimina, anzi lo ribadisce. Il giurista ha il sopravvento sul filosofo, ma l'insoddisfazione resta.

È un Pugliatti, che ha letto Cammarata (12), che registra gli estremi approdi dell'idealismo attualistico con il suo risolvere il sapere giuridico integralmente nella filosofia, che vede messe in discussione proprio sul piano epistemologico le costruzioni tecniche della *scientia iuris*. Ma il dualismo permane, e permane nel fianco la spina non rimossa del rapporto conflittuale fra scienza (la scienza

(10) *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti* (1927), ora in *Diritto civile-Metodo. Teoria. Pratica*, cit., p. 3.

(11) Vedi la nota 1, sempre a p. 3.

(12) Di Angelo Ermanno Cammarata egli ha almeno letto i « Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza » (1925), un saggio che non mancò di turbare parecchi giuristi.

per antonomasia) e le scienze particolari, nonché il problema della scientificità di queste. Ma il dualismo permane, e questo ha il grosso significato di una valorizzazione di entrambe le dimensioni. Malgrado i dubbii, malgrado l'autorevolezza del filosofo da lui allora più sentito, la dialettica norma/fatto, elemento formale/elemento materiale appare una costante insopprimibile: l'ampia monografia del 1935 su « Esecuzione forzata e diritto sostanziale »⁽¹³⁾ vi trova la sua articolazione fondativa.

4. Tiriamo le fila. Diverse costanti fertilizzano il pensiero di Pugliatti fin dalla giovinezza, ma, essendo di segno contrario, sono anche cagione di turbamento, di inquietudine. Va, però, prevalendo, malgrado certe affermazioni assolutistiche, la persuasione della strumentalità della logica, prezioso « strumento di sistemazione »⁽¹⁴⁾ ma strumento; accanto, senza nessuna indulgenza distruttiva, la persuasione della storicità dei pur insostituibili concetti giuridici.

Logica, concetti, arte sistematoria servono a non ridurre il giurista a mero esegeta, a inserirlo nel tronco di una almeno bimillenaria tradizione scientifica decantatrice avveduta di un sapere dotato di rigore formale e pertanto efficacemente ordinante⁽¹⁵⁾. Pugliatti, che ama l'analisi testuale, riserva un suo spazio all'esegesi, ma come primo passo per ascendere a un superiore livello sistematizzante; egli sbotta infatti nel testo sopraccitato appartenente alla disputa sui concetti giuridici: « e fortunata la generazione che non è condannata al lavoro del giardiniere che ritocca per la millesima volta le aiuole alle quali dedica da anni la sua cura vigile e costante, ma piuttosto ha il privilegio di dovere trasformare in giardino una sterpaia; e così dovrà sconvolgere la terra, e duramente lavorare e faticare, prima di vedere compiuta la propria opera »⁽¹⁶⁾.

Il giurista non è chiamato a un lavoro semplice e agevole com'è

⁽¹³⁾ Milano, 1935 (rist. Università di Camerino, 1978).

⁽¹⁴⁾ *Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali* (1935), ora in *Diritto civile-Metodo, Teoria, Pratica*, cit., p. 655.

⁽¹⁵⁾ Pugliatti teme « il caos risultante dalla pluralità asistemica delle norme » e ammonisce che « non si pervenga ad affermare, quale compito del giurista, l'esegesi puntuale delle singole norme giuridiche isolate » (*La logica e i concetti giuridici*, cit., p. 677).

⁽¹⁶⁾ *La logica e i concetti giuridici*, cit., p. 689.

quello di arrestarsi di fronte alla miriade di norme sparse e isolate, sparsamente analizzarle e spiegarle in un atomismo culturalmente sterile. Il suo assomiglia al lavoro duro di chi dissoda e rende feconda una terra prima improduttiva; fuor di metafora, di chi non può arrestarsi ad esercizi di logica ma costruisce, e costruendo deve essere fornito di una carica progettuale innervata di libertà e di responsabilità, di chi, costruendo, non può ignorare i fermenti che pullulano nel terreno circostante alla cittadella murata delle norme.

Il normativista Pugliatti chiama il giurista a lavorare sul dato positivo normativo⁽¹⁷⁾, ma, se il suo compito è sistematorio, lo sguardo dovrà andare ben oltre: il sistema non è mai la somma delle singole prescrizioni, il sistema è costruzione il cui senso e il cui orientamento sono in buona parte determinati dalla valutazione « politica » dell'interprete. E si aggiunga pure che il sistema di Pugliatti non è una geometria inflessibile ma ammette e rispetta le anomalie, quelle anomalie che sono — di per sé — ridondanti di storicità⁽¹⁸⁾.

Se si vuole, è sempre il persistere e il continuo affiorare di un sapere giuridico venato di aporeticità. Sistema e storia sono ancora i due poli fra i quali il teorico e il civilista è combattuto. Si scrive aporeticità ma si dovrebbe forse scrivere, per non far torto a Pugliatti, problematicità: un sapere problematico che rifiuta soluzioni semplicistiche e che affronta la complessità con la grande arma del vero sapiente: la disponibilità a comprendere, la consapevolezza della relatività delle verità a confronto. Il giurista non è un automa interamente consegnato a dei sillogismi senza tempo, vive — anzi — il suo tempo e reca sulla sua pelle traccia di questa immersione. Lo storico se ne compiace, invece di passare avventatamente a frettolosi giudizi negativi.

5. Una cosa è certa: egli non appartiene sicuramente al novero dei post-pandettisti, né il suo sapere civilistico ha aspirazioni di purezza di stampo giusnaturalistico; il suo diritto civile è, al contra-

(17) *Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali*, cit., p. 666.

(18) Di peculiare interesse a questo proposito il saggio del 1935 citato più volte e anche nella nota precedente.

rio, situato ben all'interno dell'universo giuridico, al centro di una raggiera di relazioni che pròvocano un benefico flusso osmotico con altre discipline vitali.

Pugliatti avverte in modo intenso la unitarietà della scienza giuridica e non è neppure minimamente sfiorato da tendenze isolazionistiche. È vero tutto il contrario: nel 1931 con un originalissimo contributo alla teoria dei trasferimenti coattivi ⁽¹⁹⁾ e nel '35 con la già citata monografia su « Esecuzione forzata e diritto sostanziale » ⁽²⁰⁾ egli palesava la sua esigenza d'una visione unitaria del diritto puntellando il grande nucleo civilistico anche sulle costruzioni — ormai teoricamente svettanti — di pubblicisti (soprattutto amministrativisti) e processualisti, e dimostrando quanto poco gli importasse la fedeltà al vecchio solco della purezza civilistica.

Si aggiunga: un saggio del '37 è articolato interamente in dialogo e dialettica con il costituzionalista Esposito e con l'amministrativista Giuseppino Treves ⁽²¹⁾.

Se c'è un vizio che proprio non gli si attaglia è la sufficienza: intellettualmente curiosissimo, lettore accanito di pagine collocate anche *extra moenia*, lui stesso studioso e docente ben al di là dell'orto conchiuso del diritto, la sua è una costante posizione di umiltà. Per veder più chiaro sui suoi tanti nodi problematici, non ha esitazione a chiedere arricchimenti e irrobustimenti ben al di là del campo civilistico e anche del campo giuridico.

Un impegnativo esperimento didattico del 1943 segnala il dilatarsi delle letture pugliattiane e il complicarsi consequenziale del suo orizzonte teorico ⁽²²⁾. Se permane la convinzione che « la normatività.. caratterizza il fenomeno giuridico » ⁽²³⁾, si affaccia però anche l'esigenza netta di tenere ben distinte le nozioni di ordinamento

⁽¹⁹⁾ *Introduzione ad una teoria dei trasferimenti coattivi*, in *Annali dell'Istituto di Scienze Giuridiche Economiche Politiche e Sociali della R. Università di Messina*, V (1931), alla quale debbono aggiungersi numerosi interventi successivi sull'argomento, fino alla sintesi del 1939 (voce « Trasferimenti coattivi » nel « Nuovo Digesto Italiano »).

⁽²⁰⁾ Vedi, sopra, la citazione alla nota 13.

⁽²¹⁾ *Atto giuridico e determinazioni accessorie di volontà*, ora in *Diritto civile-Metodo. Teoria. Pratica*, cit.

⁽²²⁾ Il riferimento è a: *Gli istituti del diritto civile* — volume I — *Introduzione allo studio del diritto*, Milano, 1943.

⁽²³⁾ *Gli istituti del diritto civile*, cit., p. 8.

giuridico e di sistema normativo ⁽²⁴⁾; si consolida cioè l'immagine di un ordinamento giuridico complesso che un insieme di imperativi formali non è in grado di esaurire.

I suoi rinvii segnalano una tastiera di modelli culturali assolutamente eterogenei: la quale non è da imputarsi a un deplorable eclettismo del Nostro, ma piuttosto al suo bisogno di corrispondere alle diverse visioni del diritto che convivono nel suo animo e che egli non sente di poter sacrificare. Questo spiega il riferimento a Perassi, cioè al più formalista fra i teorici italiani del diritto, che convive con quello di Santi Romano, o al saggio mortatiano sulla costituzione materiale che il curioso Pugliatti ha letto subito con interesse ma che certamente Perassi ha relegato tra gli esperimenti più arrischiati della riflessione giuridica di quei primi anni Quaranta.

6. Il testo didattico del 1943, proprio nelle sue ambiguità di derivazione culturale, è speculare a un giurista che è appena uscito dal bagno salutare ma provocante della disputa sui concetti giuridici. In quel dialogo fitto Pugliatti, confrontandosi soprattutto con personaggi dalla forte dimensione speculativa, aveva potuto rimuginare i più fondanti problemi metodologici, si era potuto liberamente interrogare sulla identità culturale del giurista e aveva potuto — in modo particolare — porre in discussione quella che era da sempre la spina nel suo fianco, e cioè la legittimazione di una scienza particolare a pretendersi scienza.

Suoi interlocutori privilegiati sono un filosofo dalla solida preparazione giuridica, Guido Calogero, e un filosofo del diritto, Giuseppe Capograssi, accomunabili come accesi propugnatori della storicità dei fenomeni giuridici, anche se diversissimi nelle loro matrici ideologiche e culturali. Pugliatti ha tra le mani un libro che Capograssi ha scritto da poco e che diventerà per lui quasi un breviario ⁽²⁵⁾. Capograssi era il filosofo più appagante e più consolante, perché rispondeva frontalmente al dubbio epistemologico di fondo. Al contrario di Cammarata che, chiuso nella sua corazza

⁽²⁴⁾ [il diritto] « si dirama nell'ordinamento giuridico e nel sistema normativo, che di solito vengono confusi tra loro e devono invece tenersi distinti » (*ibidem*, p. 7).

⁽²⁵⁾ *Il problema della scienza del diritto*, Roma, Foro Italiano, 1937 (nuova edizione a cura di P. Piovanì: Milano, 1962).

attualistica, denunciava la povertà filosofica dei giuristi o addirittura la loro antifilosofia, e vi irrideva, Capograssi leggeva con attenzione e con amore le pagine dei giuristi filosofeggiando su di esse voglioso di instaurare un profittevole dialogo.

Nel 1950, in uno dei saggi più programmatici che chiude una fase della sua ricerca e ne apre un'altra, e cioè « La giurisprudenza come scienza pratica »⁽²⁶⁾, egli, sempre assillato (mi verrebbe voglia di dire: ossessionato) dal problema della scientificità del diritto e sempre assillato dalla chiamata del diritto davanti al Tribunale della filosofia per una definitiva resa dei conti⁽²⁷⁾, non trova di meglio che invocare l'autorità e la solidarietà di Capograssi.

Quei primi anni Quaranta sono un momento di incontri, e quindi momento liberatorio, e quindi momento chiarificatore per un civilista inquieto come Pugliatti, solcato nella sua interiorità da quesiti impellenti e da forze in contesa fra loro. E di incontri il Nostro sarà sempre alla ricerca, perché sempre egli si presenta allo storico sul sentiero di un itinerario progrediente, non depositario d'una verità assoluta ma desideroso di verificare i dubbii che lo mordono dentro con i brandelli di verità riscontrabili nelle esperienze intellettuali altrui.

7. Un approccio incisivo, forse il più incisivo di tutti, avverrà nell'immediato secondo dopoguerra, e non sarà con un giurista e nemmeno con un filosofo, bensì con un linguista, Giovanni Nencioni, che pubblica a Firenze un libretto stringato ma densissimo su « Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio »⁽²⁸⁾.

Pugliatti lo legge immediatamente e vi si riconosce, trovando in quelle pagine una stessa ansia di ricerca, quasi lo specchio di sé trapiantato in seno a un'altra disciplina; infatti « la preoccupazione fondamentale del Nencioni è quella del valore conoscitivo della

⁽²⁶⁾ Ora in *Grammatica e diritto*, Milano, 1978.

⁽²⁷⁾ Così si esprime, dietro Capograssi, lo stesso Pugliatti: « oggi più che mai la scienza giuridica, come è stato detto argutamente, è chiamata a comparire al Tribunale della filosofia, per difendersi dall'accusa di abuso del titolo di scienza » (*La giurisprudenza come scienza pratica*, cit., p. 105).

⁽²⁸⁾ Firenze, 1946, da leggersi però nella nuova edizione curata dalla Scuola Normale Superiore di Pisa (Pubblicazioni della Classe di Lettere e Filosofia — V, Pisa, 1989), arricchita di parecchie testimonianze dello stesso Nencioni.

linguistica »⁽²⁹⁾, cioè la sua preoccupazione essenziale in rapporto alla scienza giuridica.

Il testo nencioniano recava inoltre in sé una seducente attrattiva; non era scritto da un comune (anche se provvedutissimo) linguista sulla scorta delle molte provvedutezze accumulate nella ormai lunga tradizione scientifica della linguistica. Nencioni nasceva giurista, allievo a Firenze di Piero Calamandrei, con cui si era laureato in Giurisprudenza e sotto la cui guida aveva redatto un volume di severissima tecnica giuridica in tema di intervento volontario litisconsorziale⁽³⁰⁾; una avventura culturale che non era stata relegata dal linguista fiorentino nella soffitta degli errori giovanili ma veniva pienamente valorizzata a supporto del discorso critico del 1946; che è infatti centralmente imperniato sulla comparazione e sulla affinità fra diritto e linguaggio come due modi di organizzazione della dimensione sociale del soggetto, utilizzando strumenti di analisi peculiari della più recente giuristica novecentesca e applicandoli alla linguistica. Fra questi, primeggiante, la nozione di istituzione: diritto e linguaggio sorpresi e compresi come istituzioni.

La seduzione del libretto nencioniano era troppa perché il curiosissimo Pugliatti potesse resistervi; egli vuole recensirlo, e lo fa distesamente con quello che è nella sostanza un vero e proprio saggio autonomo, e lo fa prendendo l'occasione per discorrere dei problemi epistemologici che lo tormentano e nei quali si sente accomunato a Nencioni, e lo fa lasciando che il discorso sia squisitamente metodologico, quasi un sasso lanciato nella piccionaia dei filosofi, tanto che sceglie di stamparlo non su una Rivista giuridica ma sul primo numero di un nascente foglio messinese dell'editore D'Anna, « Teoresi — Rivista di cultura filosofica »⁽³¹⁾. Il colloquio con i filosofi gli sembra indispensabile: di lì a due anni, egli vorrà

(29) Lo segna Io stesso Pugliatti nel corposissimo « a proposito di » da lui redatto sul libro di Nencioni e di cui si discorre nel testo, nei rigli successivi (*Valore conoscitivo e funzione pratica delle scienze particolari*, ora in *Grammatica e diritto*, cit., p. 208).

(30) G. NENCIONI, *L'intervento volontario litisconsorziale nel processo civile: contributo ad una nuova sistematica dell'intervento*, Padova, 1935 (Calamandrei lo inserisce nella sua « collana » di « Studi di diritto processuale »).

(31) *Teoresi*, anno I, n. 1 (maggio-giugno 1946). Oggi, come è scritto già nella nota 29, è leggibile in: *Grammatica e diritto*, cit., p. 205 ss.

parlare della « Crisi della scienza giuridica » proprio nell'ambito del XV Congresso Nazionale di Filosofia ⁽³²⁾.

V'è in esordio al saggio recensorio una puntualizzazione che è parecchio rivelatrice: « Il pensatore, lo studioso, l'uomo di cultura del nostro tempo non opera e vive in letizia e olimpica serenità, ma sembra sospinto da oscuri impulsi irrazionali e agitato da tormentosi aneliti, che non gli danno requie; e pare una sola cosa possa sottrarsi al tarlo demolitore dell'autocritica: il sentirsi rapito nell'eterno *panta rei* del gran mare dell'essere, sospinto da una sorta di demoniaco *élan vital*, sciolto dalla compattezza del fatto nel processo del farsi, assorbito nell'unica realtà dinamica della *durée* » ⁽³³⁾.

Siamo — l'abbiamo detto — nel 1946, anno che ha appena alle spalle le distruzioni immani di una guerra immane, il crollo di un tempo storico, il crollo di tante inveterate certezze restate intatte fino ad allora. Un uomo di cultura, che abbia gli occhi ben aperti, non può non avvertire il vuoto in cui quasi all'improvviso è venuto a trovarsi: i templi antichi sono stati dissacrati e gli idoli venerati sono stati infranti. L'unica saldezza sta nell'essere all'interno di un fluire che continua, che malgrado tutto continua e continuerà, dove però più che le geometrie logiche conta un sapere intuitivo che monta dalle profondità irrazionali della coscienza.

La puntualizzazione ha il sapore d'una confessione e ci rivela nitidamente lo spartiacque in cui Pugliatti si trova: la vecchia e provata fedeltà al sistema cementato di logica sembra cedere alle mai sopite percezioni storicistiche, avvalorate appena ieri nelle dispute metodologiche sui concetti giuridici e rimaste oggi come unica ricchezza nelle mani del giurista svuotate dalla catastrofe mondiale. Non si può certo parlare di interruzione di un itinerario o di un brusco cambiamento di rotta; siamo piuttosto su un crinale riflessivo, dove le inquietudini del passato sembrano maggiormente placarsi per il sopravvento che certe forze culturali prendono nell'animo del pensatore e per il conseguente definirsi di un paesaggio spirituale. La dimensione storicistica accenna a prevalere nettamente.

⁽³²⁾ Ora in *Grammatica e diritto*, cit., p. 193 ss.

⁽³³⁾ *Valore conoscitivo e funzione pratica delle scienze particolari*, cit., p. 207.

8. A questo risultato, accanto all'approfondimento metodologico, doveva, a nostro avviso, contribuire non poco la lunga familiarità di Pugliatti, attraverso gli anni Trenta e Quaranta, con l'allora rilevantissimo nodo problematico della proprietà.

Il giurista, infatti, non si poneva elevati quesiti sulla dimensione filosofica e politologica, e nemmeno sul ruolo costituzionale dell'istituto nel sistema del Codice civile, né gli interessavano le vecchie questioni della civilistica tradizionale sul rapporto tra *dominium* e *iura in re aliena*.

Non è l'istituto del diritto civile raccolto dal materno grembo della tradizione romanistica a interessarlo, ma piuttosto il grado di incidenza che su quell'istituto avevano avuto ed avevano i cospicui interventi pubblici degli anni Venti e Trenta. Non è la proprietà imbalsamata sotto la campana di vetro del Codice del 1865 a muovere la sua curiosità di osservatore attento dei paesaggi a lui contemporanei, ma piuttosto le modificazioni sostanziose operate da una folta e coraggiosa legislazione speciale⁽³⁴⁾ o anche dallo stesso Codice del 1942 per quel tanto in cui si distanziava dalle decrepite immobilizzazioni ottocentesche.

« La proprietà nel nuovo diritto » intollererà Pugliatti il volume del 1954 raccogliatore dei suoi saggi più rilevanti, intendendo ciò che si era « maturato sotto la spinta di due guerre mondiali » e dove lo studioso contemplava senza scandalizzarsi (ma anzi con un sostanziale compiacimento) il « pullulare di nuove esigenze, di nuovi fermenti »⁽³⁵⁾. È la dimensione pubblicistica della proprietà, che balza in primo piano⁽³⁶⁾, senza alcuna preoccupazione per una tradizione moderna che aveva, al contrario, con tutte le sue forze, cercato di preservarla dalla contaminazione con la sfera del pubblico. Ed è anche la dimensione economica, valorizzante la sua

⁽³⁴⁾ « La ricerca, lasciando sullo sfondo le disposizioni del Codice, si è nutrita quasi esclusivamente di quelle contenute nelle leggi speciali » (*La proprietà nel nuovo diritto*, cit., *Premessa*, p. VI).

⁽³⁵⁾ Così nella premessa al volume (pp. V e VII).

⁽³⁶⁾ Basta leggere le intitolazioni dei saggi degli anni Trenta per rendersene conto: « La ricomposizione delle proprietà frammentate secondo le nuove norme sulla bonifica integrale » (1934); « Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà » (1935); « L'occupazione e l'amministrazione coattiva delle terre incolte » (1936); « Strumenti tecnico-giuridici per la tutela dell'interesse pubblico nella proprietà » (1939).

natura obbiettiva e produttiva a costo di sacrificare la libertà del proprietario. Era, in fondo, la proprietà di cui si occupavano affannosamente i suoi amici agraristi, al fianco dei quali, come abbiamo detto più sopra, egli si è sempre simpateticamente trovato.

Orbene, lo studio di questa proprietà immersa nella economia d'un territorio o resa più concreta da leggi speciali che la funzionalizzavano impietosamente (per esempio, le grandi normative in tema di acque pubbliche e di bonifica) fu per il Nostro un bagno di fattualità e un lavacro da eccessivi spasimi sistematorii, posto che si trattava di materia incandescente e riottosa a farsi incasellare nelle categorie di Gaio. Fu per il Nostro un bagno di storicismo e anche un decisivo corroboramento delle sue inclinazioni storicistiche.

9. Ed ecco alcuni frutti cospicui, che da questo ripensamento conseguono e che ségnano l'avvio del momento di piena maturità del Maestro messinese. Ai confini di questo tempo fertile si collocano due saggi, che Pugliatti riterrà tappe essenziali del proprio itinerario di ricerca e che sono — al tempo stesso — raccolta di seminagioni passate e progetto del futuro lavoro: « Fiducia e rappresentanza indiretta »⁽³⁷⁾ del 1948 e « La giurisprudenza come scienza pratica »⁽³⁸⁾ del 1950.

Il primo è una riflessione dalla robusta valenza tecnica su tema oltremodo caro a Pugliatti e oltremodo battagliato nelle analisi civilistiche moderne dalla Pandettistica in giù. Il Nostro vi dimostra appieno le sue doti di fine analista e di provetto costruttore, ma non meriterebbe di porlo in tanto speciale evidenza se l'autore non lo riconoscesse tappa riflessiva del suo cammino premettendovi ben venticinque pagine di indole squisitamente metodologica e proponendolo lui stesso come interrogazione sulla propria identità e sui proprii strumenti conoscitivi, e dunque come sosta necessaria prima di riprendere il viaggio intellettuale costellato negli anni precedenti di quesiti irrisolti. Un saggio tecnicissimo con la premessa di un breviario metodologico di ben venticinque fittissime pagine! Per chi, come noi, segue Pugliatti alla ricerca di se stesso come giurista e come uomo di cultura, si impone uno sguardo non distratto.

⁽³⁷⁾ Ora in *Diritto civile — Metodo. Teoria. Pratica*, cit., p. 201 ss.

⁽³⁸⁾ Ora in *Grammatica e diritto*, cit., p. 101 ss.

Il saggio si apre, per così dire, con una constatazione che sfocia in una aperta lamentazione: la constatazione di un isolamento della scienza giuridica e, insieme, della aridità metodologica che quello ha provocato, nonché della diffidenza delle altre scienze verso gli esercizi intellettuali dei giuristi, troppo spesso fragili castelli di carte che rovinano al primo soffio di vento forte ⁽³⁹⁾.

Mossi da un esasperato sentimento di autarchia, i giuristi si sono costruiti una sorta di muraglia cinese e han creduto di poter vivere beati in una assoluta autopoiesi, ignorando il gran dibattito dell'episteme moderna che si svolgeva appena fuori delle loro custoditissime porte, beati di un « esasperato formalismo » e di un « rigido dogmatismo » come cerniere perfette della loro clausura.

Tutto ciò è, agli occhi di Pugliatti, assolutamente ingiustificato; di più: assolutamente suicida. Si impone una rifondazione, « s'impone.. la necessità di adottare, se si vuole ancora ritentare una ricerca scientifica, un metodo che non si mantenga estraneo e non si tenga lontano dai metodi e dai procedimenti delle altre scienze » ⁽⁴⁰⁾.

Il punto dolente è esattamente qui: il pensiero giuridico non è e non deve essere una specie di isola galleggiante; è una dimensione della totalità del pensiero moderno, nel quale deve sentirsi inserito ed entro il quale deve essere vivificato dai continui dibattiti affnanti, con l'imperativo di adottare senza rinvii « un metodo d'indagine che sia adeguato alle esigenze critiche del pensiero moderno » ⁽⁴¹⁾. La conoscenza giuridica, se vuol essere conoscenza scientifica, deve abbandonare una solitudine rischiosissima, entrare in dialogo e confronto con le altre scienze, un dialogo e un confronto che non le toglieranno identità ma eviteranno soltanto quell'identità fittizia, artificiosissima, che essa ha creduto di potersi dare con le sue sole forze.

⁽³⁹⁾ « Non si vede, oggi più che mai, una ragione che possa giustificare la condizione di isolamento nella quale si mantiene il giurista, svolgendo le proprie indagini; né si vede come possa trovare giustificazione l'exasperato formalismo e il rigido dogmatismo che le caratterizzano. Diffidenza e scarsa simpatia sono il portato di quella clausura » (*Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit., p. 202).

⁽⁴⁰⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽⁴¹⁾ *Loc. ult. cit.*

Prorompe il problema più urgente còlto ne « la posizione della scienza giuridica in relazione alle altre scienze » (42), giacché essa, situata in una zona intermedia fra le scienze naturali e le scienze storiche, ha più d'ogni altra sofferto di una siffatta ambiguità (43).

La tensione al sistema — intrinseca, connaturale, e pertanto insopprimibile — impedisce di calarla *sic et simpliciter* nel campo delle scienze storiche (44). Che la scienza giuridica sia scienza sistematica Pugliatti lo ribadisce volentieri, ribadendo in tal modo il filo di continuità con le certezze giovanili, ma è la nozione di sistema che gli si è come erosa tra le mani dopo le iniezioni storicistiche degli anni precedenti: il sistema giuridico è solo apparentemente formale ma « alla radice è sistema della realtà sociale in quanto (essa è come tale) realtà giuridica » (45). Siamo ben lontani dal cristallo logico perfettamente separato dalla soluzione liquida che pure lo ha originato. La realtà storico-sociale, realtà umanissima, è in continua osmosi con l'ordinamento formale e, in quanto portatrice in sé di un complesso di valori, pretende giustamente di impressionarlo e di elasticizzarlo secondo le proprie esigenze mutevoli nel tempo.

E la scienza ha proprio qui il suo compito più arduo e più costruttivo: non erigere pinnacoli gotici senza fondamenti storici, ma costituirsi cerniera tra fatti e valori storicamente mutevoli (da un lato), e, forme, categorie, sistema (dall'altro). Come i concetti giuridici, anche il sistema giuridico non è più realtà compatta e in sé conclusa; la sua staticità dovrà relativizzarsi in una disponibilità piena al caso concreto e anche al caso anomalo, perché ciò chiede l'esperienza percorsa sempre da correnti dinamiche in continuo divenire. Altrimenti, è il risciocimento, il troncamento tragico del cordone ombelicale fra società e diritto.

Ascoltiamo direttamente la voce eloquente dello stesso Pugliatti: « sistema che non esclude affatto... la perpetua aspirazione al caso

(42) *Fiducia e rappresentanza indiretta*, cit., p. 205.

(43) *Ibidem*, p. 204.

(44) « Codesta esigenza sistematica... è talmente intrinseca, connaturale... alla scienza giuridica, che non si può in nessun modo fare di essa una scienza essenzialmente ed esclusivamente storica né essa si può totalmente distaccare dalle scienze naturali » (*ibidem*, p. 209).

(45) *Ibidem*, p. 216.

specifico e concreto... sistema risultante dall'equilibrio, sempre spostabile e mutevole, di energie vive, anziché dalla composizione statica di strutture definite, chiuse in sé medesime. I concetti giuridici.. non sono se non apparentemente immobili.. »⁽⁴⁶⁾.

E si ingigantisce il ruolo della scienza, « momento di mediazione »⁽⁴⁷⁾ tra norma e prassi, tra staticità del precetto legislativo e mutevolezza dei valori sociali; la scienza, costruttrice di sistemi ma, al tempo stesso, percettrice di quella realtà storicamente viva che è la « coscienza giuridica », una consolidazione di comportamenti e di principii ad opera della tradizione ma senza mai deporre il carattere della plasticità. Il tutto colto come processo circolare dall'esperienza alla scienza⁽⁴⁸⁾ con « rifluenza » di questa in quella (si noti: « rifluenza è parola che appartiene al lessico tipico di Pugliatti »⁽⁴⁹⁾).

Non è chi non avverta che il Nostro sta dialogando con quelli — tra i filosofi italiani del diritto — che più si sono interrogati sulla scientificità del diritto, e se ne trova traccia nelle stesse annotazioni pugliattiane dove si menzionano Calogero, Capograssi, Cesarini Sforza, Leoni, Lopez de Oñate. Fra di essi, uno va prendendo campo e, va assumendo una sorta di ruolo orientatore nel divenire della ricerca pugliattiana, ed è Capograssi. L'abbiamo già segnalato ma ora — fine degli anni Quaranta — la sua influenza si fa determinante.

Quando, due anni dopo, Pugliatti scrive il secondo saggio programmatico, la bussola del pellegrino itinerante è ancora più schiettamente dichiarata; e il sintagma caro a Capograssi e da lui innalzato a cifra della propria visione dell'universo giuridico, « esperienza giuridica », ha un trapianto stabile nel vocabolario e nell'idea-

⁽⁴⁶⁾ *Ibidem*, p. 217.

⁽⁴⁷⁾ *Ibidem*, p. 220.

⁽⁴⁸⁾ « La scienza giuridica deve ritrovare la “coscienza giuridica”, dalla quale la sua attività dev'essere guidata e governata dopo che essa medesima, la scienza, ha lavorato alla formazione di quella coscienza giuridica, instaurando il ciclo perenne della reciproca influenza » (*ibidem*, p. 223).

⁽⁴⁹⁾ « Questo processo di adattamento è un processo continuo, perché sollecitato dalla necessità di rifluenza nella realtà storica, alla quale il sistema concettuale è legato » (*ibidem*, p. 219).

rio pugliattiano, « l'esperienza giuridica come vita e storia degli uomini »⁽⁵⁰⁾.

È una bussola che conduce, però, quel pellegrino a nuovi approdi, e che muta anche gli equilibri nella diversità e complessità delle convinzioni del giurista, un giurista — non dimentichiamolo mai — che, sin dall'inizio, non è monocorde né ha edificato, su un solo pilastro portante la propria costruzione giuridica. Ormai, spostato il pendolo della sua attenzione sull'esperienza giuridica, mutano anche sensibilmente i caratteri fondativi del paesaggio.

Tutto ciò emerge vistosamente, quando Pugliatti arriva a constatare, che « l'ordinamento giuridico si presenta, più che come un complesso sciolto di *prescrizioni*, come un *sistema di istituzioni* »⁽⁵¹⁾. Qui il vecchio normativista contempla e registra i limiti del normativismo; Dobbiamo riconoscerlo: egli non ha mai amato l'esegeta di norme sparse, perché l'azione intellettuale del giurista, dispersa in una visione atomistica di singoli testi cartacei, non sarebbe mai (o molto difficilmente) assunta a opera costruttiva: quell'esegesi minuta, piatta, neutrale, non impegnativa di tutte le forze spirituali dell'interprete, poteva convenire soltanto a mestieranti sempliciotti e non a dei costruttori. L'esegesi si legittima ai suoi occhi quale piattaforma prima su cui edificare il sistema, ma la sua attenzione è per questo, e il suo incondizionato elogio è per il giurisperito come sistematore.

Nella frase del saggio del '50 l'asse fondante si è ulteriormente spostato, e prende consistenza e rilevanza, più che le « prescrizioni », una realtà differente, gli « istituti », ossia quel complesso di intrecci che organizzano i rapporti sociali costituendoli in corpi ideali aventi autonomia e normatività. Il diritto si presenta come un ammirevole congegno organizzativo più che come un universo di comandi.

È l'approdo dello storicismo pugliattiano: il comando galleggia sulla società e sulla storia o piove su di essa facendo ad essa violenza, soffre di astoricità e perfino di antistoricità; l'ordinamento, l'istituto come ordinamento, è la dinamica stessa della società che provvede al proprio salvataggio diventando un tessuto giuridico; in esso la

⁽⁵⁰⁾ *La giurisprudenza come scienza pratica*, cit., p. 136.

⁽⁵¹⁾ *Ibidem*, p. 139.

dimensione normativa c'è perché è dimensione connaturata al giuridico quale matrice dell'osservanza che è al cuore stesso del mistero del diritto, però è una normatività meno autoritaria, meno violenta; fondata com'è sulla adesione dei consociati.

L'èsito del saggio sembra lapidariamente raccogliere questi affioramenti: « in conclusione, nel diritto confluiscono logica e storia »⁽⁵²⁾. Aggiungiamo noi facendoci interpreti dell'itinerario pugliattiano: più storia che logica.

10. Lo conferma il successivo cammino dopo quel 1950 che è la data di pubblicazione de « La giurisprudenza come scienza pratica », un cammino che si snoda per un intiero venticinquennio. Su certezze assiomatiche (nelle quali — diciamolo pure — Pugliatti ha assai poco creduto) egli non può contare. A disposizione del moderno uomo di cultura, come ci confessa in un saggio dove il Nostro vorrebbe consegnare un messaggio squisitamente speculativo, non vi sono che « verisimiglianze » e « probabilità »⁽⁵³⁾. Si rafforza quella percezione del mutamento e soprattutto della sua forza trascinatrice, che era già così vivace nei primi ripensamenti dopo la tragedia della guerra, nella recensione del '46 al libro di Nencioni.

E un motivo diventa invadente e insistente, quasi ossessivo nella sua costante ripresa: quello del rapporto fra continuo e discontinuo, che non lo lascerà più fino alla morte. Un rapporto che diventa problema drammatico per il giurista e per la scienza giuridica, giacché, come ammonisce lo stesso Pugliatti chiudendo la riflessione metodologica del 1950 riportata più sopra, « nel diritto confluiscono logica e storia », posizioni antinomiche che non possono non conferire antinomicità, statica e dinamica destinate a convivere insieme.

Il dialogo fuori della finestra di casa, che è stato sempre ai miei occhi la sua virtù prevalente, si moltiplica via via che gli anni passano, e si moltiplica il ventaglio degli interlocutori che sono

⁽⁵²⁾ *Ibidem*, p. 142.

⁽⁵³⁾ *Conoscenza e diritto*, Milano, 1961, p. VIII (il saggio era la riproduzione in veste autonoma della « voce » « Conoscenza » scritta per la « Enciclopedia del diritto » dell'editore Giuffrè).

ormai giuristi, filosofi, storici, linguisti ma anche matematici, fisici, naturalisti. L'interrogazione soggiacente è di indole metodologica, e verte sulla sua perenne spina nel fianco, e cioè sulla posizione della scienza giuridica nel nòvero delle scienze, sulla identità culturale del giurista, sulla legittimazione scientifica di una scienza particolare.

E non si attenua davvero il complesso di inferiorità verso la filosofia quale scienza non immiserita da particolarismi. E il discorso del giurista si fa intrinsecamente più filosofico.

L'attenzione per la dimensione fattuale — altra grossa virtù che si deve riconoscere come costante dell'intera ricerca pugliattiana — si fa centrale, all'insegna di una provvedutissima presa di coscienza: la fusione nel fatto di essere e dover essere ⁽⁵⁴⁾, che è coscienza de « la carica di valore contenuto nel fatto » ⁽⁵⁵⁾. Ovviamente, il fatto che viene qui in oggetto non è ogni dato della realtà bruta, ogni accadimento; è, al contrario, soltanto « il fatto più qualcosa che ne costituisce la concreta storicità, è insomma il fatto nel farsi », come lui dice citando Cesarini Sforza, il fatto costitutivo dell'esperienza ⁽⁵⁶⁾.

È la nozione capograssiana di esperienza che la fa ormai da padrona, e in essa, come protagonisti, quelle congiunzioni di fatto e valori che sono gli istituti o, se si vuole, quel complesso di istituti che'è l'ordinamento giuridico ⁽⁵⁷⁾; il quale, proprio perché intriso di valori, non può non essere portatore di una generica normatività. Con questa precisazione, tutta da sottolineare per l'altissima rilevanza teoretica: « sembra difficile, allo stato attuale degli studi, poter sostenere che l'ordinamento giuridico si risolva senza residuo nel sistema normativo... l'ordinamento giuridico costituisce una realtà

⁽⁵⁴⁾ [la vita pratica] « è il luogo proprio dell'esperienza giuridica, cioè di quel tipo o aspetto dell'esperienza umana, della vita degli uomini, che è insieme inscindibilmente fatto e diritto. Quando penetriamo veramente nel cuore del fatto, specie dei fatti costitutivi di fasi genetiche o cruciali dell'esperienza, vediamo fusi insieme l'essere e il dover essere, la realtà umana e storica, puntualizzata nel momento del suo nascere e potenzialmente distesa nella sua sorte futura, nell'alveo della norma nata con essa » (*Per un convegno di diritto cosmico* (1961), ora in *Grammatica e diritto*, cit., p. 252).

⁽⁵⁵⁾ *Ibidem*, p. 253.

⁽⁵⁶⁾ *Nota su continuo e discontinuo*, ora in *Grammatica e diritto*, cit., pp. 310-11.

⁽⁵⁷⁾ *Ibidem*, p. 329.

assai complessa, e concreta, quindi originaria: quella realtà oggettiva nella quale si danno inscindibilmente fatto e valore »⁽⁵⁸⁾.

Il distacco dal normativismo formalistico e legalistico, l'occhio ormai aperto verso il respiro più ampio dell'esperienza giuridica, consentono al Nostro di percepire la complessità dell'ordinamento giuridico, derivante dalla sua concretezza, cioè dalla sua immersione nella intricatezza del sociale; una immersione che gli permette anche di recuperare l'originarietà. Anzi, nella riflessione acutamente dialettica fra continuo e discontinuo « l'ordinamento giuridico rappresenta la concretezza storica, e quindi il continuo mobile, mentre il sistema normativo... rappresenta il discontinuo astratto »⁽⁵⁹⁾.

La contrapposizione è fortemente segnata, ed è implicita la scelta dello scrittore. Come precisa poco oltre, « la società e la storia bussano alla porta del giurista, ed egli non può fingersi sordo »⁽⁶⁰⁾.

La ricerca di Pugliatti — anche se egli muore non vecchissimo ma certamente vecchio alla età di settantatré anni — era ancora in pieno svolgimento al momento della sua scomparsa, come capita a quei grandi cercatori di verità la cui vita intellettuale è un continuo superamento verso un fine che si colloca sempre al di là.

Angelo Falzea, che quale allievo devoto stava curando negli ultimi anni di vita del Maestro una raccolta di suoi saggi, ci racconta⁽⁶¹⁾ un episodio che travalica la piccola cronistoria particolare e ci offre considerazioni di qualche interesse sulla vicenda dell'ultimo Pugliatti come itinerario culturale. Riguarda la raccolta, uscita poi postuma, « Grammatica e diritto », e riguarda specificamente la « Nota su continuo e discontinuo », testo costruito sul canovaccio di una precedente conferenza catanese. A Falzea, che lo sollecitava anche a nome dell'editore e del curatore della « collana » (giacché tutto era pronto), Pugliatti rispondeva chiedendo ulteriori dilazioni, ma rinviando anche l'apparizione del volume per il desiderio preciso che in esso comparisse questa sua ultima riflessione in tema di continuità/discontinuità.

⁽⁵⁸⁾ *Continuo e discontinuo nel diritto*, ora in *Grammatica e diritto*, cit., p. 87.

⁽⁵⁹⁾ *Ibidem*, p. 87.

⁽⁶⁰⁾ *Ibidem*, p. 89.

⁽⁶¹⁾ V. le pagine premesse da Falzea a *Note su continuo e discontinuo*, cit., pp. 257-58.

Falzea troverà un testo ancora da perfezionare sullo scrittoio di Pugliatti, e senza dubbio chi oggi lo legge nella redazione ancora informe provvisoriamente datagli dall'autore si accorge subito che si trattava di materiale plastico su cui l'insoddisfatto scrittore stava ancora lavorando ⁽⁶²⁾. Due notazioni si impongono: sulla rilevanza che Pugliatti attribuiva al tema; sul tormentoso scavo che quel tema gli imponeva, uno scavo che sembrava non avere mai un èsito definitivo.

Il giurista inquieto, nella sua sincera e ammirevole ricerca di se stesso, imboccato che ebbe il sentiero di un sempre più convinto storicismo, non poté che fare i conti con l'antinomia perenne del diritto, il quale è — al tempo stesso — continuo e discontinuo, ordinamento del sociale, e pertanto elastico, e pertanto storia vivente, ma anche valore, valore osservato, e come tutti i valori tendente a riposare e a immobilizzarsi.

Nel saggio incompiuto Pugliatti — che aveva dato, in passato, piena prova di essere un attrezzatissimo e non improvvisato storico del diritto ⁽⁶³⁾ — affronta risolutamente anche lo spazio e il ruolo della storia giuridica in seno alla unità della scienza giuridica ⁽⁶⁴⁾ e si apre a interessi e letture di metodologia della ricerca storica, testimoniandoci quanto sia rimasto impressionato dall'incontro con una delle pagine più pensose scritte in proposito nel secolo ventesimo, quella del filosofo e teologo della storia Henry Irenée Marrou ⁽⁶⁵⁾.

Il civilista inquieto è sorpreso dalla morte nel colmo di un itinerario in pieno svolgimento, combattuto da problemi epistemologici che non gli permettono riposi, turbato da interrogativi che

⁽⁶²⁾ « Una, pur lunghissima, coda di spunti e motivi non sufficientemente elaborati né adeguatamente ordinati, quasi una rapsodia », confessa lo stesso Pugliatti all'avvio di un testo prolisso che occupa più di cento pagine del volume (*Nota su continuo e discontinuo*, cit., p. 260). Una minima notazione filologica: nella pagina di Pugliatti troviamo scritto « coda di spunti e motivi ». Falzea, invece, scrive avendo evidentemente di fronte il manoscritto: « rosa di spunti e motivi » (p. 257), con dizione più sensata. Si prende qui l'occasione per invocare una nuova edizione di « Grammatica e diritto » alla luce di una maggiore acribia filologica, con maggiori precisazioni sulla datazione dei singoli saggi raccolti, spesso difficilmente collocabili nell'itinerario pugliattiano.

⁽⁶³⁾ Per esempio, nell'ampio volume su *La trascrizione*, Milano, 1957.

⁽⁶⁴⁾ *Nota su continuo e discontinuo*, cit., soprattutto pp. 332-36.

⁽⁶⁵⁾ In particolare, Pugliatti cita « Le métier d'historien » (1961).

legittimano ai suoi occhi più d'una risposta possibile. Egli sembra averci voluto lasciare di sé non l'immagine di una artificiosa serenità, ma piuttosto di una sincera insoddisfazione. Giurista inquieto appare la qualificazione più conveniente a quest'uomo di cultura in continua ricerca, in continuo avanzamento, identificatore di problemi più che di soluzioni.

Ma, ribadita questa nota di inquietudine, sia consentito di chiudere il nostro tentativo di comprensione dello scienziato con un doveroso tributo. Il giurista è generalmente pago del proprio sapere tecnico, amando chiudersi in una corazza cifrata incomunicabile per chi non ne sia depositario; di conseguenza, è un appartato, sia perché non cerca dialoghi, sia perché gli scienziati diversi da lui non ritengono profittevole un colloquio. È l'isolamento ed è il diffuso sentimento di diffidenza che, come sopra abbiám detto, lo stesso Pugliatti ha coraggiosamente denunciato. Se il rilievo corrisponde al vero, ha però una smentita nella vicenda personale del Nostro: roso dal tarlo sottile dell'inappagamento, perennemente alla ricerca di se stesso come scienziato, egli è stato uno dei pochissimi giuristi italiani il cui nome e la cui pagina circolassero rispettatissimi nella intiera comunità scientifica. Un motivo in più per essergli grati.

RICORDO DI ADRIANO CAVANNA (*)

1. Credo che la cifra identificatrice del personaggio Adriano Cavanna sia in un duplice atteggiamento in Lui perennemente congiunto: fierezza e saldezza nelle proprie posizioni; tensione all'ascolto, capacità di ascolto. Atteggiamento complesso, che, di primo acchito, può sembrare vistosamente contraddittorio, "Sono longobardi i Cavanna, nel senso di fieri e tenaci guerrieri": era frase usuale in Adriano, come ci riporta nel suo contributo alle onoranze il valentissimo e a lui carissimo allievo Stefano Solimano ⁽¹⁾. Ma era fierezza nel testimoniare e difendere, magari con accanimento, le fondazioni di valori in cui fermamente credeva e su cui aveva costruito la sua vita di uomo e la sua personalità di studioso. Su di esse poggiava saldo né da esse si scostava, con la perizia del rocciatore provetto che sa distinguere la pietra compatta da quella friabile.

Al di là di questo nodo stretto di valori, Cavanna era un lettore umile e attento, un instauratore di dialoghi, sempre alla ricerca di un altro — un altro stimabile e stimato — con cui operare continue verifiche. Specialmente sul terreno dei tanti problemi metodologici, didattici, strategici, che la storiografia giuridica si è trovata ad affrontare in Italia negli ultimi decenni, io ho sempre constatato in Lui un uomo in ascolto.

Non erano poche, soprattutto negli ultimi anni, le sintonie culturali con me e con la comunità di studio operante intorno ai

(*) Il testo, che qui si pubblica, rappresenta la redazione scritta dell'intervento orale da me pronunciato, sulla scorta di precise annotazioni, il giorno 27 aprile 2004, nell'Aula Pio XI della Università Cattolica del Sacro Cuore in Milano, nell'ambito della cerimonia di presentazione al pubblico degli "Studi in ricordo di Adriano Cavanna".

⁽¹⁾ S. SOLIMANO, *Due popoli, due Codici. Il dibattito sull'unificazione del diritto civile tra lombardi e piemontesi alle soglie dell'unità*, in *Amicitiae pignus — Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, Milano, Giuffrè, 2003, tomo terzo, p. 2095.

‘Quaderni fiorentini’; ma c’erano anche dissensi, distesi però sempre in un colloquio dove era evidente il rispetto per l’interlocutore e la disponibilità a mutare avviso. In un momento, in cui vediamo serpeggiare intorno a noi intolleranze e settarismi, quella di Adriano non è una lezione deontologica di poco conto.

E il dialogo fra me e Lui era vivo, costante: l’ultimo avvenne nella antvigilia di Natale del 2001 (e può essermi testimone la Signora Anna Maria qui presente), quando, per corrispondere a una sua lunga lettera commentatrice di un mio estratto appena ricevuto, preferii — piuttosto che scriverGli — di telefonarGli; e mi parlò sereno, controllato, lucidissimo, malgrado il male che lo consumava e di cui era cosciente, rinviando all’anno nuovo il proseguimento. Il 6 gennaio, alcuni giorni dopo, sarebbe morto.

2. È per tutto questo che sono lieto oggi di essere qui, in questo Ateneo che fu lungamente il Suo, gratissimo al Preside e alla Facoltà giuridica, gratissimo ai cari amici storici del diritto milanesi, per un invito che molto mi lusinga e mi soddisfa.

Non è, tuttavia, un compito facile al quale io e gli altri relatori siamo stati chiamati. La presente cerimonia non è una commemorazione, giacché siamo qui a far festa, pur nella mestizia del ricordo, per i tre sostanziosi volumi di onoranze rapidamente ed egregiamente organizzati e pubblicati a cura dell’Istituto di storia del diritto medievale e moderno dell’Università statale di Milano. Ma è chiaro che questi volumi sono per Lui, che tutti noi presenti siamo venuti per Lui e che Lui è il protagonista di questa affollatissima riunione.

Leggendo proprio i tre volumi nelle scorse settimane, mi son posto molte domande e sono affiorate al mio animo molte perplessità sul taglio che avrei dovuto dare alle mie parole, Un’unica risposta mi è sembrata plausibile: parlare di Adriano soprattutto sulla scorta degli scritti in Suo onore che più mi parevano puntuali per sottolinearne la personalità, quasi l’eco di Cavanna nelle pagine dei tre volumi. E così intenderei procedere, muovendo dal saggio con cui la triade si apre, quello di Giulio Vismara, fondatore e guida della scuola storicogiuridica milanese, maestro diretto di Adriano nell’Ateneo pavese, saggio vibrato ma composto com’è nello stile del suo autore.

Vismara riesce ad offrire in non molte pagine un disegno essenziale di Cavanna storico del diritto, prendendo l’avvio dal-

l'opera scientifico-didattica espressiva più d'ogni altra della raggiunta maturità: la 'Storia del diritto moderno in Europa' (2).

I tratti, che ritengo pienamente condivisibili, di questo disegno sono — in sostanza — tre.

La straordinaria ampiezza dell'osservatorio storico-giuridico. Egli nasce alto-medievista, fornendo — lui 'longobardo' — alcuni approfondimenti che restano ormai acquisiti quali punti fermi nella nostra disciplina; innamorato di quella che soleva chiamare la *magistra barbaritas*, riesce in un ammirevole tentativo di comprensione e, quindi, di recupero storiografico al di fuori di risalenti ma persistenti luoghi comuni annidati nelle sabbie mobili del filoromanesimo e del filo-germanesimo. Ma non mancano studii che lo vedono provetto maneggiatore delle non facile trame del diritto comune o della legislazione statutaria, per non parlare di ricerche amplissime che lo portano — soprattutto negli ultimi venti anni — al cuore dell'esperienza giuridica moderna e delle sue fonti (3). È un modello da additare ai nostri giovani, i quali, pur dandoci spesso lavori di livello buono e anche eccellente, dimostrano però di trovarsi a loro agio in un terreno d'indagine assai più circoscritto, probabilmente nell'intento lodevole di rendere possibili scavi in profondità. Con il risultato negativo, però, che quella intestazione 'Storia del diritto medievale e moderno', sembrata a me e all'amico Padoa Schioppa come un'autentica conquista per la nostra disciplina, viene sempre più smentita da studiosi che, evitando la ben ardua esplorazione congiunta di due pianeti storici strutturalmente diversi quali 'medioevo' e 'modernità', sono e restano o medievisti o modernisti.

La cospicua attenzione che, nel Suo 'Manuale', Cavanna dedica all'universo giuridico di 'common law'. Quando, nel 1992, io ebbi il piacere di invitarlo, insieme ad altri autori, a un Incontro fiorentino sull'insegnamento della allora 'Storia del diritto italiano', Egli vi tenne un intervento che a me parve obbiettivamente il più meditato

(2) G. VISMARA, *Per una storia del diritto moderno in Europa*, in *Amicitiae pignus*, cit., tomo primo.

(3) Possiamo rendercene conto leggendo il nutrito elenco bibliografico in calce a: A. PADOA SCHIOPPA, *Commemorazione di Adriano Cavanna*, in *Istituto Lombardo-Accademia di Scienze e Lettere — Rendiconti — Parte generale*, vol. 136 (2002).

e il più lungimirante, e sul quale dovremo tornare fra poco per la succosità di parecchi spunti. Parlò del Suo recente ‘Manuale’ e accennò alla estensione spaziale dello sguardo segnalata da Vismara, definendola senza mezzi termini “operazione didattica volutamente riparatoria ed emancipatoria” (4). Cultura non provinciale l’ha giustamente qualificata Vismara (5); ed è vero. Cavanna era, allora, il primo in Italia a gettare uno sguardo non episodico al di là del canale della Manica, anticipando quel rinnovamento della cultura storico-giuridica che ha trovato recentemente nella dialettica fra gli itinerari di ‘civil law’ e di ‘common law’ arricchimenti cospicui.

Precisa ancora Vismara mettendo a fuoco un terzo tratto essenziale e, insieme, il metodo fatto proprio con assoluta persuasione da Adriano: nelle Sue pagine non v’era spazio né per una erudizione antiquaria fine a se stessa, né per sociologismi vaniloquenti (6). Avvertiva il Suo esser giurista; di più, un giurista che lavora in una comunità di giuristi, coi quali ha il dovere elementare di mettersi in costante dialogo.

3. A fondare questa persuasione ce n’era un’altra, profonda, tenace: essere il diritto non una dimensione di comandi, di sanzioni, di coazioni, una dimensione potestativa che inchioda una civiltà storica e la soffoca come in un letto di costrizione, bensì realtà radicale, al cuore d’una civiltà, salvataggio storico di questa come ordinamento che le consente di svolgere appieno il proprio ruolo.

La visione della onticità del diritto, cioè del suo partecipare alla natura stessa della società, del suo esserne componente fisiologica e vitale, sorregge tutto il discorso storico-giuridico del Nostro. Al di sotto della superficie rissosa, incomposta, disordinata dell’effimero socio-politico, v’è — nel profondo — un ordine giuridico quale struttura portante, che le impedisce di ridursi alle sabbie mobili della quotidianità. Giovanni Chiodi suggella il suo contributo citando il frammento di chiusura del finissimo studio cavanniano su

(4) *L’insegnamento della storia del diritto medievale e moderno — Strumenti, destinatari, prospettive* — Atti dell’Incontro di studio — Firenze, 6/7 novembre 1992, Milano, Giuffrè, 1993, p. 43.

(5) VISMARA, *Per una storia del diritto moderno in Europa*, cit., p. 21.

(6) VISMARA, *Per una storia del diritto moderno in Europa*, cit., p. 20.

‘Tramonto e fine degli statuti lombardi’, dove si contempla un diritto che dispone di “sotterranee e sorprendenti forze di sopravvivenza e di continuità” (7).

È la consapevolezza che consente ad Adriano di rafforzarsi nella convinzione del rilievo insostituibile della storia del diritto, un rilievo non artificiosamente costruito da coloro che la coltivano, ma imposto dall’essere il diritto chiamato a fornire con le sue capacità ordinarie il tessuto primario, quello più solido e più profondo, d’un corpo sociale. Ovviamente, il diritto che nasce dal costume e se ne impasta, che è esso stesso esperienza; non gli espedienti del potere politico con la sua pirotecnica di leggi e leggine improvvisate, claudicanti, sentite come una violenza dal comune cittadino che ne è vittima.

La storia del diritto quale banco di prova del durevole e dell’effimero, quale depositaria della lunga durata e quindi del senso della linea storica coinvolgente passato presente futuro; una storia del diritto che si impone per la sua valenza culturale ma anche per la carica di criticità che offre al cultore d’un diritto positivo, una storia del diritto che è al centro d’una Facoltà di Giurisprudenza, naturalmente, non per sopravvalutazione di chi professionalmente la esercita.

Floriana Colao, nel proprio contributo alle onoranze (8), riprende opportunissimamente una frase di Adriano illuminante per chiarirci bene la Sua autocoscienza di storico, del ruolo di ogni storico, della sua funzione critica e quindi propulsiva: la storia del diritto penale moderno gli appariva quale terreno decisivo “per una meditazione sui problemi del presente”. Lo storico è tale perché guarda al passato con gli occhi del suo presente; sempre. Ma, in Cavanna, l’esser giurista, l’essere in dialogo con gli altri seduti alla mensa della scienza giuridica, gli consente di avvertire e di vivere in modo particolarmente forte la dialettica passato-presente.

Permettete mi di riprendere alcune Sue lucide testimonianze espresse in quell’Incontro fiorentino del’ 92, a cui partecipò con una presenza culturalmente notevolissima. Afferma, avvalorando quanto

(7) G. CHIODI, *Orgoglio proprietario e pregiudizio legalistico. Vincoli successori e interpretazione della legge nella Lombardia napoleonica*, in *Amicitiae pignus*, cit., tomo primo, p. 426.

(8) F. COLAO, *“Iustitia est anima civitatis”*. Note sugli studi sulla giustizia criminale toscana in età moderna, in *Amicitiae pignus*, cit., tomo primo, p. 545.

ha rilevato su di Lui Vismara più sopra citato: "lo storico del diritto, per suo statuto personale, non è né storico della società, né storico della politica, né filologo" (9). Cioè ha uno statuto epistemologico specifico, e pertanto autonomo, che non può essere inghiottito entro i genericismi della filologia o della storia socio-politica (come propose con voce presuntuosa, solitaria e fortunatamente inascoltata Arnaldo Momigliano in seno a un nostro Convegno di parecchi anni addietro).

Ancora: "egli non pospone l'oggetto della propria conoscenza — il diritto — al suo metodo conoscitivo. Egli è fondamentalmente un giurista" (10). Il richiamo è di indole squisitamente epistemologica, anche se di epistemologia elementarissima si tratta. È però fondamentale, e da esso Cavanna trae tre conseguenze, che mi preme di sottolineare: che "scienza giuridica e storia giuridica non sono separabili" (11), dove si percepisce limpida l'influenza del ripensamento metodologico di Orestano; che "il buon storico del diritto è colui che, da giurista, è in grado di richiamare il cultore del diritto positivo alla storicità del ragionamento giuridico" (12), ossia che egli ha una funzione critica accanto al giusprivatista e al giuspubblicista, o, come dissero una volta Max Ascoli e il nostro Bognetti per filosofo e storico del diritto, ha una impegnativa cura d'anime; che — terza conseguenza culturalmente davvero enorme — dal dialogo interdisciplinare all'interno dell'unica anche se composita scienza giuridica si ha il risultato della "storicizzazione del proprio sapere da parte del cultore del diritto positivo" (13).

4. Tutto bene, ma ad una condizione: che il dialogo ci sia e che non si constati, da una parte, lo storico immerso beato nel suo cantuccio umbratile, e, dall'altra, il giuspositivista appagato dal culto praticistico del vigente; che il dialogo, se c'è, non avvenga tra sordi.

Cavanna sembra darci un insegnamento, su cui dovremmo oggi seriamente meditare, oggi che si sta, ohimè!, affievolendo la coscienza di quello statuto epistemologico di cui or ora si parlava; e

(9) *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno*, cit., p. 36.

(10) *Loc. ult. cit.*

(11) *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno*, cit., p. 39.

(12) *Ibidem*, p. 38.

(13) *Loc. ult. cit.*

cioè che può fare adeguatamente, correttamente, storia del diritto solo colui che ha alle sue spalle una educazione giuridica e quindi una preparazione giuridica che gli consenta di individuare e definire la cifra del giuridico, immersa senza dubbio nel sociale, nell'economico, nel politico, ma con una sua inconfondibile autonomia. Altrimenti — giova ribadirlo — la storia giuridica si spegne nel magma della storia sociale con un autentico suicidio culturale per colui che la professa.

Cavanna sembra ammonirci che un letterato non può improvvisarsi giurista, e pertanto storico del diritto quale personaggio portatore di strumenti di conoscenza giuridica. Il rischio è inventare pseudo-scienziati che sfiorano dall'esterno l'esperienza giuridica, che sono incapaci di capirne e carpirne i molti nodi, che si limitano a fare mera erudizione (che, forse, meglio saprebbe fare il paleografo), mera filologia (che, forse, meglio saprebbe fare il filologo autentico), o, per quanto attiene allo studio delle personalità di giuristi, semplice prosopografia che tocca solo dall'esterno la loro operosità senza potersi addentrare al cuore della loro vicenda intellettuale.

Cavanna ha dato sangue e concretezza a questa impostazione, scendendo — Lui, storico del diritto giurista — sul terreno degli istituti, volendo cimentarsi e misurarsi — raccogliendo un messaggio che gli veniva dal suo maestro Giulio Vismara e dai condiscipoli della scuola milanese — sul terreno degli istituti. Questi, formando il tessuto con cui prassi legislazione scienza ordinano e articolano l'esperienza socio-economica, costituiscono il vero terreno d'elezione per lo storico del diritto, ed è il terreno che certi improvvisatori disdegnano perché mette impietosamente in evidenza vizi e carenze di colui che tenta di esplorarlo.

Cavanna lo ha fatto egregiamente soprattutto nel campo del diritto penale, e ne danno testimonianza nei volumi di onoranze proprio i cultori di diritto penale positivo con cui Egli era in costante dialogo. Mario Romano, insigne penalista, chiama il Nostro "illustre criminalista" ⁽¹⁴⁾ quasi per sottolineare che lo ha sentito sodale e compagno in un comune banco di lavoro, e insiste nel suo contri-

⁽¹⁴⁾ M. ROMANO, *Razionalità, Codice e sanzioni penali*, in *Amicitiae pignus*, cit., tomo terzo, p. 1886.

buto sul senso della storicità del diritto, merito indubbio del dialogo fecondo instaurato in questa Facoltà tra penalista e storico del diritto penale.

Non posso qui omettere il riferimento alle pagine di un altro penalista, collega di Adriano nella Università Cattolica, Gabrio Forti, che traccia del nostro Onorato un disegno al cui centro v'è proprio la fertilità di un colloquio tra personaggi che non solo non sono sordi ma che, al contrario, si intendono perfettamente nel loro comune linguaggio e nel loro comune ideario. Credo di dovergli dare spazio, giacché sono righe che colgono nel segno. Tratteggiando un ritratto di Adriano, così scrive Forti: “così saldo nelle sue solidità terragnole, nelle sue convinzioni etiche, eppure così agile e flessuoso nel valicare le asperità rocciose e abbracciare con sguardo acuto, dall'alto — ma solo dopo averle strenuamente affrontate — le mobili vastità del reale, interpretava magistralmente il ruolo dello storico, che è soprattutto quello di districare l'intreccio di essere e divenire che avvince ogni soluzione giuridica” (15).

Ciascuno di noi — credo — sarebbe lieto di meritare un simile passionato elogio da parte di un cultore del diritto positivo; ed è lampante che Cavanna, in seno alla Sua Facoltà, non si rannicchiava quasi estraneo — come tanti di noi — nel cantuccio più umbratile. Quanto scrive Forti, pregevole anche stilisticamente in un ritratto che appaia lo scienziato indagatore al rocciatore coraggioso di tanti picchi alpini, è però culturalmente significativo: il penalista ha afferrato bene il messaggio dello storico, ed è giunto alla convinta certezza che ogni situazione giuridica è avvinta nell'intreccio fra essere e divenire, si connota cioè per una ineliminabile storicità.

La cura d'anime ha conseguito un risultato culturalmente rilevantisimo, conquistando il giuspenalista alla elementare ma formidabile verità della storicità delle regole giuridiche.

5. Ma torniamo ancora al testo di Vismara, che ci offre un canovaccio prezioso. Vi è posto in luce un altro aspetto della storiografia messa in atto da Cavanna: la preferenza accordata al pensiero giuridico quale fonte particolarmente espressiva. E Vi-

(15) G. FORTI, *La 'corruzione privata': spunti comparatistici e storico-sociali per una riflessione politico-criminale*, in *Amicitiae pignus*, cit., tomo secondo, p. 1023.

smara aggiunge, puntualizzando: perché l'insistere sulla dimensione scientifica del diritto, sul suo diventare anche pensiero, gli consentiva di cogliere una dimensione tendenzialmente universale, dove si perdono le miserie del particolare e si ha più chiaro il tessuto universale a cui sempre aspira la scienza ⁽¹⁶⁾.

Identico è il rilievo fatto, nel suo contributo alle onoranze, da Luigi Lombardi Vallauri, interlocutore privilegiato di Cavanna quale autore di un libro meritatamente fortunato, secondo cui il Nostro è "il più esplicito tra gli storici del diritto comune europeo nel concepirlo e costruirlo come diritto giurisprudenziale" ⁽¹⁷⁾.

Lo stesso Cavanna, parlando del suo 'Manuale' nel più volte da me ricordato Incontro fiorentino del '92, ce ne dà una sorta di interpretazione autentica; Egli ha svolto "la trattazione seguendo una direttiva privilegiata: quella della storia della giurisprudenza; storia delle operazioni intellettuali dei giuristi e dei loro prodotti" ⁽¹⁸⁾.

Non un rigurgito di formalismo, non il gusto dell'astrattezza caro a tanti giuristi, ma piuttosto il tentativo di ritrovare grazie alla dimensione scientifica del diritto armonie, congiunzioni, comunioni perdute nel divenire della vicenda storica. Cavanna, sottolineando nel passato il ruolo e il tessuto unificante del pensiero giuridico, sembrava indicare anche una strada da battere per riconquistare oggi e vieppiù domani l'unità perduta a causa di tante sovranità particolari, di tanti particolarismi legislativi, di tante frontiere giuridiche innalzate dai poteri politici sovrani. Presagio di uno studioso lungimirante, che possiede con grande vigilanza il senso della linea storica.

Oggi, che assistiamo a una costruzione difficile dell'Europa politica e giuridica per colpa delle posizioni egoistiche degli Stati chiamati a formarla, è con soddisfazione (almeno da parte mia) che assistiamo a un fenomeno tutto nuovo e profondamente consolante: scienziati di vari paesi, uniti dalla consapevolezza del ruolo pro-

⁽¹⁶⁾ VISMARA, *Per una storia del diritto moderno in Europa*, cit., *passim* ma soprattutto p. 9.

⁽¹⁷⁾ L. LOMBARDI VALLAURI, *Riforma: per quale giurista?*, in *Amicitiae pignus*, cit., tomo secondo, p. 1355.

⁽¹⁸⁾ *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno*, cit., p. 40.

pulsivo e anticipatorio della scienza, uniti anche dalla coscienza del ruolo fattivo della scienza giuridica ormai ben lontana dai vecchi servaggi esegetici, al di fuori di ogni promozione e protezione degli Stati o della Comunità interstatuale, si è data a individuare e fissare principii di diritto privato che possano servire da base per negozi transnazionali. Un fiorire di attività scientifica, cui la prassi economica non è stata sorda, e anche il primo abbozzo di un tessuto giuridico europeo; mi fa piacere di rilevare qui che uno degli artefici di tali 'Principles' in tema di contratti è proprio il collega ed amico Carlo Castronovo, che siede a questo tavolo e che ha egregiamente rappresentato in questo tiasso sapienziale la cultura giuridica italiana.

Risveglio scientifico significativo e riacquisizione di un ruolo determinante, che la scienza ha avuto in un passato remoto forgiando sostanzialmente intiere esperienze giuridiche come la romana e la medievale. E qui cade acconcio riprendere il riferimento sopracitato di Lombardi Vallauri e sottolineare l'acutezza delle diagnosi storiografiche di Cavanna; lo riprendo con un risalente ma vivo ricordo fiorentino.

6. Il 16 febbraio 1978 Adriano fu da me invitato a parlare in seno al 'Circolo toscano di diritto romano e storia del diritto', una istituzione spontanea operante nel nostro Istituto (poi Dipartimento) universitario, che aveva allora una attività vivace di incontri e di dibattiti. Egli scelse come tema il ruolo del giurista nella formazione del diritto comune medievale. La Sua esposizione — lo rammento benissimo — fu ammirevole e ammirata, poiché in essa furono discusse con esemplare serenità le molte pubblicazioni sul tema emerse in quel torno di anni; e dette occasione a un dibattito vivacissimo; sarebbe divenuta, di lì a poco, il testo altrettanto ammirevole pubblicato in 'Studia et documenta'. La conclusione era questa, che trascrivo dal saggio a stampa: "una visione che valuti risolutamente l'eminente momento giurisprudenziale di questo diritto, traendo ogni illuminante conseguenza dal riconoscimento del ruolo che il corpo dei giuristi dotti svolse sul doppio binario della libertà interpretativa e dell'autorità individuale e di ceto, nella

creazione del diritto oggettivo e nella complessiva fondazione e promozione dell'ordinamento stesso" (19).

Con intuizione pronta, propria dello storico autentico, Cavanna coglieva il nascere e il dipanarsi di un grande diritto giurisprudenziale. Vorrei invitare a rileggere questa meditata conclusione chi, proprio in queste onoranze, ribadisce l'immagine di un medioevo 'legislativo' e di un ceto di giuristi vincolato — in quanto *interpretes* — al testo normativo (20). Certo che di *interpretatio* si trattava! Non abbiamo bisogno di chicchessia a ricordarcelo. Glossatori e commentatori giustamente chiamiamo i nostri *doctores*. Il diritto che andavan costruendo non è un cumulo di opinioni al vento ma di interpretazioni formalmente vincolate a un testo autorevole. Nella sua solitudine — la solitudine derivante dall'essere, quello medievale, un diritto senza Stato — la scienza giuridica ha bisogno di un momento autoritativo su cui poggiare.

Il vero problema storico-giuridico è la qualità della sua *interpretatio*, la considerazione che essa ebbe della *lex*, ossia la libertà d'azione intellettuale che essa si prese rispetto al precetto contenuto nella *lex*. La sua, quando ce ne fu necessità, non fu esegesi o fu esegesi soltanto formale. La sua non si ridusse ad attività meramente logica, ma fu — nella sostanza — autentico atto di volontà, fu *interpretatio* nel senso più alto di intermediazione fra legge vecchia e bisogni nuovi (21).

Se ne ha la dimostrazione scendendo al terreno con cui dovrebbe misurarsi ogni storico del diritto, e cioè quello degli istituti: è qui che risulta evidente la giurisprudenzialità del diritto medievale; sono i *nova negotia* il vero banco di prova della *interpretatio* medievale, quei *nova negotia* espressione di una società tanto diversa

(19) A. CAVANNA, *Il ruolo del giurista nell'età del diritto comune (Un'occasione di riflessione sull'identità del giurista di oggi)*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, XLIV (1978), p. 100. Si noti come fosse sempre costante in Cavanna la dialettica passato/presente

(20) U. PETRONIO, *Giuristi e giudici tra scoperta e invenzione del diritto in età moderna*, in *Amicitiae pignus*, cit., tomo terzo, p. 1824.

(21) Si leggano, a conferma, le dense pagine del paragrafo del 'Manuale' cavanniano dedicato a 'Il diritto comune considerato come diritto giurisprudenziale' (cfr. *Storia del diritto moderno in Europa — Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 97 ss.).

da quella dei classici e dei bizantini. Basti pensare alla sostanziale libertà con cui essi, sempre sulla base formale di testi romani e sotto la protezione formale di quelli, edificano quel sistema di *dominia* e di situazioni reali, di cui il loro mondo aveva un maledetto bisogno e che gli autorevoli testi antichi assolutamente non legittimavano.

Ma occorre occhi per vedere, occhi che non si arrestano alle superfici formali ma sanno cogliere il non facile messaggio cifrato delle fonti. E questo vorrei raccomandare ai giovani che vedo numerosi in questa sala, senza fare gli inconcludenti e inopportuni sfoggi letterari di qualcuno, ma richiamandomi a quel sapere intuitivo, che è la vera risorsa dello storico. Lo storico ha l'esigenza vitale di intuizioni scaturenti dal linguaggio sostanziale delle fonti e non di spirito di geometria, considerato che la società è l'opposto di un complesso freddo e statico di dati geometrici. Anche su questo punto la testimonianza di Cavanna fu esemplare, e ai nostri giovani come esempio la addito.

7. Debbo avviarmi alla conclusione, poiché il tempo stringe, ma non voglio omettere di far cenno a un'altra visione penetrante del nostro Onorato, che è messa in luce nel saggio di un altro caro allievo di Adriano, Roberto Isotton; "concerne il ruolo di assoluta centralità che la legge viene ad assumere nel contesto storico della Francia rivoluzionaria" (22).

Si attua a fine Settecento, secondo la visione condivisibile di Cavanna, "un evento epocale a indefinita produttività nell'immaginario collettivo". Sono, queste, parole che non possiamo ancora leggere, giacché Isotton le ha tratte dal manoscritto, tuttora inedito ma di prossima pubblicazione, del secondo volume del 'Manuale', la cui redazione è stata fortunatamente ultimata nel momento immediatamente antecedente la morte. Cavanna, in una diagnosi serenamente obbiettiva, coglieva nella matura età moderna l'espressione di quello che io ho chiamato e continuo a chiamare assolutismo giuridico, malgrado il fastidio che tale sintagma reca a qualche orecchio.

(22) R. ISOTTON, *Brevi note sul 'Plan d'éducation nationale' di Michel Lepeletier de Saint-Fargeaux*, in *Amicitiae pignus*, cit., tomo secondo, p. 1247.

Un momento di émpito legalistico e una serrata, per così dire, sul piano delle fonti. Al sommo di questo capitale rivolgimento, il Codice, fonte novissima per il nuovo diritto, manifestazione compiuta del controllo che il potere politico attua in ogni zona del diritto, a cominciare dal diritto privato, dal diritto della vita quotidiana dei cittadini. Il Codice simbolo del nuovo, fonte di qualità tutta nuova, segno di discontinuità rispetto al passato, malgrado gli sforzi infruttuosi di chi — penso per semplice smania di originalità — lo vorrebbe in un *continuum* col passato sistema delle fonti.

Debbo chiudere esprimendo un duplice sentimento di rammarico.

Per il grande lavoro interrotto nella redazione del 'Manuale'; ma qui mi sorregge la speranza che Adriano abbia potuto quasi completare la sua fatica e che si possa contare in una prossima pubblicazione. Sarà una proficua lettura non solo per i giovani ma soprattutto per quei colleghi che sembrano non avere occhi per vedere (o, se hanno occhi, si rifiutano di usarli).

Per la grave perdita, che questa morte rapace ha causato non soltanto all'affettuosa armonia della famiglia, ma anche allo sviluppo dei nostri studi: da Adriano potevamo (e dovevamo) attenderci chiarimenti definitivi sui nodi più irrisolti della storiografia giuridica medievale e moderna. Dobbiamo però — questo sì — esserGli grati per il ricco patrimonio culturale che è riuscito a lasciarci in eredità.

OVIDIO CAPITANI E LA DIMENSIONE GIURIDICA (*)

1. Se volessimo misurare il personaggio Ovidio Capitani — il didatta universitario e lo scienziato — alla luce degli angusti e opprimenti incasellamenti escogitati dalla burocrazia accademica (o, peggio ancora, dalla accademia burocratica), egli dovrebbe essere considerato un generico storico della civiltà medievale, certamente non uno storico del diritto. Di sicuro, Capitani non è formalmente uno storico del diritto.

Se lasciamo, però, queste ingannevoli superfici formali e ci addentriamo nella sua opera di ricercatore, ci colpisce subito un dato vistoso: il diritto, la dimensione giuridica, è al cuore delle sue attenzioni. Di più: egli maneggia con singolare provvedutezza gli strumenti tecnici del giurista ed è perfettamente a proprio agio nel laboratorio di costui, un laboratorio che appare troppo spesso ai non-addetti o l'antro di uno stregone o l'inutile (e per taluno dannosa) fucina di formalismi soffocanti la libertà dei fatti storici.

Ovidio è ormai — come me — troppo vecchio per sopportare trapianti, ma non ho esitazione a dire che lo avrei accolto con sincera persuasione all'interno della nostra comunità coprendo con sicura competenza una cattedra di storia del diritto. Aggiungo che è assai significativa una tale ammissione sulla mia bocca, considerato che io difendo — e, credo, con molte buone ragioni — il carattere rigorosamente giuridico di quella cattedra, con un occupante che pone in essere strumenti di conoscenza giuridica, che solo nel possesso di tali strumenti afferma e legittima la propria autonomia scientifica rispetto ad angoli di osservazione globale e pertanto generici.

(*) È il testo della Relazione tenuta a Bologna, nella Aula absidale di Santa Lucia, il 29 marzo 2004, nell'ambito della "Giornata di studio per un Maestro: Ovidio Capitani".

Aggiungo anche che è per un siffatto motivo che si giustifica la mia presenza qui oggi e un discorso su Capitani storico del diritto.

2. Si impone, però, una domanda: perché abbiamo di fronte un tanto singolare storico medievista? Non ha fatto studi storici-giuridici, né si può dire che circolasse nella scuola romana di Morghen — cui formalmente egli appartiene — una pari sensibilità e una pari orientazione metodologica. Diciamolo pure senza indugi: ciò discende soltanto dalla assoluta originalità del personaggio, dalla originalità della sua personale posizione culturale, che ne fa un *unicum* nella attuale medievistica italiana.

I suoi tratti salienti sono, a mio avviso, tre: innanzi tutto, una acuta curiosità intellettuale, di cui Capitani è cosciente, che afferma convintamente e che misura con la “incuriosità” ⁽¹⁾ dei suoi colleghi di disciplina (almeno italiani); ad essa si accompagna e consegue la consapevolezza della complessità dell’oggetto storiografico, che non è affatto recuperato dalla uscita fuori delle mura ‘accadimentali’ da parte del rivolgimento ‘annalistico’, ma che deve integrarsi compiutamente afferrando e sviscerando la dimensione istituzionale e giuridica e deponendo le ripugnanze degli annalisti per quella che egli chiama la ‘coscienza del sistema’ ⁽²⁾, giacché “cultura è storia e storia è cultura” ⁽³⁾; alla prima e a questa seconda si accompagna e consegue la intensa teoreticità del suo approccio storiografico.

3. Cominciamo con una esemplificazione addirittura emblematica.

⁽¹⁾ Si veda, nel lungo e programmatico saggio: *Crisi epistemologica e crisi di identità: appunti sulla ateoreticità di una medievistica*, ora in *Medioevo passato prossimo. Appunti storiografici: tra due guerre e molte crisi*, Bologna, Il Mulino, 1979, p. 276, dove prende atto con rammarico della “incuriosità teoretica prevalente nel nostro settore storiografico”.

⁽²⁾ Da ultimo, si veda quanto scrive ricordando Giovanni Tabacco (*Giovanni Tabacco*, in O. CAPITANI-G. SERGI, *Ricordo di due maestri — Giovanni Tabacco e Cinzio Violante nella medievistica europea*, Spoleto, Cisam, 2004, p. 26. E si veda quanto si afferma più sotto, a p. 581.

⁽³⁾ *Crisi epistemologica e crisi di identità: appunti sulla ateoreticità di una medievistica*, cit., p. 349.

Nel 1969 appare, per i tipi dell'editore Giuffrè, aprendo la rinata collana di pubblicazioni della Facoltà giuridica fiorentina, una indagine grossa e di grosso rilievo, "Jurisdictio — Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale" (4), autore un giovanissimo studioso, Pietro Costa. La sede appartata di un editore giuridico ed estranea alla normale circolazione libraria, la difficoltà di lettura del libro per la ponderatissima ma non agevole intelaiatura teorica di indole strutturalistica entro cui l'autore aveva ordinato la sua analisi sulle fonti, furono gli elementi che impedirono ai più un accostamento che avrebbe reso cospicui servigi culturali non solo alla storia del diritto, ma alla storia della intiera civiltà del secondo medioevo.

Ovidio Capitanì, col quale non intrattenevo allora alcuna familiarità, mosso dalla sua indefettibile curiosità intellettuale, scovò il libro, ne percepì la novità metodologica, lo lesse, lo utilizzò. Quando, poco più di un anno fa, dietro unanime sollecitazione, abbiám creduto a Firenze di ristampare quelle pagine da tempo esaurite (5), l'unico storico italiano chiamato a redigere una introduzione alla ristampa è stato Ovidio. Al mio invito rispose con amichevole pronta accettazione, allettato dall'idea di poter scrivere distesamente di una ricerca a lui indubbiamente assai congeniale a cagione dell'alto grado di teoreticità del suo tessuto conoscitivo.

È proprio nella introduzione a Costa che egli tiene a ribadire — in consonanza con questo autore — una verità epistemologica, che è stata sempre la sua bussola salvante: "senza un'adeguata concettualizzazione non può esservi ordinamento dei dati e quindi, senz'altro, interpretazione" (6). Concludo io — e, credo, non arbitrariamente —: senza interpretazione non c'è attività autenticamente storiografica. Aggiungendo, sempre con Costa: "senza un'adeguata concettualizzazione, la storia è muta".

(4) Milano, Giuffrè, 1969 (Università di Firenze — Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, 1).

(5) Milano, Giuffrè, 2002 (Biblioteca del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno, vol. 62). La ristampa era arricchita da una mia nota introduttiva, da due prefazioni di Ovidio Capitanì e di Bartolomé Clavero e da una post-fazione di Pietro Costa.

(6) Prefazione a COSTA, *Jurisdictio*, cit., p. XIII.

Lo atterrisce l'ammasso disordinato dei dati ma lo atterrisce anche il catalogo dei dati ordinatissimo nella sua neutralità. Lo atterrisce la avalutatività della attuale medievistica italiana tutta tesa a "una oggettività di tipo scienista e globale perché avalutativa" (7), priva di una forte ossatura metodologica ma di essa tanto bisognosa (8). Lo atterrisce il trionfo della dimensione descrittiva, la più semplice ed accessibile perché richiede soltanto diligenza ma anche la più sterile, l'erudizione che si arresta a dischiudere la porta di un magazzino fornitissimo ma si arresta anche al limite oltre il quale e solo oltre il quale comincia l'impegno difficile ed appagante dello storico.

In uno dei suoi momenti riflessivi più alti, Ovidio non ha mezzi termini per individuare i rischi culturali di questa insalubre asetticità: il più grosso è che la medievistica si risolva in un 'mestiere' e quindi nel possesso di una tecnica professionale (9); dal che discende un gremio di indagatori incapace non soltanto di cogliere le linee di tendenza orientatrici, presenti Oltralpe in altri più radicati tessuti culturali, ma soprattutto incapace di averne (10). E il risultato è una crisi di identità (11).

A chi gli rimprovera di essere più filosofo che storico e di indugiare troppo ad acchiappare nuvole sfuggenti, egli risponde

(7) *La nuova storia sociale come superamento di istanze idiografiche e nomotetiche*, ora in *Medievistica e medievisti nel secondo Novecento — Ricordi, rassegne, interpretazioni*, Spoleto, Cisam, 2003, p. 41.

(8) Chiamato da me a dire la sua parola in seno a un Incontro organizzato a Firenze sui problemi dell'insegnamento della storia del diritto nelle Facoltà di Giurisprudenza, Lettere e Scienze Politiche, Ovidio ribadiva, nella sua Relazione, la convinzione della "ricerca storica... sempre più bisognosa di un elemento coordinatore, sempre più tentata da illusioni di globalismo descrittivo" (*L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno — Strumenti, destinatari, prospettive — Atti dell'Incontro di studio — Firenze, 6-7 novembre 1992, Milano, Giuffrè, 1993, p. 281*).

(9) *Crisi epistemologica e crisi di identità: appunti sulla ateoreticità di una medievistica*, cit., pp. 290-91.

(10) *Ibidem*, p. 272.

(11) Vale la pena di ripetere le sue parole: "un discorso, il mio, preoccupato di capire la diffusa 'ateoreticità', per così dire, della nostra storiografia medievistica, al punto da impedirle... di essere coinvolta in qualsiasi forma di consapevole cultura marxista, laddove... le si proponga, a qualsiasi livello, di dichiarare le proprie identità culturali" (*ibidem*, p. 286).

duramente: quella dei suoi obbiettori non è unicamente sordità teoretica ma è eminentemente “sordità di natura etica” (12). Mi pare chiaro l’ammonimento implicito: è sordità etica, perché il neutralismo descrittivo è una scelta di comodo, è l’elusione di precise responsabilità culturali, è una fuga e come tutte le fughe segnala unicamente pavidità e pigrizia.

4. A mezzo di una delle numerose introduzioni che gli servono per dar fiato alle proprie trombe, Ovidio esce nella frase seguente: “questo non ci può in nessun modo appagare” (13). Non interessa puntualizzare l’oggetto in relazione al quale è stata scritta, giacché la frase, estrapolata dal suo contesto, può ben assumere un valore simbolico; può cioè connotare l’atteggiamento caratterizzante tutta la ricerca del Nostro: inappagamento per i sentieri abitualmente percorsi, esigenza di aprire nuovi osservatori e soprattutto nuovi angoli di osservazione.

La curiosità intellettuale impone la teoreticità del discorso, ma entrambe pròvocano la coscienza della complessità; ed è la coscienza della complessità che porta a scoprire la dimensione giuridica, a valorizzarla, a restituirgli la valenza di elemento portante del paesaggio storico. Come si diceva all’inizio, son le ragioni per cui un non-giurista di formazione ritiene di dover tanto spazio al diritto, di non poterne fare a meno.

Qualche stimolo dall’esterno c’è pur stato: Capitani ne indica almeno uno nei suoi studi universitari, e precisamente le lezioni di quel grande diplomatista che fu Franco Bartoloni (14), il quale, proprio perché più diplomatista che semplice paleografo, proprio perché provetto dominatore della diplomazia, sapeva benissimo che l’osservatore di un documento medievale (e particolarmente alto-medievale) ignaro di diritto assomiglia troppo a quel miope che

(12) “l’accusa di essere più filosofo che storico è una che mi viene periodicamente ripetuta e, più che ribatterla, a me preme registrarla appunto come prova di certa sordità teoretica, stavo per dire certa sordità di natura etica” (*ibidem*, pp. 294-95).

(13) La frase si trova nella ‘Introduzione’ alla raccolta di saggi: *Tradizione ed interpretazione: dialettiche ecclesiologiche del sec. XI*, Roma, Jouvence, 1990, p. 8.

(14) Lo afferma lo stesso Capitani in una notazione autobiografica contenuta nel suo intervento all’Incontro fiorentino del’92 sull’insegnamento della storia del diritto (cfr. *L’insegnamento della storia del diritto medievale e moderno*, cit., p. 270).

legge senza occhiali; noi ne indichiamo anche un altro, e fu sicuramente il clima creato nella Facoltà di Lettere di Bologna da Giorgio Cencetti, convalidato e intensificato dal discepolo Gianfranco Orlandelli, studioso dei contratti agrari medievali, del notariato bolognese e dei rapporti di questa prassi con la grande riflessione di scienza giuridica che da Bologna stava per spiccare il suo altissimo volo europeo ⁽¹⁵⁾.

Queste stimolazioni, tuttavia, costituivano la semplice integrazione di una consapevolezza culturale e, innanzi tutto, epistemologica ben radicata in un giovane studioso assai autonomo (lo constateremo fra breve) nelle sue scelte di formazione culturale (sostanzialmente, una autentica auto-formazione). Per Capitani il medioevo è civiltà giuridica: al di sotto della rissa e della confusione della superficie episodica, v'è una intelaiatura sottostante, un ordine giuridico, che funge da struttura profonda e da stabile basamento. Il diritto è l'autentico salvataggio storico di quella civiltà.

Ho or ora parlato di consapevolezza epistemologica, e non v'è dubbio che sia così. È, innanzi tutto, la sua ansia di correttezza metodologica a portarlo a frugare più in là e più al di sotto dei dati accadimentali e prosopografici fino a trovare i sicuri appoggi e le reali motivazioni forniti agli episodii appariscenti dalla nascosta ma incisiva trama del diritto.

In uno dei suoi scritti più fecondamente provocatorii e più giustamente famosi, "Esiste un'età gregoriana?", Ovidio ci rappresenta bene la sua esigenza di poter disporre di tutte le tessere del mosaico, a pena di non poter cogliere la effettiva visione dell'insieme. Ecco il suo invito pressante a cambiare rotta e a rendere più complesso il paesaggio: "i protagonisti erano stati i papi, gli imperatori, i potenti locali, ma visti nel loro agire alquanto al di fuori dal contesto reale dei condizionamenti che istituzioni e giurisdizioni

⁽¹⁵⁾ Si veda la amplissima e dettagliatissima commemorazione, che dell'amico e collega Capitani fa presso la Deputazione di storia patria per le provincie di Romagna, dove si documenta la provvedutezza storico-giuridica di Orlandelli e si fa anche riferimento agli studii sull'enfiteusi in ideale prosecuzione di quelle indagini cencettiane ben familiari a ogni storico del diritto medievale (la commemorazione può essere ora letta, quale scritto autonomo, con questa intitolazione: *Gianfranco Orlandelli: un grande studioso, un uomo schivo*, in G. ORLANDELLI, *Scritti*, a cura di R. Ferrara e G. Feo, Bologna, Ist. per la storia dell'Univ. di Bologna, 1994, p. 111ss.).

intrecciantisi e complicantisi tra di loro e strutture economiche particolari ponevano a tutti” (16).

Tra i righi v'è una diagnosi impietosa. L'analisi storiografica, troppo spesso restata al livello episodico e prosopografico, aveva mancato il suo bersaglio, e cioè la storicizzazione compiuta di fatti e soggetti, per aver rinunciato a fornire il proprio arco della freccia storicamente più appuntita, il diritto. Soltanto agli incolti e ai portatori di ideologie travisanti — sembra dire Capitani — la dimensione giuridica può apparire artificio, sovrastruttura, addirittura costrizione. È, al contrario, lo strumento principe per una adeguata comprensione storiografica; nel contesto reale istituzioni e giurisdizioni giocano un ruolo relevantissimo, e fatti e soggetti vi si trovano impigliati come in una folta e forte tela di ragno. Privarsi, da parte dello storico, della presenza della tela assume la veste di comportamento culturalmente suicida, e fatti e soggetti sono ridotti a vivere in una sorta di metastoria perché privati di una componente che li collocava nella società e nella vita.

Capitani avverte fortissimo il senso della 'istituzione' quale componente essenziale di un contesto storico, né cade nel laccio proprio alle coscienze volgari portate a identificarla quale strumento mortificante, quale pesantezza della mobilità storica. Il suo atteggiamento è, anzi, opposto. Egli sottolinea le ragioni storiche della 'istituzione', con una comprensione piena di queste ragioni. Valga un esempio significativo.

Formalmente inserito nella scuola romana di Raffaello Morghen, egli sente in modo intenso la dimensione religiosa (anche se la risolverà — come vedremo — in un modo assolutamente autonomo); e una parte della sua attenzione di studioso è rivolta a un tema caro a tutti i morgheniani, la lotta fra Chiesa ufficiale e movimenti ereticali; fra i quali, in prima linea, quello di Dolcino. Ebbene, non credo che sia una forzatura mia se, avendo di fronte i dolciniani e l'inquisitore Bernard Guy, Capitani, lungi dal condividere la truce immagine stereotipata del romanzone di Eco, è portatore di una diversissima valutazione.

(16) *Esiste un' "età gregoriana"? Considerazioni sulle tendenze d'una storiografia medievistica*, ora in *Tradizione ed interpretazione*, cit., p. 14.

Sarebbe banalizzante affermare che simpatizza per l'inquisitore; coglierebbe, invece, nel segno chi parlasse di comprensione dello storico per la posizione dell'inquisitore, per la sua mentalità, per il ruolo che rappresentava, per le ragioni dell'istituzione che in lui si incarnava. Ovidio riporta e sottolinea le parole di Bernard Guy a proposito degli eretici: "quare ista faciunt cum non sint instituta fieri ab ecclesia romana, et in hoc manifeste appareant singulares et a communi conversatione fidelium... dissidentes" (17); non vi sono in esse, secondo la lettura capitaniana, né crudeltà né fanatismo, ma piuttosto le ragioni della istituzione esposte nella più assoluta freddezza; è la 'societas iuridice perfecta', è la istituzione di fondazione divina che si afferma contro le *singularitates*, le frammentazioni che vengono a ledere l'unità e compattezza del suo mistico corpo. E lo storico, ben a proposito, richiama la 'potestas ligandi et solvendi' fornita dal Cristo alla Chiesa.

Si potrà dire che, comunque si voglia vedere la vicenda, il risultato è un atto di privazione di libertà religiosa e di pensiero, è negazione di ogni afflato pluralistico; per noi è rilevante porre in evidenza che l'analisi storiografica del Nostro si è fatta complessa, e si è fatta complessa in grazia della valorizzazione della dimensione giuridica. Ci sono le ragioni dell'istituzione, di cui si deve tener conto, le ragioni di cui — nella lunga vita della Chiesa Romana — è stato portatore e consolidatore il diritto canonico.

5. Già, il diritto canonico. Già! L'attenzione di Ovidio per il diritto canonico! Credo che egli si presenti come l'unico storico della civiltà medievale (che non sia storico del diritto) ad avere attenzione e dimestichezza per questo prodotto singolare della Chiesa Romana, negletto da chi l'ha ritenuto un sistema sclerotico di norme inchiodanti, rifiutato da chi l'ha visto come l'odioso strumento di controllo (e di alterazione) della vita della società sacra, abbandonato oggi perfino dai preti cattolici che — a stento — ne sopportano un magro insegnamento nei seminarii diocesani.

E, invece, il Nostro non si stanca di dedicarvi continue e impegnative indagini. Questo è anche uno dei segni (e segno rile-

(17) *Inquietudini ereticali e inquietudini storiografiche. A proposito di "Hereticalia"*, ora in *Medievistica e medievisti nel secondo Novecento*, cit., pp. 121-22.

vante) che lo distingue da Morghen e, aggiungerei, anche dalla scuola morgheniana. Capitani è solo formalmente allievo del Maestro romano. Da lui, come si accennava più sopra, prende unicamente la valorizzazione della dimensione religiosa, però in una guida sostanzialmente diversa. Se in Morghen, più che su ragioni metodologiche, si fondava su una generica convinzione della primazia dello spirituale e si concretava in un altrettanto generico spiritualismo, in Capitani questa valorizzazione prendeva e prende la forma specifica, tangibile, assolutamente immersa nel tempo storico medievale, d'una attenzione vigile verso la tentacolare istituzione ecclesiastica quale manifestazione concreta di affermazione e di vita della dimensione sacra, nonché verso il diritto canonico quale strumento primario ed efficace della sua presenza incisiva. Ed egli, pur nel grande rispetto tenuto sempre verso il Maestro, non manca di rilevarlo (18).

Ovidio non è mai sazio di letture teologiche, ma i teologi prediletti sono Chenu, de Lubac, Congar, Leclercq, dove il sacro, la scienza del sacro, le manifestazioni del sacro sono sempre còlti in continua connessione con la civiltà e con la cultura complessive. Sollecitato soprattutto da Chenu e Congar, storici della teologia ma forniti di una tastiera ammirevolmente plurale, egli sente il bisogno di andare oltre e di misurarsi in quel terreno dove regnavano ingiustificate diffidenze, frutto più di ignoranza che di scelte culturalmente motivate. Occorre, pertanto, “collegare costruzioni ecclesologiche a strutture normative e canoniche” (19).

Il sentiero è tracciato, e, insieme, è ben segnato l'approdo e lo strumento per raggiungerlo: bisogna veder più chiaro nella elaborazione del diritto canonico medievale, bisogna conoscere più a fondo fonti a torto trascurate ma storicamente espressive, perché sta lì il cuore del progetto ecclesiale nella sua proiezione concretamente storica, sta lì pertanto anche la chiave di comprensione di tutto un colossale impegno storico.

(18) “propriamente parlando... quella del Morghen non era una metodologia, ma una ricerca di spiritualità cristiana nel mondo della storia” (*Crisi epistemologica e crisi di identità*, cit., p. 307).

(19) *Ricordo di Raoul Manselli*, ora in *Medievistica e medievisti nel secondo Novecento*, cit., p. 227.

Gli storici italiani del diritto non lo aiutano molto in questa direzione, e nemmeno la cosiddetta canonistica curiale chiusa nei lacci di una grossa povertà intellettuale. Ma Capitani non si scora, e supplisce ai vuoti di casa propria leggendo avidamente Fournier, Kuttner, Stickler, Fuhrmann (soprattutto quest'ultimo), prime chiavi di lettura per scendere poi subito nel tessuto delle fonti e cominciando una accortissima analisi sistematica delle collezioni canoniche pre-grazianee, opera in cui si pone come un autentico precursore ⁽²⁰⁾.

Ecco, lucidissimamente disegnato dal Nostro, il suo programma di lavoro: "avvio ad una più ariosa valutazione dell'uso dei testi canonistici...cogliendo il testo canonistico come elemento di cultura nella tradizione, proprio attraverso il dialogo che esso stabilisce con il suo mondo. E allora ne cogliamo la storicità. Il che non vuol dire invito a dimenticare il problema delle fonti formali, ma anzi è un preciso richiamo alla loro esatta individuazione" ⁽²¹⁾.

6. In una complessa visione storiografica dove continuità e discontinuità, mutamento e tradizione, si combinano armoniosamente per conseguire il traguardo ambito della comprensione, il diritto ha un suo ruolo rilevante. Il diritto come tradizione, come armatura durevole, come struttura radicale. La tecnica giuridica, il lessico giuridico, gli stessi concetti giuridici, quali decantazione del torbido groviglio della fattualità storica, e perciò cristalli più espressivi, lenti agguerrite che permettono di leggere con maggior precisione.

Da qui, in questo storico originalissimo, una attenzione inusitata per la terminologia giuridica, apprezzata quale filtro rigoroso ma fedele, che consente all'interprete una maggiore puntualità; da qui il ricorso affidante alle precisazioni dei giuristi circa *administratio*, *iurisdictio*, *potestas*, *officium*, *executio*, *auctoritas*, *inritatio* ⁽²²⁾. E

⁽²⁰⁾ Gli esempi potrebbero essere numerosissimi. Ne citiamo uno, veramente emblematico: *La figura del vescovo in alcune collezioni canoniche della seconda metà del sec.XI*, in *Vescovi e diocesi in Italia nel Medioevo (sec.IX-XIII)*, Padova, Antenore, 1964.

⁽²¹⁾ *Esiste un'età gregoriana?*, cit., p. 32.

⁽²²⁾ Un esempio fra i tanti: *Episcopato ed ecclesiologia nell'età gregoriana*, ora in *Tradizione e interpretazione*, cit..

l'elenco potrebbe tranquillamente continuare. Esempio significativo, quando, parlando di Bruno Nardi, si diffonde sulla differenza nel linguaggio giuridico di Dante fra *potestas* e *auctoritas* (23).

Sorreggono tutta questa operazione intellettuale due convinzioni fermissime: la espressività della tecnica giuridica, ingiustamente condannata dagli incolti nella fogna degli artifici e dei formalismi; il rigore terminologico e concettuale dei giuristi quale messa a fuoco più penetrante nel magma dell'esperienza. I rigorismi giuridici si confanno perfettamente alle esigenze di pulizia epistemologica di Capitani.

Sostiamo su un punto, che è, a mio avviso, di enorme sostanza storiografica: l'uso della nozione di 'Stato' per qualificare indifferentemente i soggetti politici medievali e moderni dotati di effettività di potere in una certa area territoriale. Da parte di molti, da parte dei più, c'è indifferenza, v'è cioè un uso disinvolto e, insieme, quasi una insofferenza verso chi, al par di me, ritiene scorretto l'uso del termine-nozione applicato alla civiltà medievale (24), come se si trattasse di un nominalismo vuoto e sterile. Capitani, che in questo come in molte altre posizioni è assai vicino al rigore concettuale e metodologico di Giovanni Tabacco (25), non ha esitazioni: "lo Stato nasce solo all'inizio dell'età moderna come esercizio autoritario del potere" (26).

È di estremo interesse seguire l'itinerario, grazie al quale egli arriva a una siffatta conclusione; seguendolo, si scopre infatti quanta rilevanza abbia sempre in lui il problema epistemologico, come in lui il bisogno primo — assolutamente purificatore — sia un lavacro epistemologico: è qui che, innanzi tutto, deve interrogarsi e fare i conti lo storico che non voglia procedere all'insegna della più crassa inconsapevolezza, con il risultato — per il Nostro giustamente

(23) *Bruno Nardi e il percorso dantesco dal 'Convivio' alla 'Commedia'*, ora in *Medievistica e medievisti nel secondo Novecento*, cit., p. 253, nota 31.

(24) È l'impostazione del tentativo di sguardo sintetico della esperienza giuridica medievale contenuto nel volume: *L'ordine giuridico medievale*, Bari, Laterza, 2003¹⁰. Per un inquadramento storico-teoretico, a integrazione, si veda il saggio: *Un diritto senza Stato (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 25 (1996).

(25) *Giovanni Tabacco*, cit., p. 36.

(26) *I re nudi*, ora in *Medievistica e medievisti nel secondo Novecento*, cit., p. 130.

esecrabile — di una penosa confusione sul piano teoretico. Ecco come si svolge il suo processo di chiarificazione intellettuale: lo Stato è una concettualizzazione tipico-ideale non adeguata a comprendere l'essenza della cifra medievale, la quale — invece — riposerà in una concettualizzazione tipico-reale come 'dominio', 'signoria', o altro (27).

In nessun altro medievista italiano v'è un intreccio così armonico ma anche così inseparabile fra analisi storiografica e orditura teorica. Ha ragione Cinzio Violante, uno storico che pur non è in relazione simpatetica con il Nostro, a riconoscere che il *punctum saliens* identificatore dell'approccio storiografico di Capitani sta nella storia quale storia della 'coscienza del sistema', un approccio che gli consente di superare e vanificare le nebbie della storia sociale (28). Tabacco, che è invece in relazione sostanzialmente simpatetica, non solo fa suo l'approccio di Ovidio ma gli riconosce il merito di avere per primo indicato strada e oggetto tanto fruttuosi (29).

Era la teoreticità capitaniana a separare Violante, incapace di seguirlo nella sua ansia di riposare fondazioni teoriche, ma forse — è il caso di ammetterlo — incapace di comprendere il grado di responsabilità etica che stava dietro a quell'ansia e la motivava. E ovviamente non poteva Capitani non rimproverare a Violante, pur nel quadro di sincera considerazione per l'opera scientifica del Maestro pisano, la sua ateoreticità, o meglio la sua teoreticità imprecisa ed eclettica che resta — a suo avviso — un'esigenza di fondazioni teoriche culturalmente incontrollata (30).

Lasciamo da parte questo colloquio dialettico fra grandi protagonisti della scena medievistica italiana, e torniamo — per concludere — sull'attenzione di Ovidio per il diritto. Egli lo contempla per quel che è e non per quel che appare in tante coscienze incolte e

(27) *La storia della società medievale in Karl Bosl*, ora in *Medievistica e medievisti nel secondo Novecento*, cit., p. 168.

(28) C. VIOLANTE, *Storia e diritto nella storiografia istituzionale*, in *Storia sociale e dimensione giuridica — Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro* — Atti dell'Incontro di studio — Firenze, 26-27 aprile 1985, Milano, Giuffrè, 1986, p. 111.

(29) Lo ricorda lo stesso CAPITANI, *Giovanni Tabacco*, cit., p. 25.

(30) *Ricordo di Cinzio Violante*, in *Ricordo di due maestri — Giovanni Tabacco e Cinzio Violante*, cit., pp. 46-47.

involgarite da una comunemente condivisa diffidenza: onnipresente trama nascosta di una civiltà storica, il continente sommerso che sorregge e spiega la minima parte appariscente vistosamente sopra la superficie della quotidianità.

Certamente, al primo posto, lo interessa l'istituzione come ordinamento e salvataggio del sociale e del politico, ma lo interessa anche il lavoro dei giuristi troppo spesso identificati in una banda di Azzeccagarbugli, lo interessa la scienza giuridica quale autentica scienza ordinante. È il personaggio dalla fortissima sensibilità epistemologica, che è naturalmente portato a valorizzare la dimensione giuridica; lo attrae e lo conquista la severità di un lessico senza sbavature e senza fumisterie, lo attrae e lo conquista il rigore del sapere giuridico, delle sue tecniche, del suo tradursi spesso in concetti, impietoso forse ma capace di fornire il salvataggio supremo alla civiltà medievale.

Nella grande — ininterrotta e che tuttora continua — opera storiografica di Ovidio Capitani, opera 'valutativa', opera dalla forte intelaiatura teoretica, il diritto e i giuristi recuperano un ruolo centrale in grazia della verità elementare ma fondamentale che il medioevo è civiltà intimamente giuridica. I giuristi, abituati ad essere denigrati, o, se va bene, ad essere esorcizzati col silenzio, per mia voce, gliene sono sinceramente grati.

GLI ASSETTI COLLETTIVI NELLA RIFLESSIONE DI GUIDO CERVATI (*)

Cari amici Cervati, cari colleghi, sono doppiamente lieto di trovarmi qui oggi e di esser chiamato a parlare di Guido Cervati in seno al convegno scientifico promosso dal 'Centro studi sugli usi civici', che a Cervati si intitola. I motivi sono presto detti.

Ritengo una iniziativa assai pròvvida la fondazione del Centro, in questa città universitaria situata nel cuore di una regione, l'Abruzzo, dove vigoreggiano ancora antichi assetti collettivi meritevoli di essere studiati, compresi nella loro funzione sociale ed economica, aiutati nella non sempre facile convivenza con gli enti pubblici e con i proprietari individuali. Il merito prevalente, tra la sensibilità di molti colleghi economisti e giuristi aquilani, è dell'amico Fabrizio Marinelli, un civilista còlto e aperto, al quale mi piace dare qui pubblica testimonianza della mia sincera considerazione.

Vedo qui tra i presenti (e ci parlerà tra poco, da economista) un altro grande benemerito nella odierna rinascita dell'interesse scientifico verso gli assetti collettivi, l'amico Pietro Nervi, fondatore a Trento di un Centro divenuto in breve tempo un vero nucleo motore di ricerca scientifica e di organizzazione culturale in questa difficile e purtroppo svillaneggiata materia. Esprimo qui, più che l'augurio, la certezza di una fertile collaborazione fra i due Centri esprimenti realtà profondamente diverse geograficamente, storicamente, cultu-

(*) Relazione introduttiva al Convegno «Gli usi civici: ragioni e prospettive» promosso dal «Centro studi sugli usi civici e la cultura del giurista 'Guido Cervati'», i cui lavori si sono svolti il 21 ottobre 2004 nella Aula Magna della Facoltà di Economia della Università dell'Aquila.

ralmente, l'uno all'interno della corona alpina, l'altro all'interno dell'antico Reame meridionale.

Il secondo motivo di compiacimento (ma, forse, il primario nell'animo mio) concerne l'oggetto di questo discorso inaugurale, e cioè la riflessione di Guido Cervati sul tema — da lui prediletto — degli assetti proprietari collettivi: perché è giusto riproporre a quasi venti anni dalla morte la figura e l'opera di uno dei pochi studiosi italiani che abbiano ispirato i propri studi a una costante serenità critica oltre che a una provvedutissima fondazione di ricerche personali; perché mi consente di pagare un debito verso Cervati, mio benevolo lettore e fervido autore negli anni '70 e '80 di parecchie proposte collaborative, che io, preso allora dai gravosi impegni di Preside della Facoltà giuridica fiorentina e, successivamente, di componente del Consiglio Universitario Nazionale, ho troppe volte deluso con silenzi o richieste di dilazione (e la cosa ancora mi brucia).

Cominciamo da una rilevazione, che rende giustizia al personaggio: egli era un giurista completo. Padroneggiava il diritto pubblico, particolarmente il diritto amministrativo a lui familiarissimo per il lungo esercizio professionale, ma si nutriva volentieri delle pagine dove i grandi civilisti, lasciato lo stagno basso dell'esegesi, si facevano costruttori di architetture raffinate: due esempi di costruzioni civilistiche da lui apprezzate e maneggiate in modo provetto sono i volumi poderosi ma di non facile approccio di Emilio Betti sulla teoria generale del negozio e di Francesco Ferrara senior sulle persone giuridiche.

Ma debbo (e mi piace) constatare la sua sapienza storico-giuridica, certamente usuale ferro del mestiere per l'avvocato che si occupa di assetti collettivi, di cui lui però non si valeva con la disinvoltura e le approssimazioni del praticone, bensì con le cautele metodologiche e il rigore valutativo proprii dello scienziato.

Non ho esitazione ad affermare, io per tutta la mia vita insegnante di storia del diritto medievale e moderno nell'Università, che ho sempre avvertito nell'avvocato Cervati un collega *pleno iure*, un uomo di scienza con cui colloquiare paritariamente e da ascoltare sempre con il massimo rispetto. Anzi, più di una volta ho espresso il rammarico che non fosse lui — provvedutissimo personaggio — ad

occupare una cattedra universitaria in luogo di qualche sprovveduto titolare culturalmente abusivo.

Credo che non abbia mai aspirato a percorrere il *cursus honorum* della cosiddetta carriera scientifica e che sia stato pago di esercitare, in misura alta e con notevole successo, la professione forense. In essa era però portatore di una mai smentita, forte e salvante, dimensione teorica, come hanno ampiamente dimostrato le note e i saggi che ha disseminato nella 'Giurisprudenza Completa della Suprema Corte di Cassazione', nella 'Temi Romana', nel 'Nuovo diritto agrario' e soprattutto nella 'Rivista giuridica umbro-abruzzese', un foglio provinciale a lui caro, da tempo esaurito, che ha svolto un ruolo non esiguo nella pubblicistica italiana del secondo dopoguerra.

Egli apparteneva, insomma, a quel ristretto nòvero di pratici, che sono stati autentici facitori di pensiero. Non è da ora la mia soddisfatta constatazione che l'officina del pensiero giuridico non è privilegio dei soli istituti universitarii, ma che, per essere il sapere giuridico intimamente incarnato nell'esperienza, può ben essere un laboratorio professionale — in grazia della singolare personalità del professionista — la fucina di ardite e innovatrici riflessioni teoriche. Questo l'ho scritto più di trenta anni fa nella 'pagina introduttiva' al primo volume dei 'Quaderni fiorentini' e l'ho ripetuto redigendo per un 'Dictionnaire encyclopedique de théorie et de sociologie du droit' la voce 'pensée juridique' (1).

Pensando a Cervati, spesso mi è venuto fatto di accostarlo a uno dei commercialisti intellettualmente più vivaci sotto l'impero del Codice del 1882, quel Gustavo Bonelli, per tutta la sua vita funzionario inserito nell'ufficio legale della Banca d'Italia, che, per ingegno aguzzo, preparazione tecnica e possente cultura, è stato protagonista di alcune fra le più elevate dispute di teoria del diritto fra Otto e Novecento. Mentre, su invito consapevole della Banca d'Italia, mi riprometto di dedicare in un futuro prossimo compiuta attenzione all'opera bonelliana, valga questo modesto intervento ad avviare un ripensamento sulla singolare figura dell'avvocato Guido Cervati.

(1) Paris, L.G.D.J., 1988. La 'voce', in lingua italiana, è pubblicata in *Quaderni fiorentini*, 17 (1988) con il titolo: *Pensiero giuridico (appunti per una 'voce' enciclopedica)*.

Un ben singolare pratico! Si pensi! Egli si laurea a Napoli in Filosofia del diritto e troverà, in seguito, il tempo per frequentare la celebrata scuola di paleografia presso l'Archivio Segreto Vaticano, dove entrerà in possesso degli strumenti tecnici per decrittare i documenti più risalenti relativi a secolari assetti collettivi (2).

Già! Gli assetti collettivi, o, come si suol dire con sintagma improprio ma più corrente, gli usi civici. Egli decide di dedicare ad essi una parte cospicua della sua attività di avvocato, e vi profonde competenza e cultura, soprattutto quella sapienza storico-giuridica cui si accennava più sopra e che è l'occhiale necessario per mettere a fuoco una matassa storicamente sempre intricatissima e, per di più, oggetto di tante falsazioni.

È infatti un terreno scottante, un terreno culturalmente rischioso, perché, negli ultimi tre secoli, è stato oggetto di acri schermaglie fatte di apologie, da un lato, e di requisitorie, dall'altro, ambedue falsanti perché assolutizzanti e soprattutto impeditive di cogliere la genuina sostanza storica di queste forme di organizzazione fondiaria. Troppo spesso il tema si è trasformato in una accesa trincea, dove la lotta era resa più aspra per le venature di indole etica delle quali si rivestivano sia il *laudator temporis acti*, cantore d'una specie di paradiso perduto identificato acriticamente in ogni manifestazione di assetto collettivo, sia l'illuminista-individualista, accusatore implacabile di istituzioni altrettanto acriticamente interpretate come residui d'una società feudale, ostacolanti il libero svolgersi della proprietà individuale ritenuta ormai necessaria espressione della libertà del soggetto, e pertanto da 'liquidare' a ogni costo fino alla loro completa sparizione.

La posizione di Cervati è netta. Al personaggio nutrito di filosofia e di storia è culturalmente ripugnante, in pari misura, tanto l'apologia quanto la condanna, perché angoli d'osservazione che hanno fatto perdere all'osservatore la sua serenità e, quindi, la reale consistenza del dato obbiettivo. Il punto d'avvio della sua riflessione è una forte insoddisfazione squisitamente culturale per ogni contrapposizione passionale.

(2) Maggiori cenni sulla biografia cervatiana possono reperirsi in: E. ROMAGNOLI, *Ricordo di Guido Cervati*, in *Archivio Scialoja-Bolla — Annali di studi sulla proprietà collettiva*, 1 (2003), 1 ss..

Deposti gli umori, sgrossata la materia dalle pesanti venature ideologiche, emerge una realtà storica che chiede di essere immessa in una visione schiettamente antropologica: gli assetti fondiarii collettivi sono un modo peculiare di vivere il rapporto uomo/terra, e sono un frutto di specifici contesti storici, di specifiche situazioni agronomiche, economiche, sociali. Siamo, insomma, di fronte a quello che in maniera penetrante Carlo Cattaneo aveva chiamato 'un altro modo di possedere', un altro assetto organizzativo che corre parallelo alle attribuzioni individuali di un bene, né migliore né peggiore, ma — questo sì — altro, diverso, quasi opposto, dettato non da moralismi impensabili ma da esigenze oggettive scritte nella terra stessa.

Ricordo bene che, quando nel 1977 io pubblicai un volume sul faticoso recupero in seno alla modernità di questi assetti collettivi e presi a prestito quale titolo la frase cattaneana ⁽³⁾, Cervati, che subito lo lesse e positivamente lo valutò, lodò in particolare una intitolazione che sottolineava l'osservatorio antropologico da cui intendevo esaminarli, quell'osservatorio che era anche il suo e che gli sembrava l'unico capace di deporre le figurazioni deformanti.

Una scelta siffatta appariva al Nostro semplicemente imposta dalle fonti; era la sua provetta valorizzazione di queste a dettargliela. E si trattava di un ventaglio assai ampio di fonti storico-giuridiche: non le fonti tarde usualmente citate dagli avvocati dozzinali, il solito cardinal De Luca o il toscano Girolamo Poggi, ma anche la difficile dottrina dei grandi Commentatori tre-quattrocenteschi, dimostrando una ammirevole conoscenza dell'intero diritto comune in tutto il suo sviluppo.

Quando, in una grossa controversia relativa a colonie perpetue su terre ex-feudali, egli ebbe quali patroni avversarii due robusti ordinarii di Università come Arturo Carlo Jemolo e Domenico Barillaro, la vittoria fu sua grazie al provetto maneggio delle fonti storiche, alla approfondita conoscenza della storia socio-economica della feudalità, al dominio perfetto dei principii della legislazione eversiva meridionale e della giurisprudenza della Commissione feudale ⁽⁴⁾.

⁽³⁾ *'Un altro modo di possedere' — L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffrè, 1977.

⁽⁴⁾ Una traccia è in *Rivista Giuridica Umbro-Abruzzese*, XXXVII (N.S.) (1961), p. 31 ss..

Mi sia consentito in proposito un piccolo inciso: Cervati era un bibliofilo appassionato, un puntiglioso raccoglitore di fonti, e uno dei motivi di questo incontro è anche la inaugurazione presso il Centro aquilano del suo fondo bibliografico, generosamente — e con lungimiranza — donato dagli eredi. All'interno di un tessuto di sincera amicizia fra me e lui, l'unica occasione di scontro e di sfida si profilava quando, nella mia veste — per lunghi anni — di Segretario Generale dello 'Istituto di diritto agrario internazionale e comparato' di Firenze, cercavo di consolidarne la biblioteca storico-giuridica e gli contendevo l'acquisto di un libro raro presso qualche libraio antiquario.

Dunque, in Cervati, competenza profonda, che nasceva da una familiarità con le fonti guadagnata sulla scorta di lunghe e disagiate letture e ricerche. Ma anche — ed è questo un carattere da sottolineare — una grande libertà di sguardo, un grande coraggio culturale. Forse, questa invidiabile dimensione, etica ed intellettuale allo stesso tempo, gli derivava dal suo essere soltanto un avvocato, dal suo rispondere soltanto a se stesso nell'esercizio della libera professione, dall'essere completamente estraneo alle contrapposizioni dottrinali tipiche degli accademici e ai conseguenti incasellamenti.

Una dimostrazione la si ha scorrendo la sua esemplare opera di recensore. Un esempio: si legga la recensione agrodolce, che egli redige nel 1965 per la 'Rivista giuridica umbro-abruzzese', a un volumone sugli usi civici di Antonio Palermo.

Una dimostrazione più corposa ci viene invece dalla sua complessiva valutazione della legge madre italiana sugli usi civici del 1927, esaminata senza i paraocchi d'una considerazione manichea, rifiutando il comodo intrappamento in uno degli usuali schieramenti contrarii o favorevoli, rifiutando quei semplicismi che gli sembrano troppo riduttivi per fatti normativi indubbiamente complessi come appunto la legge del '27. Verso la quale egli non cavalca né la tigre della demonizzazione né quella della apologia.

Agli occhi di Cervati non si può non valutare negativamente l'affastellamento che essa compie di situazioni strutturalmente diverse, accomunando le soluzioni fondiarie dell'arco alpino con quelle dell'Emilia-Romagna, dello Stato Pontificio, del Reame e della Sardegna, e facendo in tal modo violenza alle singole tipicità storiche mal ricomprese nell'involucro unitario dell'uso civico. Egli valutava,

invece, positivamente la sua ispirazione pubblicistica e quel suo riferirsi a una legislazione meridionale e a una dottrina meridionale da lui sinceramente ammirate pur con i loro immancabili difetti.

Si intravedono già le linee direttrici della sua impostazione e della conseguente sua azione intellettuale.

La prima esigenza per chi si accosta alla complicata materia (e di cui costui deve farsi portatore) è la storicizzazione, la compiuta storicizzazione di ogni situazione; una siffatta collocazione di ogni assetto collettivo nel tempo e nello spazio, ben all'interno di fatti geologici e climatici, economici politici e sociali, varrà ad esaltarne la tipicità, a pretenderne il rispetto nella sua singolarità, segnando confini e registrando diversità. Fondere e confondere una Regola dell'arco alpino orientale con un uso civico abruzzese o siciliano impedisce ogni possibilità di comprensione.

Nel settembre dell'86, nell'ambito del grosso convegno internazionale di Pieve di Cadore, nel quale fu a lui assegnato il compito onorevole di tenere la relazione di base, egli ci affida quasi un suo testamento spirituale: "È materia questa nella quale tutti siamo assetati di notizie, soprattutto con riguardo alla formazione delle varie comunità, da quella degli enti di tipo comunale a quella di enti di origini più diverse e peculiari; ma queste indagini non possono compiersi sinteticamente né trarsi da esperienze prese qua e là, ma da tutta la storia, che ci presenta molteplicità di situazioni in continua evoluzione ed anche scambi continui tra di esse... L'identificazione e l'analisi di queste va compiuta in relazione ai vari tempi e luoghi" ⁽⁵⁾; frase dove l'uso dell'aggettivo 'assetato' dipinge perfettamente la passione culturale e civile di questo straordinario avvocato.

Una sete su cui aveva sempre insistito, convinto che la materia degli assetti collettivi era inficiata — innanzi tutto — da una crassa

⁽⁵⁾ Gli 'atti' del convegno cadorino sono stampati con questa intitolazione: *Comunità di villaggio e proprietà collettive in Italia e in Europa — Contributi al simposio internazionale di Pieve di Cadore, 15-16 settembre 1986*, a cura di Gian Candido De Martin, Padova, Cedam, 1990. Noi citiamo la relazione di Cervati dal testo pubblicato su una diffusa Rivista agraristica italiana, dove il lettore può più agevolmente consultarla: *Profili storico-giuridici dei demani collettivi e degli usi civici*, in *Nuovo Diritto Agrario*, fasc. 3-4 a. 1986, p. 303.

ignoranza e dal dominio generale di luoghi comuni supinamente ricevuti. Nel 1978, nella introduzione agli ‘atti’ della Tavola Rotonda organizzata dalla Rivista ‘Nuovo diritto agrario’ (ma da lui promossa e coordinata) per discutere il mio volume fresco di stampa “Un altro modo di possedere”, non mancò di indicare quello che gli sembrava il compito primario di ogni studioso: “proseguire discorso ed indagine sul significato e sviluppo dei diversi possessi collettivi, cominciando dal loro stesso inventario” (6).

A tutt’oggi, l’inventario auspicato da Cervati più di venticinque anni fa è ancora un sogno irrealizzato, anche se è doveroso riconoscere che il Centro di Trento, sotto la guida di Nervi, sta operando bene in questa direzione e che si registrano varie lodevoli iniziative. L’inventario è il primo passo per conoscere una realtà multiforme, spesso sepolta nella prassi minuta d’una valle o d’una montagna, spesso latente senza mai avere la possibilità di emersione alla storia ufficiale. Cervati vedeva giusto, concependo l’inventario — come egli sempre raccomandava — quale raccolta puntigliosa della messe più numerosa possibile di dati individuanti (a cominciare dalle eventuali autoregolamentazioni scritte).

Primo passo per scoprire una cifra economica sociale giuridica, una tipicità storica. Nella stessa introduzione agli ‘atti’ della Tavola Rotonda del ’78, egli infatti proseguiva invitando a compiere ricerche “sul significato che ebbero quelle forme e i relativi istituti nella realtà economica agraria”. E aggiungeva: “occorrerà allora accertarne la relazione con le forme che nelle nostre campagne assunse il capitalismo agrario”, Aggiungendo ancora: “in una simile indagine troveranno la loro collocazione anche quelle delle lotte contadine che ebbero occasione dalla soppressione dei diritti collettivi” (7).

Ed ecco, più che una seconda linea direttrice, uno sviluppo della pressante esigenza di storicizzazione.

Se storicizzare significa immergere in un contesto, che è sempre un fascio di sollecitazioni e motivazioni, Cervati suggerisce di guardare a quel complesso senza isolare od operare separazioni fuorvianti. Ma, certamente, lo storico del diritto non potrà non dedicare parecchia attenzione alla realtà economica da cui e in cui è germi-

(6) Cfr. *Nuovo Diritto Agrario*, V (1978), p. 452.

(7) *Loc. ult. cit.*.

nato lo specifico assetto collettivo sottoposto alla sua analisi: questo è, innanzi tutto anche se non esclusivamente, una risposta a bisogni leggibili nelle forze economiche, e risposta adeguata.

In quel convegno di Pieve di Cadore dell'86, che fu forse la sua ultima sortita in una pubblica assisa di studio, egli reclama la necessità d'uno sguardo particolaristico: "v'è ricchezza di appartenenze collettive, ma non si può applicare la legge del 1927 come un solvente" (8). È l'oggettività economica, legata a specifiche azioni strutturali, che consente una idonea messa a fuoco.

Ma nella predetta introduzione c'è anche un riferimento puntuale, che non è lecito trascurare: nell'ambito della ricostruzione storica non può non darsi rilievo alla dimensione sociale; ovverosia, gli assetti collettivi debbono essere anche esaminati nella loro frizione con il trionfante capitalismo agrario, né va pretermessa attenzione alle lotte contadine contro la soppressione dei diritti civili. In quest'ottica, la proprietà collettiva "è sempre stata lievito per opporsi a situazioni di vantaggio e privilegio" (9). È un concetto che egli ripete spesso; un esempio è nella commemorazione di un giurista abruzzese a lui caro, Oreste Ranelletti, quando, riferendosi ai pensosi scritti giovanili di Ranelletti sul demanio pubblico, tiene a ricordare gli "antichi giuristi del Regno di Napoli — e in particolare quelli d'Abruzzo — che attraverso l'elaborazione dei diritti civili avevano trovato forza e modo per lottare contro ogni prepotenza feudale" (10).

E qui appare il volto scoperto di quel personaggio complesso, di quell'uomo coltissimo, di quel divoratore di libri ben al di là delle semplici letture professionali, che fu Guido Cervati; e cioè il lettore attento di Marx. Il far tesoro anche delle pungenti analisi marxiane e marxiste è una valenza di cui il lettore provveduto ed accorto non può non avvedersi.

(8) *Profili storico-giuridici dei demani collettivi e degli usi civici*, cit., p. 308.

(9) *Considerazioni storico-giuridiche*, che Cervati scrive quale post-fazione al volume di P. CINANNI, *Lotte per la terra e comunisti in Calabria 1943/1953*, Milano, Feltrinelli, 1977, p. 236.

(10) *Oreste Ranelletti*, in *Rivista giuridica umbro-abruzzese*, XXXII(N.S.) (1956), p. 152.

Talvolta, la dimensione si fa scoperta. Sono, sotto questo profilo, di notevole interesse le ‘considerazioni storico-giuridiche’, scritte quale lettera post-fatoria per un volume di Paolo Cinanni dedicato a “Lotte per la terra e comunisti in Calabria”. È un vero ‘a proposito di’, ampio e dettagliato, dove la dialettica feudalità-popolazioni e poi borghesia agraria-popolazioni è còlta e risolta in una dissacrante ma convincente chiave classista, che conferisce all’analisi storica motivazioni e fondazioni ulteriori ⁽¹¹⁾.

Un’altra linea direttrice della sua visione si colloca invece schiettamente nel suo sapere tecnico di giurista sempre avvivato da una imprescindibile competenza storico-giuridica: il grande — anche se ad arte occultato dalla ufficialità borghese — fenomeno degli assetti collettivi, se è — come ne è convinto Cervati — il segno di essenziali scelte di indole antropologica, non può essere visto con occhi manichei, con occhi illuminati soltanto dal primato etico-economico della proprietà individuale, sì da ritenere doverosa e giusta la sua demolizione (la ‘liquidazione’, come con termine auschwitziano predicano tutti i legislatori moderni) per poi lasciare vittorioso sul campo il solo modello monocratico della appartenenza — singolare o plurale — di individui.

Dietro il Marx della lettera sulla campagna russa e dietro le diagnosi di Cattaneo (che già abbiamo ricordato più sopra) la conclusione è precisa, e vede in essa condensato l’atteggiamento costante di Cervati. La esprime nitidamente nel convegno di Pieve di Cadore con frase che riecheggia quella cattaneana: “un diverso modo di possedere, che è anche un diverso modo di considerare la terra al di sopra di speculazioni ed egoismi” ⁽¹²⁾, dove, in un uomo sorretto sempre da una forte vigilanza culturale e quindi controllatissimo nel dare spazio ad altre rischiose e discriminanti dimensioni, viene a galla e spicca una accesa socialità accompagnata da un’uggia profonda per la civiltà moderna marcata a fuoco dal miraggio del profitto e necessariamente solcata da contrapposizioni egoistiche.

Secondo Cervati compito del potere politico, e quindi del legislatore, è di serbare una dimensione collettiva proprietaria storicamente manifestatasi in forme diversissime che vanno dall’uso

⁽¹¹⁾ CINANNI, *Lotte per la terra e comunisti in Calabria*, cit., p. 229 ss..

⁽¹²⁾ *Profili storico-giuridici dei demani collettivi e degli usi civici*, cit., p. 310.

civico alla proprietà collettiva in senso stretto. È una dimensione che non va soffocata proprio perché incarnazione di ‘un altro modo di possedere’.

È precisamente dietro questa esigenza che egli nutre grossi dubbi sulla identificazione interamente privatistica, che era stata, per le antiche comunità sovralfamiliari dell’arco alpino orientale, l’espedito tecnico sostenuto con vigore dal mio maestro Giangastone Bolla al solo scopo di sottrarre quelle istituzioni alla famelica ingordigia di regioni, provincie, comuni. È questa la conclusione del suo canto del cigno, il discorso di Pieve: “la privatizzazione totale delle antiche comunità familiari, se non è accompagnata da provvedimenti legislativi che ne riconoscano un regime autonomo, finisce col sottoporre alle figure tipiche del codice civile la comunione riconosciuta” (13).

Lo spettro, che motiva la conclusione, è l’inchiodamento e incasellamento degli assetti collettivi nelle vesti assolutamente troppo strette e inadeguate fornite da una codificazione civile italiana abbastanza indisponibile verso le matrici consuetudinarie e ancora legata a schemi organizzativi romani e romanistici indubbiamente restii alla comprensione d’una dimensione collettiva. Lo spettro — e, più che spettro, la verisimile previsione — è la perdita delle loro singolarità e tipicità.

La innervatura pubblicistica gli sembrava più rispondente: “Occorre però in ogni caso una legge che ridia il senso del collettivo a questi beni. Sebbene una pianificazione occorrerà, essa dovrà essere rispettosa delle situazioni anteriori e non ablatoria. Grosso problema rimane quello delle comunioni familiari: in esse è da risolvere il contrasto tra originari e sopravvenuti. Anche qui non basta il diritto privato e vorrei che non fosse sentito come un problema di oggi: è il costante problema dell’*advena*. In una disciplina pubblicistica vi è ampia possibilità di operare in questo campo con razionalità e per la tutela di tutti” (14).

Ci sia consentito di sorprendere in questo suo frasario il giurista meridionale che prende il sopravvento, l’ammiratore della legisla-

(13) *Profili storico-giuridici dei demani collettivi e degli usi civici*, cit., p. 309.

(14) *Profili storico-giuridici dei demani collettivi e degli usi civici*, cit., p. 311.

zione muratiana e dell'operato della Commissione feudale, l'ammiratore del vigoroso procuratore generale Winspeare.

Due ultimi accenni, prima di chiudere, ma necessarii perché completano il messaggio cervatiano e lo valorizzano ai nostri occhi di giuristi operanti nell'anno 2004, accenni che vogliono sottolineare la lungimiranza del Nostro.

Cervati ha ripetutamente insistito sulla necessità di inserire gli assetti collettivi in tempi e luoghi specifici, perché unicamente da questa storicizzazione si sarebbe ottenuto il risultato d'una comprensione compiuta; realtà locale e forme di appropriazione collettiva appaiono inseparabili.

Localismo? Visione frammentaria e frammentata, e quindi limitata? Nell'ottica cervatiana il riguardo doveroso alle forze locali era necessario per capire lo specifico assetto collettivo legato a una certa terra e non altra, a certe costumanze e non altre, a certe circostanze storiche e non altre. Ma la sua analisi diventava immediatamente comparativa e si librava assai in alto, fino a considerare un paesaggio addirittura europeo. E qui gli giovava la solida cultura storico-giuridica, giacché si era sempre esteso a dimensione europea (e anche oltre) il vivacissimo dibattito otto-novecentesco degli storici del diritto italiani e non.

L'ultimo accenno concerne un aspetto del collettivismo fondiario che Cervati ha messo in evidenza, se non primo, sicuramente tra i primi, e che contribuisce non poco a una sua riconsiderazione al di fuori di apologie o condanne immotivate: l'apporto degli assetti collettivi al rispetto ambientale, la salvaguardia di un territorio da essi generalmente operata.

La comunità fondiaria, non certo per la virtuosità dei consociati ma per la sua stessa strutturazione, è portata assai più dell'arbitrario proprietario individuale a tutelare i valori ambientali. Una dimensione ecologica da tenere in conto per una valutazione obbiettiva di queste realtà, particolarmente in un tempo come il nostro in cui abbiamo finalmente raggiunto un grado acuto di sensibilità in proposito e abbiamo fatto del rispetto dell'ambiente un fine da imporre agli Stati e da tentar di realizzare ad ogni costo.

UN PERSONAGGIO, UNA TERRA: GLI SPAZIOSI CONFINI DI CESARE RUPERTO (*)

1. Un personaggio e un libro: la pagina quale specchio dello scrittore. — 2. Un personaggio e una terra: significato della ‘calabresità’. — 3. Un personaggio all’insegna della complessità. — 4. Un personaggio in ricerca: insoddisfazione culturale e affrancazione dalle mitologie legalistiche. — 5. Per un nuovo, costruttivo ruolo del giurista. — 6. Il nuovo giurista e il suo ancoraggio costituzionale.

1. Questo libro potrebbe legittimamente essere esaminato e valutato da più angoli d’osservazione, non ultimo quello stilistico, giacché riserba ben spesso al suo interno pagine di rara eleganza. Io vi guarderò cercando di cogliervi l’immagine del personaggio-scrittore, dell’uomo di cultura che vi si rispecchia e soprattutto del giurista, del giudice, di colui che è salito ai supremi fastigi di giudice delle leggi e di Presidente della Corte Costituzionale italiana.

Si tratta di un libro fedelmente speculare. Il suo titolo potrebbe però essere fuorviante; si potrebbe infatti credere di accompagnare Cesare Ruperto in passeggiate solipsistiche nella sua splendida terra calabrese. Al contrario, per chi sa ben leggere dentro e dietro le righe, la figura dello scrittore — appunto del personaggio, dell’uomo di cultura, del gran fabbro che lavora nella sua officina di giurista — si staglia con assoluta nitidezza grazie a un parlare franco ed altamente espressivo che guida il lettore e lo orienta.

E appare il disegno di un personaggio completo e complesso, straordinariamente ricco di potenzialità e di manifestazioni, sapiente

(*) Intervento all’Incontro, organizzato il 9 ottobre 2004 dal ‘Club dei giuristi’ presso l’Istituto Sturzo in Roma e coordinato da Andrea Bixio, in occasione della pubblicazione del volume di CESARE RUPERTO “*Una terra nel cuore. Luoghi, persone e idee care a un presidente della Corte Costituzionale*”. Oltre a chi scrive parteciparono Giuseppe Benedetti, Vincenzo Buonocore, Angelo Antonio Cervati.

nel rifiutare le limitazioni che sono prerogativa dei mediocri e anzi deciso a vivere la propria complessità anche a costo di recare sulla pelle i segni di profonde ma vitali contraddizioni. Si riparerà fra poco di queste contraddizioni, ma vogliamo sin da ora fugare un possibile equivoco di fondo: si tratta della scelta di vivere la propria umanità in tutta la sua interezza, nel gioco vario e sempre dialettico di chi interroga la sua coscienza etica ma non rinuncia mai all'umiltà dell'ascolto, della verifica con l'esperienza altrui. Contraddizioni vitali abbiám detto, giacché consentono al personaggio di restare identico superandosi continuamente in una avventura umana assolutamente fertile. L'uomo, il cittadino, l'uomo di cultura, il giurista si armonizzano e si compenetrano, come dimostrano a usura i saggi, le lezioni, i discorsi che compongono questo libro.

Ma è forse giunto il momento di bandire i genericismi e passare a un disegno più concreto, dando all'autore quel volto così come risulta nitido dalle sue pagine.

2. Il primo tratto caratterizzante — il primo e, forse, l'essenziale — può identificarsi nel suo orrore per le chiusure, nella ripugnanza per la messa in opera di meccanismi egoistici che fanno di una persona un individuo, che edificano ingiustificate muraglie separatrici con la comunità e con il suo contesto storico.

Come Ruperto scrive nella prefazione, i suoi sono tutti itinerari interiori, ma vivificati dalla loro proiezione verso l'esterno "destinati all'incontro" ⁽¹⁾, destinati a diventare realtà comunitaria, con la propria identità e libertà in dialogo con quella dell'altro. La dimensione fortemente sentita è quella della partecipazione ⁽²⁾; il sentimento cioè di sentirsi parte di un tutto, con un arricchente nesso che non soffoca ma che integra in uno scambio continuo e solidale. La propria libertà interiore, il castello etico-culturale che è il vero cemento d'una personalità, ne risulta corroborata, non diminuita. Si è, in altre parole, verificato il miracolo della trasformazione d'un individuo in una persona.

⁽¹⁾ Prefazione, p. 9.

⁽²⁾ "Bisognerebbe restare liberi dentro: partecipi ma non di parte" (*Lettera alla mia terra*, p. 35).

La libertà interiore è affermata e difesa come garanzia prima del soggetto ma è vissuta come apertura, come disponibilità, come partecipazione. Non la superbia di fare del proprio frammento esistenziale una sorta di isolotto inaccessibile, ma piuttosto l'umiltà di chi sa di poter ricevere molto dal tessuto delle relazioni sociali. Nella 'Lettera alla mia terra' è questa una consapevolezza fondamentale: "le chiusure portano alla perdita del senso delle proporzioni" (3), dove proporzione è immersione nella comunità e, al tempo stesso, restituzione al singolo della sua identità storica, del suo essere estremo frutto di radici risalenti.

È qui che si inserisce prepotente il legame fra lo scrittore e la sua terra. Non una terra qualunque, e neppure soltanto una combinazione bio-climatica; non uno spazio fisico con i suoi confini di terra e di mare, bensì uno spazio culturale (4), la Calabria appunto, che "è da sempre una terra aperta" (5), con una intima vocazione multietnica e multiculturale, crocevia di incontri nella sua proiezione slanciata al centro del Mediterraneo dove romani e germani, arabi e bizantini, greci ed albanesi, monaci basiliani e certosini, son riusciti a costruire un edificio storico di singolare armonia così bene espresso dalle architetture linguistiche e murarie, da riti liturgici e invenzioni letterarie.

Il legame scrittore/terra — ripetiamo: non una terra qualsiasi, non una terra anonima, ma *quel* prodotto storico tipicissimo — è la preziosa chiave di lettura dell'intero libro e, ovviamente, la cifra segreta per interpretarne il messaggio. Per Ruperto il suo essere calabrese non ha il significato d'una particolarizzazione, il segnare — come si diceva più sopra — i confini ristretti di un isolotto o di un campanile alla cui ombra vivere e stagnare; "portare nel cuore una terra...esprime la libertà di riconoscersi, di distinguersi, ma senza l'angustia di un limite" (6).

Proprio perché queste radici sono calabresi, non sottolineano tanto una appartenenza (7), un possesso incomunicato e incomuni-

(3) *Lettera alla mia terra*, p. 35.

(4) *La Calabria nel cuore*, p. 42.

(5) *Calabria viva*, p. 73.

(6) *La Calabria nel cuore*, p. 41.

(7) "le radici... non sono un... requisito di appartenenza. Indicano, piuttosto,

cabile nel suo atteggiamento sostanzialmente egoistico, quanto connessioni e incontri, quanto la disponibilità e possibilità di abbattere muraglie rigide. Più che l'angusta penisola che si protende fra due mari e uno stretto, la Calabria è un tempo della mente, uno spazio culturale naturalmente vocato a incontri e raffronti. Se si vuole, è un terreno di frontiera, ma nel senso specifico che dà al termine il nostro autore, "dove le frontiere indichino, piuttosto che i confini, il limite di spazi che stanno *di fronte*, naturalmente orientati a congiungersi attraverso un ponte" (8).

La calabresità di Ruperto sta nel sentirsi perfettamente a suo agio in mezzo al gran ponte càlabro lanciato nel mezzo del Mediterraneo a congiungere, a porre accanto e insieme, l'una di fronte all'altra, realtà diverse e apparentemente lontane; quelle realtà lontane che la Calabria ha ravvicinato, ha fatto convivere, generando armonia dalle diversità.

Un siffatto orientamento pluralistico e ostile a ogni chiusura lo si riscontra pienamente quando lo scrittore guarda alla struttura della società e soprattutto della società locale. Ci si potrebbe aspettare che in lui la professionalità del giurista portasse a un risultato di sopravvalutazione delle entificazioni formali, privilegiando quelle che l'organizzazione pubblica ha costituite come espressioni dell'apparato di potere, ma è — invece — l'opposto.

Ai suoi occhi l'aver inchiodato le comunità locali in quelle strutture rigide e burocratiche che sono i Comuni è unicamente uno dei frutti perversi de "la cultura giuridica del formalismo" (9); e preferisce riferirsi alla nozione più ampia — se si vuole, più sfumata e più slabbrata — di comunità, ma anche più ricca, più aperta, che ha il pregio di restituirci tutta la complessità del sociale, tutta la sua complessità plurale. E il giurista nutrito di storia e particolarmente di storia meridionale non ha esitazione nel precisare con intima soddisfazione: "i Comuni, del resto, nel regno meridionale, si chiamavano università" (10).

connessioni ramificate nel profondo con modi di vivere e di sentire, con modi di parlare. Indicano i tempi della mente..." (*La Calabria nel cuore*, p. 42).

(8) *I diritti umani tra letteratura e giurisprudenza*, p. 132.

(9) *Le città, le storie: i nomi e le cose*, p. 48.

(10) *Loc. ult. cit.*

Il termine, oggi di sapore culto nel suo calco latino, piace a Ruperto perché fa affiorare l'immagine di una totalità di uomini non immobilizzata in sarcofaghi potestativi, ma anzi mobile come esperienza di vita e rispecchiante entro i suoi mobili confini la mobilità di un corpo sociale che continuamente diviene e cresce.

“I paesi sono le loro storie” (11), storia vivente in costante trasformazione; ad essi si addice lo schema della comunità, l'unico schema che li può rivestire — senza tradirli o violentarli — in una identità che è soltanto storica. Convintissimo nella sua scelta Ruperto ribadisce e motiva: “le comunità sono... straordinari serbatoi anche di emozioni e di sensibilità, di stili, di modi di concepire e di vivere l'esistenza... i loro confini sono naturalmente aperti” (12).

3. Quest'uomo che ama situarsi laddove lo spazio geografico è qualcosa di più appagante, è cioè uno spazio culturale; che si trova a proprio agio ben all'interno di un tessuto comunitario, quest'uomo è l'opposto di una *mônade*. È, invece, come or ora si teneva a rilevare, in perenne dialogo con se stesso e con gli altri, amando verificarsi con gli altri.

È da qui che si origina la complessità del personaggio nel suo duplice aspetto di indubbia ricchezza, ma anche di rischio che vale la pena di correre. Nella sua costante introspezione Ruperto ne ha lucida consapevolezza: la complessità significa un'esperienza multiforme di vita dove molteplici e diverse sono le dimensioni valorizzate, dove tuttavia è frequente il rischio della contraddizione.

Il nostro autore non elude il grosso problema esistenziale, né si prefabbrica giustificazioni atte a salvare la propria coerenza; al contrario, con una franchezza che è — insieme — umiltà e coraggio vi coglie la propria cifra vitale, assumendola a dignità esistenziale, sorpendendo “la contraddizione come il connotato più specifico e più intrinseco dell'umanità degli uomini” (13).

Guai a chi irrigidisce la propria esistenza in una sorta di geometria perfetta, in un sistema di comportamenti all'insegna di una razionalità di pura indole logica. Se si trattasse di un atteggiamento

(11) *Le città, le storie: i nomi e le cose*, p. 50.

(12) *Le città, le storie: i nomi e le cose*, p. 52.

(13) *Le chiavi della città*, p. 58.

mento generalizzato, il risultato negativo sarebbe una umanità ridotta alla somma di coerentissimi soggetti artificiali, quasi dei robot vocati a scandire i proprii giorni in una meccanica neutra di atti.

Il risultato sarebbe indubbiamente anche quello di una assoluta coerenza, ma il costo pesante sarebbe la perdita di quel complesso di intuizioni, fantasie, sentimenti, passioni che sono tipici della persona, del soggetto in stretto rapporto con l'altro, non passivo verso l'altro bensì in attento ascolto delle ragioni e percezioni dell'altro, e perciò disponibile a percorrere il sentiero difficile e tormentante d'una continua revisione. L'umanità, che piace a Ruperto e in cui si riconosce, non è composta di individui recitanti dei monologhi; umanità vera è quella che instaura dialoghi.

Uno dei frammenti più significativi del libro si intitola 'Le chiavi della città', e riproduce il discorso pronunciato il 5 ottobre 2002 in occasione del conferimento della cittadinanza onoraria di Sezze Romano. La Pretura di Sezze aveva costituito la sede del giovanissimo magistrato, il quale vi era arrivato "una sera del novembre 1954" recando nel proprio animo un proposito fermissimo: di non amministrare giustizia restando ieratico sulla altura delle sue potestà giurisdizionali, ma immergendosi nel tessuto sociale, certo che soltanto fortificato da questa esperienza il suo *dicere ius* si sarebbe autenticamente trasformato in *reddere iustitiam*.

Nella prima parte del discorso, che reca il titolo espressivo "Un pretore 'dentro' la comunità", Ruperto si compiace di disegnarci il ritratto dell'implume pretorino, dei suoi intendimenti e programmi, segnando puntigliosamente le contraddizioni che gli solcavano l'animo: "indipendente ma partecipe, imparziale ma sensibile, cauto ma coraggioso, aperto ma fermo" ⁽¹⁴⁾.

Non è il ritratto di un personaggio schizofrenico: quelle apparenti contraddizioni sono soltanto l'inquietudine di un giovane intelligente e sensibile, restio a rinchiudersi nella corazza dei dogmatismi e consapevole di lasciare la strada piana e quieta del formalismo tipico dei giuristi italiani degli anni Cinquanta. Gliene deriva una inquietudine profonda, e non può che essere così: perché è arduo tentar di recuperare tutta la complessità del diritto, lasciare

⁽¹⁴⁾ *Le chiavi della città*, p. 58.

il comodo rifugio della legge e affrontare un paesaggio più ampio dove leggi, fatti, valori si incontrano e si scontrano nel gioco mobile e incessante della storia.

In quel giovane pretore inquieto ma ricolmo di giovanile coraggio è potenzialmente racchiuso il volto del maturo giurista che, dapprima quale giudice ordinario e successivamente quale giudice costituzionale, ha tanto contribuito a svecchiare la coscienza dell'interprete-applicatore e a rinnovarla con una nuova immagine di magistrato ben al centro della società e dello Stato.

4. In quel personaggio completo che è Cesare Ruperto l'uomo e il giurista tendono ad armonizzarsi, anche se l'armonizzazione è difficile e la frizione tra l'uomo di buonsenso, l'uomo di cultura, il cittadino, il tecnico può ingenerare le contraddizioni di cui abbiamo or ora discorso.

“Positivista inquieto” si autoqualifica nella prefazione ⁽¹⁵⁾, percorso da una inquietudine che logora le certezze positivistiche e lo sottrae impietosamente al beato possesso di verità indiscusse. Ruperto non respinge queste incrinature, ma le interpreta per quel che sono: spiragli grazie ai quali intravedere ciò che sta dietro e sotto, che preme sul diritto ufficiale e legale, che è già diritto perché è già ordinamento della società.

Come giurista, egli ci si propone quale personaggio in perenne ricerca, ricerca di se stesso, ricerca di quel maturo uomo di cultura che si paleserà appieno nel giudice delle leggi e nel Presidente della Corte Costituzionale. E la sua vita intellettuale sarà improntata a una costante, incessante riflessione critica.

Certamente, non poco dovettero influire sulla sua formazione i due anni di assistentato presso la cattedra romana di Fulvio Maroi ⁽¹⁶⁾. Tra i cultori italiani del diritto privato Maroi aveva una posizione appartata: lontano dagli schematismi ottusi dell'esegesi, insofferente a identificare il diritto civile in una norma tecnica e per di più codificata, amava ampliare il suo sguardo in una compara-

⁽¹⁵⁾ *Prefazione*, p. 10.

⁽¹⁶⁾ Ve n'è cenno anche nel volume, in una pagina squisitamente autobiografica: *Lettera alla mia terra*, p. 35.

zione a largo raggio rivestendo spesso i panni dello storico, dell'archeologo, del sociologo, dell'etnologo.

Questa insoddisfazione culturale il maestro comunicò al giovane assistente, trovando in lui il terreno fertile per allignare e prosperare. E di insoddisfazione culturale si deve parlare per cogliere la cifra essenziale del giurista Ruperto nella sua posizione culturalmente complessa; dove è vivo il conflitto fra il doveroso rispetto per la legge e la pressante consapevolezza della complessità dell'universo giuridico.

Egli si rende cioè perfettamente conto che l'imperante legalismo del secondo dopoguerra italiano, nel suo riduzionismo normativistico e formalistico, veniva a sacrificare la straripante ricchezza fervente negli strati profondi, in quel diritto vivente che l'ufficialità legale era incapace di raccogliere, in quella costituzione materiale che la pur pregevole Costituzione formale del 1947 non esprimeva se non parzialmente.

Il paesaggio si era provvidenzialmente aperto di fronte ai suoi occhi penetranti, e il giurista vecchio educato sui banchi universitarii sotto l'insegna di vecchie e invecchiate metodologie era entrato in crisi. Il consolidato sistema legislativo gli si rivelava come chiusura, come strettoia soffocante, soprattutto a fronte di una società in corsa come quella del secondo Novecento e di una cultura giuridica epistemologicamente più raffinata e ormai intollerante delle decrepite mitologie del diritto borghese.

La legge, l'insieme delle leggi generali e speciali, non può più bastare; ed affiora decisa una dialettica innovatrice fra leggi e principii: se le prime si autocondannano socialmente per la rigidità dei comandi sovrani, i secondi, nella loro duttilità, portano alla superficie esigenze e valori circolanti negli strati più riposti della società; essi sono un presente che si fa futuro, che non inchioda la società in un immobilismo innaturale ma la segue e la riflette nel proprio divenire assecondando e ordinando il mutamento.

Lo preciserà bene nella 'Lettera alla mia terra': "ci sono, infatti, i principii, che non hanno padroni, e non sono padroni... e riguardano le zone più profonde e più intime della convivenza" (17). La

(17) *Lettera alla mia terra*, p. 36.

legge è troppo vincolata ai detentori del potere politico, con il rischio perenne di padroneggiare la società, mentre i principii, realtà vivente, manifestazione di tutto il pluralismo sociale, nella loro plasticità, evitano il pericolo di identificare il diritto in una dimensione esclusivamente dominativa.

Il giurista Ruperto prende sempre più coscienza di sé, vivendo un lento processo interiore dalla indole squisitamente liberatoria.

5. Nella ‘Prefazione’, che è assai simile ad una agostiniana *retractatio* e che muove da quel *cor inquietum* in costante ricerca che fu proprio del grande Agostino, si guarda lucidamente alla propria vicenda di uomo di cultura parlando con straordinaria schiettezza di un itinerario preciso: rifiuto di ogni atteggiamento assiomatico, disponibilità al dialogo e, quindi, all’ascolto, bisogno sentitissimo di rimodellazione della propria figura, della propria statua interiore (si noti: rimodellare è il verbo usato dal nostro autore !).

Come giurista, l’approdo consiste in una affrancazione culturale raggiunta coraggiosamente “traendosi dalle strettoie del tecnicismo di matrice legalistica” (18); al quale consegue un approdo ulteriore: un ruolo attivo, costruttivo, per il giurista — per colui che sa di diritto, teorico o pratico — , che il rigido legalismo della tradizione di *civil law* aveva condannato ad una sorta di esilio in patria, mortificandolo nello spazio angusto e asfittico della esegesi.

“I giuristi — non i legisti, beninteso — osservano attentamente e costruiscono, stanno necessariamente dentro le cose” (19), afferma Ruperto in un arioso discorso del 2002, dove, grazie a quell’inciso, risalta la distinzione e separazione fondamentale fra il legista, un loico rinserrato entro le trame del sistema legislativo e dedito unicamente a esercizi testuali, e il giurista, un intellettuale provveduto di sapere tecnico ma fornito di cultura, di sensibilità storica, di percezioni politico-sociali, che non galleggia sulle cose, che — anzi — vi è immerso ben dentro, giacché è in quelle cose e non nella mente del legislatore che risiede il diritto.

(18) *Prefazione*, p. 10.

(19) *I diritti umani tra letteratura e giurisprudenza*, p. 130 (si tratta di un discorso tenuto a Genova il 30 giugno 2002 in occasione del premio ‘Primo Levi’ a Nadine Gordimer).

Rilevantissima presa di coscienza, e duplice: onticità del diritto, che noi siamo soliti identificare in un comando e in un testo autoritario (e, in quanto autoritario, rigido), ma che è invece ordinamento delle *cose* umane, disciplina della umana socialità, e pertanto trama nascosta ma coesistente di essa.

Una siffatta intuizione, convinto approdo della maturità culturale di Ruperto, prende forma compiuta in un discorso, sempre dell'anno 2002, tenuto "Ai liceali di Lamezia Terme", che ci appare ben al cuore del libro perché espressione piena e distesa del suo pensiero. L'occasione — un discorso a giovani studenti liceali — e la valenza formativa di esso sollecitano l'oratore a parlar chiaro nel preciso intento di scuotere le coscienze e lasciarvi un germe di riflessione.

Lo scopo pedagogico mette a nudo il programma del giurista e permette a noi lettori di percepire limpidamente il coraggioso — ma non temerario — messaggio. Che si concreta in alcune conclusioni dominanti: diffidenza verso l'attuale legislatore osservato oggettivamente nelle sue tante miserie; insofferenza a ritenerlo il solo produttore di diritto; contemplazione e condanna ferma dei suoi arbitrii, che la mitologia filo-parlamentare e filo-legalista moderna aveva puntigliosamente occultato sottolineando ed esecrando invece gli arbitrii dei giudici.

Accanto a questa visione finalmente disinibita e finalmente priva di una deformazione apologetica si accosta la coscienza del mutamento — oggi tanto rapido, sia sotto il profilo economico-sociale, sia sotto il profilo tecnico, sia sotto quello politico —; un mutamento che non può non turbare il giurista per la generale incapacità della legge a misurare il divenire in corsa, per la sua capacità negativa a immobilizzarlo mediante regole fissate in un rigido testo autoritario: "in sostanza è il processo di mutazione della società moderna che costituisce la chiave ermeneutica necessaria ad un uso dei nostri strumenti decisori che assicuri l'effettività del risultato" ⁽²⁰⁾.

Altrimenti — sembra dire Ruperto — il costo grave è la completa divaricazione fra la dimensione della validità e quella della effettività, con il costo ancor più grave di una separazione fra diritto

⁽²⁰⁾ *Ai liceali di Lamezia Terme*, p. 107.

e società, fra diritto e storia, con ripercussioni dirimpenti nella coscienza collettiva.

Si deve respingere l'immagine vieta del giurista quale semplice sillogista, come per troppo tempo ha imposto un assioma indiscutibile al centro del *Rechtsstaat*, e si deve recuperare i giudici — che sono sempre, per loro natura, in prima fila nella trincea del divenire storico — quali protagonisti del mutamento. Continuare a sostenere la loro mummificazione sa di antistorica astrazione, giacché “essi, viceversa, sono impegnati in quel continuo ed inesauribile fenomeno di mutamento del diritto” (21).

6. Abbandonato però il comodo riparo e il terreno formalmente solido della tradizionale rigorosa legalità, si potrebbe pensare di trovarci necessariamente nelle labili sabbie mobili del giusliberismo. Ruperto ne è ben distante.

Ma qual è — allora — la bussola orientatrice che, lasciato l'arido deserto del legalismo, riesce a farci evitare la palude del *Freirecht* e della *Freirechtswissenschaft*?

Il nostro autore non ha dubbi: “ripensare, o forse tornare a ripensare, la legalità in termini di giustizia” (22), operando cioè “il recupero del principio di legalità al più alto livello dell'ordinamento” (23); ossia, non restare ancorati a una nozione decrepita di legalità, oggi eccessivamente inchiodante e assolutamente inadatta ad assicurare il carattere ordinativo del diritto, ma prendere atto che, ormai, la unilineare legalità di un tempo — quella conclamata e venerata da Calamandrei negli anni Trenta e Quaranta del secolo scorso, tanto per fare un esempio a noi vicino — è divenuta una realtà plurale e complessa, articolata, per così dire, in due livelli, quello ordinario e quello costituzionale, ed è soprattutto nel secondo che essa trova il suo volto essenziale e serba il suo carattere di misura d'un ordinamento.

Ma si tratta di legalità aperta, che attinge immediatamente ai valori storici d'una civiltà e se ne impregna; si tratta di legalità cui ripugna il rigido comando formale e si incarna piuttosto in principi,

(21) *Ai liceali di Lamezia Terme*, p. 99.

(22) *Ai liceali di Lamezia Terme*, p. 110.

(23) *Ai liceali di Lamezia Terme*, p. 109.

in un sistema organico di principii ordinatori. La bussola del giurista, nella nuova civiltà giuridica rappresentata dallo Stato Costituzionale realizzato da Weimar in poi, non può che incarnarsi nella Costituzione quale atto formale scaturito però da un potere costituente e pertanto rappresentazione vivace d'una coscienza diffusa.

Affermazioni chiare in tal senso si rinvengono proprio nel discorso — ricco di passione civile — agli studenti di Lamezia Terme: “il diritto dello Stato costituzionale non può seguire rigorosamente il parametro della legalità formale, perché la Costituzione, in quanto deposito di valori e di idealità, è il contrario di un sistema rigorosamente formale” (24).

L'aggancio ai valori è la garanzia che il diritto serba la sua umanità, riafferma la sua provvidenziale natura di realtà chiamata a operare *hominum causa*, a servire il soggetto nella sua dimensione relazionale e non già a conculcarlo.

La Costituzione formale, norma suprema, riflesso della costituzione materiale modellata e osservata nella vicenda storica del popolo italiano, è il salvataggio che ci preserva da avventurismi senza ancoraggio e da formalismi sclerotici: “sembra apparire evidente come il grado di maggior tutela dei diritti soggettivi si realizzi in un sistema, in cui alla sovranità della legge (appunto in senso formale) si sostituisce la sovranità della Costituzione intesa come cornice di regole” (25).

È questo l'unico modo di dare alla legalità un contenuto socialmente apprezzabile, di colmare (o, almeno, di tentar di colmare) il distacco fra norma giuridica e giustizia, ripensandola “in termini di giustizia”, come più sopra si scriveva sulla scorta di Ruperto.

Ci siamo troppo innamorati di un diritto ridotto in un ammirabile cristallino sistema geometrico, siamo stati troppo plagiati dalla efficace propaganda illuministica e post-illuministica insistente sulla astrattezza generalità rigidità della norma, con alla base la illimitata fiducia nel legislatore e la altrettanto illimitata sfiducia nel giurista teorico e pratico.

Il discorso agli studenti liceali, a ben leggerlo, appare come l'esame di coscienza d'un giurista che, varcata la soglia del nuovo

(24) *Ai liceali di Lamezia Terme*, p. 109.

(25) *Ai liceali di Lamezia Terme*, p. 105.

millennio, mette a nudo i molti vizi accumulati nei due secoli appena trascorsi e tenta di segnare un cammino da seguire coerente alle richieste del nostro tempo e alla complessità del paesaggio giuridico formatosi intorno a noi: “dopo duecento anni di pur meritevole esperienza di diritto codificato è come se una matura insofferenza per la dimensione geometrica del diritto ci consentisse serenamente di accogliere e di vivere appieno le potenzialità e dunque anche le incertezze di una dimensione plastica, e dunque profondamente umana, del giuridico” (26).

Il *mos geometricus* di illuministica memoria resta relegato nel regno di utopia, regno senza storia e perciò disumano, mentre si afferma l'esigenza di una maggiore plasticità. Il prezzo da pagare è senza dubbio l'incertezza, ma il vantaggio sta nella concretezza degli schemi ordinanti, indubbiamente preferibile a una certezza inappagante di involucri vuoti. L'esigenza della plasticità è pretesa dal mutamento rapidissimo che stiamo vivendo e che conduce il diritto verso lidi fino ad oggi sconosciuti, cavalcando i cavalli alati di internet in uno spazio immateriale e globale sovrastante i vecchi frammentati territorii depositarii della sovranità dei singoli Stati.

Ruperto ha piena consapevolezza della storicità del diritto, una consapevolezza che ha orientato la sua esperienza di magistrato soprattutto nel momento culminante della sua presenza in seno alla Corte Costituzionale come giudice e poi anche come Presidente. È qui che il giurista inquieto, il giurista in ascolto, il giurista attento a leggere i messaggi dei tempi ha operato con benefica incisività. Lavorando nel terreno supremo dell'ordinamento giuridico italiano, dove i valori irrompono immediati ed intensi dalla società civile, pluralismo culturale e sensibilità storica sono state le sue armi vincenti, e la Corte ha potuto adempiere appieno alla funzione salvante di valvola respiratoria per il castello legale e formale.

C'è di che essere grati a questo giurista, che ha avuto il coraggio di rifiutare la veste logora, stretta, antistorica del *servus legis* per indossare quella più confacente del *servus iuris*.

(26) *Ai liceali di Lamezia Terme*, p. 111.

RICORDO DI MARIO SBRICCOLI

Pietro Costa, sapiente Redattore di questi 'Quaderni', mi segnala, con un tono cortese ma ultimativo a lui assolutamente non abituale, che nel volume monografico già in bozze, malgrado il pochissimo tempo a disposizione, non ci può non essere un primo ricordo di Mario Sbriccoli scomparso il 1° agosto, appena qualche giorno fa; che questo ricordo debbo scriverlo io, che ho avuto il privilegio di annoverare Mario tra i miei figli accademici.

Il compito mi lusinga e mi atterrisce, come quando, a Macerata, il 2 agosto, sulla soglia dell'Università, a me appena arrivato con gli altri amici fiorentini per partecipare alle esequie, Luigi Lacché, primo allievo scientifico di Mario, mi invitò a pronunciare pubblicamente qualche parola insieme al Rettore e al Preside. Allora io dissi con sincerità, in uno stato di profondo scoramento, che non ero certo di riuscire a vincere l'emozione e la commozione. Oggi, la scrittura permette di meglio filtrare e contenere quel sentimento di strazio, che sembra non lasciarmi mai nelle lunghe e amarissime giornate di una estate particolarmente dolorosa.

Costa e Lacché hanno ragione: allora, in quel pesante pomeriggio maceratese, oggi, nella quiete del mio Chianti, toccò e tocca a me dar conto di una familiarità durata più di quaranta anni, costante e affettuosa, senza screzii o incrinature. Altri, più in qua, saranno chiamati a onorare il provvedutissimo scienziato e lo straordinario didatta, ma questa prima testimonianza sul personaggio Sbriccoli — l'uomo e l'intellettuale — debbo io esprimerla.

Né posso cominciare a seguire l'itinerario del ricordo senza prima segnare qui una considerazione umanissima, che il lettore benevolo vorrà giustificare nella sua schietta umanità; ed è la stessa considerazione che io scrissi su questi 'Quaderni' nel lontano 1988 commemorando l'amico Giovanni Tarello anche lui tanto prematuramente scomparso: la morte chiede di essere preparata da una

lunga vicenda di giorni e di opere per apparire quello che è, il naturale compimento di una vicenda, la sua prevista e attesa definizione; solo allora, dopo lo snodarsi e il compiersi faticoso del tempo dell'azione, sembra giusto e pròvvido l'aprirsi del riposato tempo della memoria; ma quando l'azione si arresta incompiuta, quando i padri sono chiamati all'ufficio crudele di seppellire i figli, l'umano e finito giudizio non può non avvertire l'innaturalità profonda della cesura prodotta, e il fatto — come tutti i fatti contro natura — reca in sé una insopprimibile ripugnanza. Quella morte ci appare rapace.

È questo il sentimento, forse incontrollato ma schiettissimo, che mi aggredi, quando vidi al centro della imponente sala delle lauree dell'Ateneo maceratese (dove Mario era stato in tante occasioni vivace e vitale protagonista) la sua bara collocata *more nobilium* sul nudo pavimento; ed è il sentimento che ha percosso e percorso l'animo mio in tutto questo agosto del 2005.

Il mio primo incontro con lui risale ad anni lontani, ai primi anni del mio insegnamento maceratese, al 1962 o 63, durante le lezioni che tenevo in una suggestiva aula chiamata 'la sacrestia', palese ambiente di un antico complesso conventuale. Allora come oggi, è stato sempre mio costume di sollecitare alla fine di ogni lezione gli interventi degli studenti, se non altro per chiarire ciò che fosse risultato oscuro.

Mi colpì l'intervento di uno studente, che non chiedeva chiarimenti ma piuttosto esprimeva perplessità su alcune mie affermazioni. L'impressione fu di un giovane forse un po' saccente, ma straordinariamente colto e dotato di un ingegno notevolissimo. Quello studente era Mario Sbriccoli.

Tutto poteva chiudersi lì, nell'ambito della domanda provocatoria dello studente e della risposta imbarazzata del docente; ma non fu così. Nelle vacanze natalizie, che seguirono a breve, mi pervenne a Firenze una lunga lettera di Mario — che debbo ancora conservare tra le mie troppe carte —, lettera a cui risposi distesamente perché mi sembrò assai meritevole di attenzione. Poi, frequenti incontri nella mia minuscola stanza dell'allora decrepito 'Istituto Giuridico';

poi, un esame brillantissimo, e, infine, la richiesta di redigere sotto la mia guida la dissertazione di laurea.

Seguirlo da vicino mi dette immediatamente la gioia di una scoperta: avevo accanto a me un autentico talento, una precisa vocazione culturale, una promessa per i nostri studi storico-giuridici. Forse no: più che una promessa, se si considera che, di lì a poco tempo, avremmo avuto sui nostri tavoli di lavoro il primo corposo volume su “L’interpretazione dello statuto”, apparso nel 1969 ⁽¹⁾ e che gli permise di conseguire a pieni voti la ‘libera docenza’ ⁽²⁾.

Il tema — il problematico rapporto fra *ius commune* e *iura propria* — era tra i più spinosi e controversi. Mario lo affrontava con una provvedutezza metodologica tutta nuova e da un osservatorio di accesa originalità, come era messo bene in evidenza dal sotto-titolo che l’autore aveva preteso: “Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell’età comunale”. Vi si offriva un disegno storico-giuridico robusto (perché fondato su un solido apparato di fonti) e convincente (per la capacità di comprensione di quelle fonti). E infatti, malgrado qualche eccessivo appesantimento ideologico (che Mario, in seguito, avrebbe riconosciuto con la sua abituale probità e che infastidì, allora, gli amanti delle compilazioni neutrali), a quaranta anni dalla sua pubblicazione, il primo volume sbriccoliano, universalmente citato e discusso, resta come un momento di rara consapevolezza storiografica nella indagine su uno dei nodi più aggrovigliati della storia del diritto medievale.

Se non avessi il timore di cadere nei lacci della bassa retorica, direi che lo si possa annoverare tra i libri ormai ‘classici’ della nostra disciplina. Ed era l’opera di un giovane appena ventottenne.

Poi, il suo itinerario di ricerca e il suo *cursus* accademico si snodarono sicuri.

⁽¹⁾ Presso l’editore Giuffrè di Milano.

⁽²⁾ Malauguratamente, invece, Mario non ebbe più il tempo di riprendere il tema della sua tesi di laurea, una analisi penetrante sulle note di Genovesi alla traduzione italiana dello ‘Esprit des lois’ di Montesquieu.

Fui io a suggerirgli un tema per future indagini: la storia del diritto penale. Il mio suggerimento aveva un obiettivo limitato: analizzare la grande scienza penalistica italiana del Cinquecento — Deciani, Farinacci, Claro — fino ad allora sostanzialmente elusa dalla storiografia. Mario accettò convinto il consiglio, ma lo trasfigurò.

E che di vera trasfigurazione si trattasse lo dimostrano i suoi numerosi ripetuti interventi di questo ultimo trentennio, ma soprattutto il volume splendido del 1974 “*Crimen laesae maiestatis*”, che volle inserito nella ‘Biblioteca’ dei ‘Quaderni fiorentini’⁽³⁾ malgrado la mia sollecitazione ad affidarlo alla Collana patria di Macerata e con il quale vinse la cattedra universitaria nel 1975, in un tempo in cui la vittoria consisteva ancora — e giustamente — in una difficile conquista.

Un ricordo accademico: la Commissione giudicatrice non era allora eletta ma brutalmente sorteggiata grazie a una di quelle numerose follie legislative che il Parlamento nazionale ha riversato sull’Università italiana. Io non ebbi la ventura di essere favorito dalla sorte, ma Mario si guadagnò agevolmente un giudizio unanimemente positivo. Rammemoro ancora con soddisfazione la valutazione addirittura entusiastica di una Collega intelligente e coltissima che sedeva nella Commissione, Giuliana D’Amelio, troppo presto rapita agli amici e agli studii.

Il “*Crimen laesae*” rappresenta il frutto della maturità culturale di lui, anche se era l’opera di uno studioso poco più che trentenne. Egli, a mia insaputa, sulle ultime bozze volle inserire al di sotto della dedica centrale alla memoria del padre una dedizione anche per me, con uno di quei gesti di affettuosità calda e discreta della quale mi avrebbe per anni continuamente allietato. Quella dedica rappresentava nulla più che la benevolenza del vecchio discepolo, poiché il volume costituiva invece il segno compiuto dell’impossessamento del tema penalistico con piena autonomia, sottoponendolo ad una trasfigurazione rispetto al modello proposto più tecnicamente ristretto.

(3) M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis — Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, Giuffrè, 1974.

Già nella breve ma succosa ‘premessa’, senza conclamazioni vistose, con umiltà e coraggio insieme, era disegnato il paesaggio apertissimo in cui l’autore voleva misurarsi. L’obbiettivo era il sistema dei delitti politici, nella ferma persuasione che “è quel sistema uno degli *specula societatis* più eloquenti, e come tale attrae particolarmente la nostra attenzione”. Il diritto penale di Sbriccoli, ben al di là delle pur considerate e diligentemente vagliate tecniche giuridiche, proprio come manifestazione patologica d’un disagio e d’un disordine, si collocava al centro della società e dello Stato, diventava specchio dei conflitti di classe e di ceto, delle paure e delle auto-tutele del potere, del ruolo positivo e negativo dei giuristi.

In un primo tempo con qualche eccessiva indulgenza sociologizzante, il respiro di Mario si faceva aperto, ed emergeva al suo intelletto storiografico l’esigenza di uscire fuori dalle mura della cittadella giuridica senza mai rinnegare la propria cittadinanza di giurista, di storico del diritto, bensì col solo fine di arricchirla e di rafforzarla. Uscire fuori dalle mura ristrette per colloquiare con storici della società, dell’economia, della cultura, con politologi, sociologi, criminologi, cultori del diritto positivo.

Una siffatta apertura, che nasceva da un affinamento delle sue certezze epistemologiche, ha fatto del “*Crimen laesae*” un gran libro, un libro forte e complesso cui le generazioni successive dei più avveduti giovani studiosi non hanno mancato di guardare come a un modello appagante di analisi storico-giuridica.

Ho invocato più sopra l’immagine delle mura della cittadella. È vero: Mario ne sentiva e soffriva l’angustia e temeva soprattutto che questo rinserrarsi dei giuristi provocasse un inaccettabile isolamento e, con l’isolamento, il formalismo e la conseguente separazione fra diritto e società, fra diritto e civiltà storica; un rischio e un costo che per il nostro Sbriccoli doveva essere in ogni modo evitato.

Io che lo seguivo da vicino, che ammiravo la sua sana curiosità intellettuale, il suo sforzo affrancatorio e la sua capacità di instaurare un dialogo autenticamente interdisciplinare, non mancai di valorizzarlo. E quando, nel 1986, organizzai a Firenze, nell’ambito delle iniziative del ‘Centro di studi per la storia del pensiero giuridico

moderno', un incontro internazionale dall'impronta accentuatamente interdisciplinare su 'Storia sociale e dimensione giuridica' (4) ponendo per la prima volta in stretto confronto storici del diritto con storici della 'école parisienne', con doverosa umiltà non mi ritenni in grado di tenere la relazione centrale e volli Mario come interlocutore dell'insigne rappresentante degli *annalistes* relatore al Convegno, Jacques Le Goff. E lui seppe navigare da nocchiero provetto nel mare tempestoso dei rapporti fra discipline diverse, fra gli scogli aguzzi delle autonomie delle storie speciali, in una Relazione che fu ammiratissima dallo stesso Le Goff (5).

Fino ad oggi è continuata la sua motivata predilezione per il campo penalistico e la fedeltà a un oggetto storiografico, che — grazie alle sue ricerche — ha visto considerevolmente diminuite le zone d'ombra. Insisto però su un punto fondamentale per la comprensione di questo studioso: si sbaglierebbe a vedere nella sopramenzionata fedeltà una sorta di autolimitazione, con la conseguenza negativa di un orizzonte scientifico limitato. Sbriccoli attribuiva al diritto penale il ruolo di osservatorio privilegiato per la messa a fuoco di un orizzonte ben più largo. E ce ne ha dato la prova lui stesso, quasi a fugare i dubbii di un possibile malevolo censore, in uno dei suoi ultimi scavi, quello che ai miei occhi appare quasi come un vero testamento scientifico.

Nel 2003 egli si è fatto promotore — insieme ad altri amici delle Università di Firenze, di Ferrara e di Verona — non di una onoranza a Paolo Grossi in occasione del suo settantesimo anno (cosa che lui sapeva non a me gradita), bensì della concorde testimonianza di una comunità di amici da tempo in stretto dialogo con me, testimonianza che si è concretata in un volume collettaneo significativamente intitolato "Ordo iuris" (6), a me carissimo sopra ogni altro.

(4) Cfr. *Storia sociale e dimensione giuridica — Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro* — Atti dell'Incontro di studio Firenze 26/27 aprile 1985, Milano, Giuffrè, 1986.

(5) La Relazione di Mario recava questa intitolazione: *Storia del diritto e storia della società — Questioni di metodo e problemi di ricerca* (cfr., nel volume citato alla nota precedente, p. 127 ss.).

(6) *Ordo iuris-Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003 (con-

All'interno della simpatica raccolta c'è un ampio saggio di Mario, quasi una monografia, che affronta un tema altamente suggestivo: "La benda della giustizia-Iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all'età moderna". Ebbene, io credo che qui si riveli appieno il vero volto dello studioso, ma altresì la sua capacità di muoversi in un ventaglio multi-disciplinare che vede al centro il diritto ma investe la storia politica e sociale, la storia dell'arte, l'archeologia.

Se si ha la pazienza di scorrere le pagine del saggio, di esaminare il doviziosissimo apparato di note e il corredo iconografico, si ha la dimostrazione del largo raggio d'analisi, della acutezza dello sguardo, della dominanza di un sapere complesso ma anche composito esorbitante di parecchio le competenze dello storico del diritto. È rilevante il risultato: il diritto non viene soffocato o vanificato entro questa raggiera di saperi, ma al contrario ravvivato nella sua specificità. Il punto focale, che egli assume consapevolmente a oggetto, è il rapporto tra realtà giuridica praticata e comunicazione simbolica, dichiarando espressamente: "è quel rapporto che mi interessa". Il paesaggio si fa arioso dietro lo sguardo vigile ma straordinariamente — volutamente — dilatato dello storico. L'universo penale si trasforma nelle mani di Mario nella cifra puntuale per arrivare a cogliere il senso d'una intiera civiltà storica in cammino fra medioevo ed età moderna.

Un'ultima notazione. Più sopra abbiam parlato della fedeltà di Sbriccoli a un grande tema d'indagine. Vogliamo accennare a un'altra fedeltà, su un altro piano: quella alla propria terra e alla propria Università.

Quante volte, insieme, ci partecipavamo la nostra unica vanità e il nostro orgoglio di provenire ambedue da un solido ceppo contadino! Mario avvertiva intensamente il legame con la terra marchigiana. Ne amava il tipico paesaggio campestre segnato dalla orga-

tenente, nell'ordine, saggi di Mario Sbriccoli, Pietro Costa, Maurizio Fioravanti, Paolo Cappellini, Luca Mannori, Bernardo Sordi, Giovanni Cazzetta, Giovanni Rossi, Stefano Mannoni, Raffaele Volante, Irene Stolzi).

nizzazione agraria in colonie, dove signoreggiano querci maestose con funzioni confinarie tra un podere e un altro; e parlava volentieri il dialetto marchigiano; e si compiaceva di ricercare e registrare con la passione di un etnologo e di un antropologo costumanze, rituali, leggende, proverbi, espressioni idiomatiche (7). E amava altrettanto intensamente i suoi abitanti, tenaci nella dedizione al lavoro e muniti di un salvante buonsenso; in essi si compiaceva di riconoscersi.

Lui, maceratese, non ha mai voluto lasciare Macerata; è stata una sua scelta precisa, e sono io buon testimone di quando, tanti anni addietro, gli sottoposi l'ipotesi concreta di una 'chiamata' fiorentina, o di quando, in tempi più ravvicinati, alcuni colleghi bolognesi — a cominciare dal penalista Franco Bricola — ripetutamente mi pregarono di sollecitarlo a dar loro la disponibilità per un trasferimento. E a Macerata ha lasciato un'impronta; nella Regione e nella città, dietro quella passione civile, che è stata — fin da ragazzo — una sua innegabile virtù; soprattutto in seno all'Ateneo, in coerenza con la sua mai smentita e profondamente sentita professionalità di scienziato e di docente.

Grazie a lui la piccola e appartata sede universitaria ha visto aumentare il suo prestigio a un livello nazionale ed europeo, confermando la elementare verità che sono sempre e soltanto gli uomini a fare grandi o piccole le cose che frequentano e su cui operano. Più d'una volta, proprio pensando alla Macerata sbriccoliana, mi veniva di accostarla alla Messina di Salvatore Pugliatti, quando la appartata Università siciliana era divenuta, grazie a un grosso personaggio, la capitale della cultura civilistica italiana.

A Macerata Mario ha costruito: ha edificato la ammirevole struttura organizzativa di un Istituto efficientissimo, ma soprattutto, grazie alla qualità altamente formativa del suo insegnamento, ha potuto creare una valida scuola storico-giuridica con allievi che

(7) Ricordo bene che fu lui a mettermi in contatto con uno studioso locale, Giovanni Ginobili, professionalmente un insegnante elementare (se non ricordo male) ma indagatore assai apprezzato dai dialettologi italiani, per far avere a Piero Fiorelli, maestro nella storia della lingua non meno che nella storia del diritto, il "Glossario dei dialetti di Macerata e Petriolo", pubblicato dal Ginobili nel 1963.

hanno già raggiunto i supremi fastigii accademici. E da parte degli storici del diritto si guarda a Macerata con rispetto e apprezzamento.

In noi, che abbiamo avuto la buona sorte di conoscerlo e di goderne l'amicizia, resterà nell'animo l'amabilità del suo tratto, il suo gusto dell'ironia e della auto-ironia (salvataggio prezioso di pochi intellettuali), il suo elegante umorismo, il suo stile pacato e sempre misuratissimo, il suo eloquio forbito ed essenziale, la sua disponibilità all'ascolto.

In chi non ha avuto questa fortuna, resta il volto disegnato con precisione nei suoi scritti, dove l'originalità dell'approccio e l'acutezza delle percezioni dello storico del diritto si congiungono al rigore metodologico, a un dominio sovrano delle fonti più disparate, a un respiro culturale ampio (anche se sempre controllato), alla perfetta intelligenza di civiltà giuridiche tanto differenti quali medioevo e modernità (qualità, questa, che è sempre più raro rinvenire nelle più giovani generazioni).

Proprio per il semplice lettore di oggi e di domani, che affida la conoscenza di Mario al contatto con le sue pagine, mi auguro davvero che, nella esplorazione delle carte del suo tavolo di studio, gli allievi maceratesi possano trovare il frutto delle meditazioni e delle prove di scrittura operate da tempo verso quel prodotto finale — cui Mario teneva moltissimo e che io attendevo con trepidazione — consistente nell'ampia sintesi di una "Storia del diritto penale" promessa all'editore Laterza, sintesi che soltanto lui era in grado di darci.

Speriamo tutti che si tratti di un'opera incompiuta sì ma pubblicabile. Sarebbe il miglior modo per onorare uno scienziato schivo e non amante dei fronzoli cerimoniali (a cui tengono disperatamente i mediocri), nonché per corroborare la sua lezione magistrale a profitto delle generazioni future.

Lezione magistrale! Oggi il vocabolo 'maestro' si spreca indebitamente, mentre — a livello universitario — dovrebbe essere riservato a quei pochi personaggi che si staccano sopra il gregge ormai strabocchevole. Non ho esitazione nel vedere in Mario Sbriccoli un maestro nella scienza e nella scuola, né credo mi faccia velo

l'affetto (che pure c'è, ed è grande). A Macerata, il 2 agosto, chiudendo le povere parole che fui in grado di pronunciare, io pòrsi alle spoglie del caro amico — così volli dire — l'omaggio del suo allievo Paolo Grossi. Non fu un espediente retorico per catturare un facile applauso. Manifestavo, invece, la convinzione che l'antico discepolo avesse lentamente, in anni di duro e proficuo lavoro, assunto quella statura solenne; il vecchio padre accademico era felice di constatarne la superiorità e di riconoscerlo pubblicamente come maestro anche suo.

Citille in Chianti, fine agosto del 2005

ENRICO OPOCHER NELLA CULTURA GIURIDICA DEL NOVECENTO ITALIANO (*)

1. Il significato di questa Relazione: un giurista in dialogo con un filosofo del diritto. — 2. Enrico Opocher: un maestro. — 3. Enrico Opocher: un filosofo attento alla scienza e alla tecnica dei giuristi. — 4. Dietro la storicità del diritto, per la storicità del diritto. — 5. Contro ogni ‘chiusura’: la necessità dell’ascolto. — 6. Il diritto moderno: un “diritto senza verità”. — 7. La storia quale salvataggio del diritto. — 8. Il diritto come ‘esperienza giuridica’. — 9. Sulla processualità del diritto. — 10. Enrico Opocher: un filosofo del diritto con una vasta ‘cura d’anime’.

1. Il mio primo incontro con Enrico Opocher risale alla metà degli anni Sessanta, quando, giovane e intraprendente Preside della piccola Facoltà di Giurisprudenza della Università di Macerata, entrai in contatto con Lui grazie all’unica arma in mano alle Facoltà provinciali di un tempo, e cioè la richiesta di un bando di concorso a cattedra, che allora approdava al risultato pingue di una terna di idonei. Si trattava del bando che avrebbe visto come vincitori il nostro incaricato maceratese Antonio Villani e un allievo di Opocher, Ruggero Meneghelli, divenuto poi uno dei miei amici più cari; e si trattava — da parte mia — di una sorta di visita *ad limina* per impetrare il sostegno dell’autorevole cattedratico patavino, che sapevo decisamente favorevole al nostro candidato.

Di Opocher — allora — avevo letto poco; ne sapevo di più per il tramite dello stesso Villani e di Pietro Piovani, con cui avevo intessuto un rapporto di affettuosa familiarità durante gli anni del suo felice insegnamento fiorentino. Il personaggio mi colpì profondamente per il carisma indubbio di cui era portatore e che gli permetteva di congiungere armonicamente un autentico tratto signorile con la più schietta cordialità.

(*) Relazione tenuta, il 18 aprile 2005, nell’Aula Magna ‘Galileo Galilei’ della Università di Padova, al Palazzo del Bo.

Ma questo è l'uomo Opocher, di cui giustamente parleranno nel pomeriggio gli allievi, mentre a noi relatori di questa mattina spetta il compito di interpretare e riproporre il suo messaggio scientifico. Compito non lieve, soprattutto per colui cui è stato affidato l'onore della Relazione introduttiva, che non è professionalmente un filosofo, che ha un sufficiente salvataggio culturale solo nel sapere di non esserlo e che si accosterà alle pagine opocheriane con l'umiltà del giurista in dialogo con il grande *speculator*. Intendo con ciò fare i conti con i miei uditori: non si aspettino quei voli alti che le mie ali non reggerebbero, bensì il bilancio di quanto un giurista — più specificamente, uno storico del diritto — ha imparato da quel dialogo.

2. Dalla profittevole lettura (e rilettura), che ho fatto nei mesi scorsi della massima parte dell'opera del Nostro per fondare adeguatamente il mio discorso, emerge di lui una cifra complessa.

Un primo carattere fa spicco, ed è la forza speculativa sottesa ad ogni sua pagina: tenendo dietro a una vocazione genuinamente filosofica, Opocher è facitore di pensiero attingendo a quella sovrastante e universale dimensione dove la analisi scientifica ha la sua più alta trasfigurazione. Ma sarebbe falsante non sottolineare il Maestro e il giurista.

Del magistero universitario Opocher ha avvertito in pieno tutta la responsabilità, percezione che trova nella diligente assiduità alle lezioni un banale riscontro esteriore e che pretende invece la indissolubile simbiosi — il vincolo necessario — fra docenza e ricerca, giacché in una Università che meriti questo nome la lezione non è se non la manifestazione di una continua arricchente riflessione retrostante, poiché nel professore universitario ricerca scientifica e lezione si fondono come diverse espressioni d'una integralità rigorosamente unitaria.

Opocher ce ne dà palese dimostrazione: si pensi alla cura assidua verso i 'corsi' universitarii intesi dallo scrittore come il terreno primo di verifica delle proprie intuizioni e dove l'obbligante dialogo con il discente costringe lo *speculator* a chiarire innanzi tutto a se stesso in maniera definitiva concetti e argomentazioni. La lunga sequela delle "Lezioni di filosofia del diritto" sono da interpretarsi in

questa luce: campo espressivo di un progetto culturale aperto, aperto agli affinamenti conseguenti al maturarsi di un pensiero in divenire, che — di anno in anno — si consolida ma anche si modifica plasticamente ⁽¹⁾.

Il culmine di questa simbiosi fra scienza e insegnamento la si ha, poi, quando il ‘corso’ assume la qualità di una vera e propria trattazione monografica; un bell’esempio ne sono i ‘corsi’ di storia delle dottrine politiche dedicati, con larga messe di scavi originali sulle fonti, al pensiero greco-classico e giudaico ⁽²⁾.

Una considerazione ci sembra conseguente: si capisce perché da un insegnamento così qualitativamente intenso siano scaturiti discepoli numerosi e valenti, che fanno della scuola patavina il tiaso più cospicuo nell’ambito della filosofia giuridica e politica.

3. Ma c’è un altro Opocher che non possiamo dimenticare, ed è l’insegnante in una Facoltà giuridica, colloquante con i colleghi docenti nelle varie branche del diritto positivo e maneggiante gli strumenti tipici della conoscenza giuridica. Potrebbe, a tutta prima, sembrare sorprendente questo abitare congiunto in livelli tanto diversi di azione culturale, ma ci se ne rende immediatamente ragione se si fa mente ai Maestri di Opocher, alle sue radici speculative identificabili soprattutto in Adolfo Ravà e in Giuseppe Capograssi.

Da costoro sono molteplici le lezioni apprese, ma una è sicuramente quella che qui ci interessa. Ravà e Capograssi erano giuristi; non soltanto non disdegnavano di esserlo, ma si piccavano di esserlo, sicuri di corrispondere in tal modo al più riposto statuto epistemologico del filosofo del diritto, il quale è e non può non essere uomo di conoscenza giuridica. Sotto questo profilo erano modelli esem-

⁽¹⁾ Opocher è il primo ad averne piena coscienza, cogliendo nella disponibilità al ripensamento una virtù essenziale dei suoi continui esperimenti didattici: “i miei corsi di filosofia del diritto si sono venuti trasformando in relazione agli sviluppi del mio pensiero ed ai mutamenti intervenuti nel mondo della cultura intorno alla filosofia del diritto” (cfr. *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, Cedam, 1983, Prefazione, p. V).

⁽²⁾ *Lezioni di storia delle dottrine politiche: le ideologie della polis greca dalla civiltà omerica alla rivoluzione illuministica del V secolo*, Padova, Cedam, 1959; *Lezioni di storia delle dottrine politiche: l’ideologia politica del popolo d’Israele secondo la tradizione biblica*, Padova, Cedam, 1968.

plari: un Ravà autore di ‘corsi’ e monografie civilistici, scrittore di un agguerrito e ammirato ‘manuale’ di istituzioni di diritto privato (3), redattore del parere della Facoltà giuridica patavina sul progetto del primo libro del codice civile (4); un Capograssi dedito alla pratica stessa del diritto per un non breve momento della sua formazione, riconoscendosi sempre debitore delle acquisizioni fornitegli da quel tempo prezioso (5). Ricordo nitidamente quanto mi diceva, a Macerata, Antonio Villani, uno degli ultimi allievi capograssiani: nelle conversazioni, dove forse si incarnava il meglio della sua straordinaria personalità dialogica, il Maestro non mancava mai di ripetere al giovane discepolo che il suo oggetto privilegiato di attenzione e di meditazione erano i giuristi non meno dei filosofi, identificandosi il discorso tecnico di quelli non in astruserie e formalismi respingibili, bensì in una eccezionale messa a fuoco del mondo sociale. Occorreva però nel filosofo del diritto la capacità di saper sbrogliare il difficile nodo delle tecniche giuridiche, occorreva che anche lui sapesse di diritto.

Anche qui si impone una considerazione: non era forse allievo di Opocher (forse il suo primo allievo patavino) quel Luigi Caiani, prematuramente scomparso appena prima di salire la cattedra universitaria, che aveva scritto nel 1955 un volume assai notevole dedicato a “La filosofia dei giuristi italiani” (6)? In quel libro, frutto fedele dell’insegnamento opocheriano, si capovolgeva la sufficienza un po’ arrogante di un saggio di Cammarata degli anni Venti (7) e si

(3) *Istituzioni di diritto privato*, Padova, Cedam, 1938.

(4) *Parere della Facoltà di Giurisprudenza sopra il primo libro del Codice Civile*, Padova, S. T. C., 1933.

(5) In una sua commemorazione di Capograssi, scritta a caldo, nel '56, per la ‘Rivista di diritto civile’, Opocher, affermando che il Maestro abruzzese fu sostanzialmente e non solo accademicamente un filosofo del diritto, esce in queste precisazioni illuminanti: “lo fu nel senso più pieno della parola, perché è attraverso il diritto — il diritto della sua lunga, paziente, sudatissima esperienza di legale, non quello dei libri — che egli seppe vichianamente scoprire la storia eterna degli uomini ed è entro l’inesauribile ricchezza di questa storia che egli seppe cogliere le più segrete implicazioni della vita giuridica” (E. OPOCHER, *Giuseppe Capograssi*, in *Rivista di diritto civile*, II (1956), p. 476).

(6) Padova, Cedam, 1955.

(7) A. E. CAMMARATA, *Su le tendenze antifilosofiche della giurisprudenza moderna in Italia*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, II (1922).

dava credito ai giuristi di essere portatori di una filosofia entro le trame delle loro architetture tecniche.

Lo stesso Opocher, commemorando nel '56 Capograssi, faceva esplicitamente sua una siffatta orientazione metodologica e concordava sulla necessaria valorizzazione della scienza giuridica da parte del filosofo, financo delle tecniche del giurista, del suo laboratorio ricolmo di strumenti non facilmente accessibili dal profano: quella scienza, quelle tecniche, quel laboratorio da perfetto stregone erano il tramite insostituibile perché la filosofia potesse raggiungere e penetrare il livello esperienziale, giacché il diritto — come tessuto ordinativo della società — reclamava nella riflessione scientifica su di sé elaborata una perenne tensione a incarnarsi, a fare sempre i conti con una dimensione che non galleggiava nuvolescamente sul 'sociale' ma di questo 'sociale' era carne e sangue, intrisa della fattualità quotidiana propria dell'esperienza d'ogni soggetto vivente (8).

E Opocher, in assoluta coerenza, ama scrivere anche su Riviste di diritto positivo e su opere enciclopediche con prevalente contenuto di diritto positivo, con la volontà inespressa ma chiarissima di assumere a suo interlocutore il giurista e forse, in prima linea, il cultore del diritto vigente troppo spesso lasciato solo nella ragnatela delle sue tecniche da chi credeva di poter volare alto e imperturbabile da quanto succedeva a livello della terrestrità spicciola. Ne sono esempio le non rare ospitalità chieste non soltanto alla patavina ed amica 'Rivista di diritto civile' ma anche alla bolognese 'Rivista trimestrale di diritto e procedura civile'; ne sono esempio parecchie 'voci' per la giuffreiana 'Enciclopedia del diritto', 'voci' culturalmente assai impegnative, nelle quali prendeva forma compiuta uno specifico messaggio filosofico-giuridico, volutamente accostato ad orecchie che certamente filosofiche non erano.

4. Gli accenni or ora fatti e soprattutto l'evocazione del termine-nozione di 'esperienza' ci consentono di addentrarci nel nucleo fondativo della concezione opocheriana del diritto: che è vita, vita vissuta dagli uomini nella loro quotidianità, esperienza che lo

(8) OPOCHER, *Giuseppe Capograssi*, cit., p. 478.

scienziato tenta di ordinare con le sue tecniche. Di questa dimensione esperienziale lo stesso filosofo non deve mai dimenticarsi.

È evidente l'influsso decisivo di Capograssi; è da lui, più che dai sociologismi di Gurvitch ⁽⁹⁾, che egli trae la nozione di esperienza giuridica, depurata da ogni nebulosità sociologica e invece in stretta connessione con la scienza, una scienza che — come abbiamo visto più sopra — ne è la consapevolezza più viva, la comprensione più acuta, l'irrobustimento più efficiente per vincere l'usura del divenire.

È rilevante la conclusione: il diritto è storia vivente, è necessariamente intriso di storicità perché nella storicità è immerso; il diritto si connota, più che per una sua datità, per la sua problematicità, proponendosi come ricerca che supera continuamente se stessa nel tentativo di costituire un ordine adeguato ma sempre provvisorio del corpo sociale.

È una conclusione che porta Opocher a separarsi nettamente da ogni scelta normativistica e da ogni — più o meno larvato — positivismo legalistico. Ferma è la sua reazione alla "Teoria della scienza giuridica" che nel 1950 pubblica Norberto Bobbio ⁽¹⁰⁾. A questi, che è stato anche suo patrono accademico a Padova e a cui resterà per tutta la vita legato da sincera amicizia, non può fare a meno di dichiarare un fermo dissenso, scegliendo come luogo per manifestarlo la sopra menzionata Rivista bolognese di civilisti e processualisti e concretizzando la sua esigenza di parlare non ai suoi correligionarii ma al generico giurista ⁽¹¹⁾.

Il succo dell'orientamento bobbiano può essere così condensato: tutto ciò che trascende le proposizioni normative esplicite e implicite nelle leggi non interessa il giurista in quanto tale; oltre quel limite egli infatti diventa moralista, politico, sociologo ma cessa di essere giurista. Il diritto è sorpreso come un universo di comandi, pertanto un universo di autorevoli testi cartacei, rispetto ai quali il giurista si riduce a un esegeta con le mani e i piedi legati. Sbotta Opocher: "l'impresa di Bobbio è disperata"; e il motivo è presto

⁽⁹⁾ Rilevabili facilmente nel volume: *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, Pedone, 1935.

⁽¹⁰⁾ N. BOBBIO, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 1950.

⁽¹¹⁾ E. OPOCHER, *Positivismo logico e scienza giuridica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, V (1951).

detto: perché concepisce la giurisprudenza in termini di analisi linguistica delle proposizioni normative e perché idealizza, gigantizza il legislatore alterando quella che è la sua naturale meschinità⁽¹²⁾.

Preoccupa Opocher l'immobilità del testo autorevole, la sua endemica incapacità a seguire il mutamento, con la conseguente separazione dal flusso esperienziale e con l'altrettanto conseguente inaridimento. Quel che piaceva al Nostro nella ipotesi capogrossiana era il nesso indissolubile fra storia e scienza, legate in una stessa unitaria avventura vitale, l'una all'altra necessaria. La scelta bobbianiana, scelta di rigoroso normativismo, isolava e devitalizzava la scienza e faceva del legislatore il demiurgo solitario e onnipotente dell'universo giuridico. Emerge qui quell'insofferenza verso l'assolutismo giuridico moderno, che sarà un tratto caratterizzante dell'intero itinerario opocheriano e su cui non potremo non ritornare; segno che lo *speculator* è spettatore non disattento dei segni dei tempi e della vicenda storica.

L'insofferenza diventa addirittura acerba ripulsa e condanna, quando egli ha tra mano, nel 1977, una raccolta di scritti curata da Uberto Scarpelli, "Diritto e analisi del linguaggio"⁽¹³⁾. Lo stile di scrittura — sempre misuratissimo e perfettamente consonante con la sua umanità signorile — cede per un momento a un attacco di inattesa violenza; anche questa volta la palestra scelta per lo scontro frontale è una Rivista di diritto positivo, quella patavina del suo amico Trabucchi, come se il filosofo volesse ammonire i giuristi di non farsi abbacinare dalle illecebre di falsi profeti⁽¹⁴⁾.

La reazione, icastica, è contro l'intolleranza del cosiddetto neo-illuminismo della filosofia analitica, che pretende di incarnare l'unica politica della cultura e del diritto qualificabile come 'democratica', bollando come 'totalitarie' le correnti filosofiche di diversa matrice. Opocher comincia ponendosi due domande, secondo un costume argomentativo che segnala l'umiltà del suo sapere problematico (anche se, quasi sempre, di domande inchiodanti e demoli-

(12) OPOCHER, *Positivismo logico e scienza giuridica*, cit., p. 145.

(13) *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di U. Scarpelli, Milano, Comunità, 1976.

(14) E. OPOCHER, *A proposito di diritto e analisi del linguaggio*, in *Rivista di diritto civile*, XXIII (1977)

tive si tratta). Di fronte alla negazione degli analisti di un attingimento al mondo dei valori egli si chiede: “può la prospettiva assiologica della validità del diritto ritenersi necessariamente metafisica? Ed è proprio esatto che una prospettiva ‘metafisica’ del diritto porta, contrariamente a quelle empiristiche, ad una politica del diritto irrazionale e conservatrice?” (15).

Per Opocher lo statuto ontologico dell’uomo si fonda sul suo bisogno di assoluto, che genera la conseguente contemplazione della sua finitezza, del suo esistere quale viandante per le strade della storia; un uomo che, grazie alla conoscenza, ha la sua proiezione fuori di sé verso il cosmo e verso gli altri e, grazie all’amore, si pone in contatto con l’Assoluto intensificando la propria individualità.

I toni qui usati sono straordinariamente forti: “mio più assoluto dissenso”, mentre si bolla la tesi di Scarpelli e dei suoi sodali come “concezione manichea” (16); ed emerge uno strano Opocher *intollerante*. Aggiungo però subito che qui è in gioco solamente la intolleranza dell’intolleranza.

5. Già, perché quattro anni prima, negli studi in onore del suo collega amministrativista Enrico Guicciardi, aveva contribuito con uno scritto che recava il singolare titolo di “Elogio della tolleranza” (17). Titolo singolare, perché, se si può essere tutti d’accordo sulla condanna dell’intolleranza, si deve essere meno d’accordo sull’elogio del suo opposto, dal momento che ‘tolleranza’ postula pur sempre accettazione di fatti e comportamenti recanti in sé qualcosa di negativo e quindi da respingere. In realtà, l’elogio di Opocher è per la disponibilità al dialogo con l’altro, all’ascolto dell’altro, al rispetto dell’altro, soprattutto quando l’altro è un diverso, è cioè persona verso la quale la dissonanza potrebbe rendere giustificabile l’isolamento e la chiusura.

Lasciamo a Lui una parola chiarificatrice: tolleranza non è “rinuncia a combattere l’errore” né tanto meno “rinuncia a far valere la verità”; “essa consiste, piuttosto, nel non negare preliminarmente

(15) OPOCHER, *A proposito di diritto e analisi del linguaggio*, cit., p. 159.

(16) *Ibidem*.

(17) E. OPOCHER, *Elogio della tolleranza*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, vol. I.

fiducia all'avversario, nel considerarlo, fino a prova contraria, come un possibile portatore di verità, nel tener aperto fino al limite estremo il metodo della discussione e quindi della persuasione. Come tale essa è il primo dovere dello scienziato" (18).

Qui 'tolleranza' è unicamente ascolto, è apertura del bozzolo individuale. Commemorando il suo Maestro Adolfo Ravà, Opocher aveva ritenuto di cogliere il fulcro — e il privilegio grande — del suo insegnamento in un "porsi, nella scienza come nella vita, al di là di ogni chiusura" (19). È questo l'insegnamento che il discepolo ha raccolto e ha costituito quale bussola della sua umana vicenda e della sua ricerca scientifica.

'Chiuso', 'chiusura' sono termini ricorrenti nelle pagine opoche-riane, ma sempre per respingerli e combatterli, identificando il genuino uomo di cultura in chi, aborrendo le chiusure, sa ascoltare e dialogare, riflettere criticamente sui messaggi degli altri, anche dei diversi, arricchirsene magari, in quella incessante e tormentante ricerca di verità che rappresenta la trama portante della vita di ogni studioso; una verità che ha il duplice volto della illuminazione e della conquista, ma che si gioca sempre nell'umiltà dell'ascolto, sia che si tratti di voce proveniente dall'alto o dall'altro.

6. Verità, altra parola impegnativa ricorrente con frequenza nelle pagine di Opocher, che la usa con la familiarità e la consapevolezza proprie a chi è avvezzo a filosofare. È, per esempio, al centro di quello che si deve considerare lo scritto più drammatico del Nostro, la prolusione patavina del 1949, che ritroviamo poi negli studi in onore di Francesco Carnelutti: "Il diritto senza verità" (20), uno scritto denso, che è insieme diagnosi e denuncia, che richiama alla mente l'altra voce altissima che si era levata contemporaneamente nell'immediato secondo dopoguerra, quella di Capograssi, sul "diritto dopo la catastrofe" (21).

(18) OPOCHER, *Elogio della tolleranza*, cit., pp. 9-10.

(19) E. OPOCHER, *Ricordo di Adolfo Ravà (1879-1957)*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XXXIV (1957), p. 246.

(20) E. OPOCHER, *Il diritto senza verità*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, Cedam, 1950, vol. I.

(21) Il riferimento è al saggio: *Il diritto dopo la catastrofe*, pubblicato originaria-

Non è, secondo Opocher, il momento di addolcire le linee di una constatazione amarissima; conviene, invece, registrare senza artificiose forzature interpretative (che a nulla servirebbero) l'eccessivo ancoraggio della dimensione giuridica a realtà negative che la hanno condizionata, deformata, ma, quel che più conta, immiserita. Opocher esalta, qui, in questo tempo di non fittizie angosce, quella che è la qualità essenziale di lui come studioso: uomo che riflette, facitore di pensiero, lettore dei grandi classici di cui si nutre, ma anche personaggio che vive nel tempo, che vive il tempo, che lo legge e che lo registra in ognuna delle sue riflessioni, indi delle sue pagine. Il nutrimento intellettuale è in lui sempre duplice e proviene da un duplice livello, dall'universale del pensiero, dal particolare della storia.

Lasciamogli distesamente la parola, perché la sua concezione vi è compiutamente delineata: il diritto "realizza il massimo sforzo compiuto dall'azione per salvarsi nel mondo umano...ed è proprio nei momenti di crisi... che la funzione del diritto dovrebbe dimostrarsi più essenziale" (22). Però, "quando la verità del diritto si oscura, quando il diritto, lungi dal salvare l'azione, deve a sua volta essere difeso e salvato, il mondo storico perde la sua estrema guida obbiettiva e sprofonda nella crisi totale" (23). Il guaio è "il carattere puramente strumentale che il diritto ha assunto nella società moderna, quasi completamente appoggiato allo Stato, o, meglio, alle mutevoli e troppo spesso irresponsabili volontà, che attraverso il mito dello Stato, si esprimono dominatrici della vita sociale" (24). Il diritto si è, pertanto, ridotto ad essere "strumento... mero strumento di governo", "l'ideologia politica... se ne è impadronita, se ne è servita... ed in essa il diritto ha riconosciuto la propria verità" (25). Da qui la conclusione amarissima: "la verità del diritto si è dissociata dalla verità dell'azione, si è piegata alla contingenza della ideologia

mente, nel 1950, negli stessi studi in onore di Carnelutti dove Opocher pubblica il suo contributo (ora è da leggere in *Opere*, Milano, Giuffrè, 1959).

(22) OPOCHER, *Il diritto senza verità*, cit., p. 180.

(23) OPOCHER, *Il diritto senza verità*, cit., pp. 180-81.

(24) OPOCHER, *Il diritto senza verità*, cit., p. 181.

(25) *Loc. ult. cit.*

politica e l'azione, smarrita, si è distaccata dal diritto"; "il diritto del nostro tempo è un diritto senza verità" (26).

Ho indugiato nel proporvi questo contesto di frammenti tratti dalla prolusione patavina, perché vi rinvengo il pregio di una diagnosi impietosa che, partendo da una riflessione di indole squisitamente filosofica, arriva ad una analisi storica delle forze e delle motivazioni generatrici del disastro.

Il diffuso rammarico si innesta sulla convinzione capogrossiana — ma che è anche opocheriana — circa il ruolo della scienza all'interno dell'esperienza giuridica e sulla contemplazione della assenza, della abdicazione dei chierici a farsi carico di questo ruolo. Al fondo sta il tradimento dei giuristi, relevantissimo e perniciosissimo giacché non è in gioco l'importanza di una corporazione ma la vita e la vitalità della stessa esperienza, che abbisogna della scienza come sua coscienza orientatrice.

I giuristi hanno mancato a una chiamata storica sposando lo statalismo e adeguandosi in modo assolutamente pronò. Ma statalismo significa legalismo, e il legalismo non può che ingenerare formalismo, rinserrando il diritto in un sistema controllatissimo di testi autoritari e ignorando la vita che continua a scorrere per proprio conto al di là del castello legale. Il risultato più allarmante per Opocher è la muraglia impenetrabile edificata intorno al castello per separarlo dal mondo dei fatti e dei valori, per impedire un travaso di questi all'interno di quello. E il diritto diventa un universo chiuso ma anche soffocato da siffatte innaturali, asfittiche chiusure.

Si domanda il Nostro con una di quelle domande inchiodanti che esprimono bene il suo sapere dialettico e problematico: "ma è possibile dare all'esperienza giuridica consapevolezza della propria verità attraverso la tenue trama del formalismo? È possibile contrapporre al concretissimo, tumultuoso moto della storia una verità giuridica puramente formale?" (27). Una sola risposta si impone per il filosofo patavino: "una verità, che si contrappone alla storia, non è più verità, ma mera astrazione" (28); e il diritto moderno, secondo l'allarme scritto a lettere maiuscole nel titolo della prolusione,

(26) OPOCHER, *Il diritto senza verità*, cit., p. 182.

(27) OPOCHER, *Il diritto senza verità*, cit., p. 183.

(28) OPOCHER, *Il diritto senza verità*, cit., p. 186.

proprio perché privo di ancoraggi negli strati profondi della società, si riduce a un diritto senza verità.

7. Il richiamo puntualissimo alla storia, alla storia intesa quale salvataggio del diritto e del giurista, ci impone di sostare (anche se per poco) su una professionalità più nascosta, ma che doveva essere ossigenante per chi faceva della esperienza giuridica l'occhiale privilegiato per arrivare alla comprensione del diritto.

Opocher non è uno storico improvvisato né l'aereo filosofo che si china a raccogliere qualche dato episodico con cui infioettare la propria pagina: non dimentichiamoci che la più gran parte delle 'Lezioni di filosofia del diritto' è dedicata a momenti vitali della storia del pensiero giuridico (soprattutto moderno) e non dimentichiamoci nemmeno l'attenzione e la cura che egli riserva al corso di 'Storia delle dottrine politiche' esercitato di buon grado per lunghi anni nella Facoltà politologica. A lui si debbono intuizioni e diagnosi preziose sulla storia del pensiero giuridico moderno, intuizioni e diagnosi originalissime se considerate nel momento in cui furono percepite e antesignane rispetto ai sentieri che la storiografia avrebbe in seguito battuto.

La prima concerne la visione spregiudicata della scuola del diritto naturale, che — maestra di astrattezza — ha la responsabilità storica di avere distaccato la verità giuridica dal fertilizzante *humus* morale, inaugurando quel culto della purezza, quello spasmo verso il diritto come scienza pura, che sarà per Opocher la grande illusione ma — ohimè! — sul piano etico anche la grande elusione di pur acclamati filoni del pensiero giuridico del Novecento ⁽²⁹⁾. Qualche anno dopo, il discorso prolusivo al Convegno romano della sua disciplina accademica, nel 1953, affermerà senza mezzi termini che la ricerca kelseniana, sotto questo profilo, "ricorda la candida illusione dello struzzo" ⁽³⁰⁾.

⁽²⁹⁾ Il luogo dove una siffatta percezione viene sviluppata e motivata è il cap. 3 delle sue 'Lezioni di filosofia del diritto' dedicato a 'La scuola del diritto naturale ed i problemi dello Stato moderno'.

⁽³⁰⁾ E. OPOCHER, *A proposito di problemi attuali*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XXXI (1954), p. 93.

La seconda riguarda il trapasso dal giusnaturalismo settecentesco al giuspositivismo ottocentesco, il primo quale pròdromo del secondo. Peggio: il primo come fondazione etica del secondo ⁽³¹⁾. Opocher avverte, con precisione ma anche con una sana ripugnanza storicistica, che l'età della secolarizzazione si è fabbricata una mitologia fondativa e che parecchi di codesti miti, usciti dalla laboriosa fucina del diritto naturale, avevano alterato — idealizzando — la reale immagine dello Stato e della legge allo stesso modo di come si era disegnato un soggetto astratto al centro di una tela di rapporti giuridici astratti, di una uguaglianza parimente astratta e pertanto assolutamente insoddisfacente.

8. Ma torniamo ai temi centrali dell'itinerario filosofico-giuridico opocheriano. Mi sembra che la conclusione centrale della prolusione patavina — messaggio della maturità culturale del Nostro e segnale sonoro di un malessere crudamente constatato — sia tutta racchiusa in queste sue poche parole: “la dissolvente scissione tra la verità del diritto e la verità dell'azione” ⁽³²⁾. Il diritto moderno è rimasto come un reliquiario vuoto, una corteccia risecchita, giacché il suo piano nativo è quello della azione dove brulicano i fatti ma dove soprattutto allignano i valori.

È, infatti, con l'azione e mediante l'azione che prende concretezza l'esistenza mia e degli altri e dove diventa spazio storico la libertà, privilegio del soggetto nella sua singolarità ma privilegio da verificare e misurare con la situazione dell'altro che mi sta accanto. Una libertà calata in una vicenda comunitaria, dimensione cioè non ‘assoluta’, non sciolta dal contesto, bensì “faticosa e dolorosa conquista del mondo umano” al centro di un tessuto folto di relazioni — libertà come *relatio ad* — e pertanto fatta anche di vincolazioni e di rinunce. Libertà sì ma “antinomica, come lo è l'esistenza cui appartiene”, secondo quanto Opocher scrive in certe sue meditazioni del 1972 ⁽³³⁾.

⁽³¹⁾ Le citazioni potrebbero essere numerosissime. Lucida è la percezione delle origini giusnaturalistiche del positivismo giuridico otto-novecentesco nella recensione a “Il positivismo giuridico” di Bobbio in *Rivista di diritto civile* VIII (1962), p. 582.

⁽³²⁾ OPOCHER, *Il diritto senza verità*, cit., 189.

⁽³³⁾ E. OPOCHER, *Meditazioni su diritto e libertà*, in *Studi in onore di Francesco*

Tutto quanto si è ora detto rende comprensibile e pienamente motivata la scelta opocheriana per una filosofia del diritto intesa come filosofia dell'esperienza giuridica. Lo schema capograssiano di osservazione e di analisi corrispondeva perfettamente alla concezione non normativistica e decisamente antiformalistica del pensatore patavino, che aveva chiara l'insopprimibile umanità del diritto, la sua coincidenza con la vita vissuta.

Aggiungiamo che corrispondeva altresì con il carattere essenzialmente problematico, che egli assegnava al fenomeno giuridico. In una sua notevolissima 'voce' scritta nel 1966 proprio per la 'Enciclopedia del diritto' — una di quelle 'voci' enciclopediche dove è spesso consegnato il suo timbro più limpido — egli ha cura di puntualizzare: "Esperire vuol dire, infatti, *ricercare* e la prospettiva della ricerca sul piano dell'azione e quindi della volontà non poteva che esprimere l'opera creatrice della libertà con tutti i limiti, le contraddizioni, le cadute e le resurrezioni che condizionano l'umana esistenza »⁽³⁴⁾. Chi si regalasse il gusto di una lettura totale della 'voce' vedrebbe stagliarsi immediato nello sfondo l'ascoltato mentore Capograssi e più in lontananza "L'action" di Blondel, questo gran libro di fine Ottocento così isolato nel suo contesto originario francese ma così fervido di presagii; e poi Ollé Lapruné, Berdiaev e — certamente non ultimo — Lavelle con il suo "Traité des valeurs".

Forse sono viziato dalla mia professionalità di storico del diritto, ma mi preme di rilevare che 'esperienza giuridica' non è il frutto del soliloquio di Opocher con le sue fonti filosofiche; o, meglio, non è soltanto questo. Mi ha colpito, anche a questo proposito, l'acutezza del suo diagnosticare storico-giuridico, quando egli pone lucidamente in strettissima connessione la genesi della nozione, dello schema interpretativo, con la crisi novecentesca dello Stato moderno⁽³⁵⁾. E mi è venuto alla mente Santi Romano, nel cui itinerario

Santoro Passarelli, Napoli, Jovene, 1972, vol. VI (le citazioni or ora fatte sono a p. 749 e 751).

⁽³⁴⁾ E. OPOCHER, *Esperienza giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XV, Milano, Giuffrè, 1966, p. 736.

⁽³⁵⁾ Si veda, nella 'voce' segnalata alla nota precedente, il n. 4 dedicato alla 'Genesi giuridica della nozione: la crisi del principio della statualità del diritto ed il pluralismo giuridico': "la genesi della nozione di 'esperienza giuridica' si connette indissolubilmente alla crisi dello Stato moderno" (p. 741).

culturale e tecnico, il risultato dell'ordinamento giuridico, consolidato nel fortunato libretto del 1917/18, è il frutto estremo e maturo di una progressiva presa di coscienza — da parte di un giurista colto e sensibile — degli scossoni socio-economico-politici fra i due secoli, della crisi dello Stato, della esigenza di recuperare un paesaggio più complesso e, quindi, meno semplicistico di quello tralatiziamente consegnato nelle oleografie cartolinesche della propaganda borghese ⁽³⁶⁾.

Anche per Opocher si tratta di crisi profonda ma benefica, perché consente tre riscoperte fondamentali: riscoperta della socialità del diritto, che la statualità aveva conculcato; riscoperta dei nessi vitali e necessari tra giuridico e metagiuridico che il legalismo aveva tentato di cancellare, assegnando al legislatore, arbitro e garante del giusto, il ruolo monopolistico di fungere da cerniera tra i fatti e il castello fortificato del diritto ufficiale, unico filtro legittimato ad aprire ai fatti i ponti levatoi del castello; riscoperta del pluralismo giuridico, che l'esperienza continentale europea aveva perduto nei nodi scorsi del giacobinismo giuridico, delle codificazioni, delle invenzioni gerarchiche degli apparati statuali.

In queste premesse di acquisizione critica e di conseguente revisione metodologica, trovano la propria motivazione culturale alcuni atteggiamenti che possono considerarsi delle vere costanti del pensiero opocheriano. Cerchiamo di segnarli con fedeltà.

Diffidenza per gli ordinamenti chiusi, legislativi, codificati, ossificati in gerarchie chiuse di fonti, attuanti un controllo troppo rigido rispetto al magmatico livello della vita sociale ⁽³⁷⁾. Il personaggio che aborrisce da ogni chiusura trova qui il suo riscontro sul piano delle fonti, ed è coerente l'insofferenza verso ogni manifestazione dell'assolutismo giuridico moderno.

⁽³⁶⁾ Lo abbiamo recentissimamente sottolineato in una delle 'lezioni magistrali' organizzate nella primavera 2005 dall'Istituto Universitario Suor Orsola Benincasa di Napoli: *Il diritto tra potere e ordinamento*, attualmente in corso di stampa presso l'Editoriale Scientifica di Napoli.

⁽³⁷⁾ Si veda, nella 'parte terza' delle sue "Lezioni di filosofia del diritto" (che cito nella edizione compiuta del 1983), parte dedicata a 'Tre riflessioni sul diritto come valore', il n. 2: "Il diritto nell'esperienza pratica: la processualità del diritto", che è tutto una requisitoria contro l'assolutismo giuridico moderno.

Ripugnanza consequenziale per lo statalismo moderno inteso come culto acritico dello Stato e per tutti gli apparati mitologici costruiti a suo supporto da una sapientissima strategia. Nel 1965, trattando proprio de “Il filosofo di fronte allo Stato contemporaneo”, non ha esitazione nell’assegnare al filosofo (e, quindi, a se stesso) un preciso compito demitizzatorio⁽³⁸⁾; e ancora nel 1979, in un articolo destinato a un grosso pubblico (confluito, poi, nella raccolta dei suoi “Discorsi Civili”) insiste nel ritenere non più procrastinabile un processo di demistificazione di Stato e potere dopo tanti indebiti altarini innalzati durante tutto il corso della modernità⁽³⁹⁾. Al fondo, v’era in Opocher un marcato sospetto verso il potere politico, identificato in una forza sorda a ragione ed amore⁽⁴⁰⁾.

Diffidenza per gli entusiasmi sistematorii della scienza ma anche della filosofia del diritto moderne. Il sistema, questo traguardo supremo, questa vetta agognata che ogni giurista rispettabile è in obbligo di conquistare almeno dal Settecento in poi, è colto da Opocher come *chiusura*, come ideologia, e pertanto come “filosofia chiusa” che soffoca la *problematicità* che è privilegio della vita, appunto della esperienza⁽⁴¹⁾.

9. Se l’esperienza giuridica è *azione*, azione storica, cioè azione di un soggetto che afferma la propria libertà nella esistenza, nella esistenza relazionale; se questa azione si concreta in ricerca di verità, una verità che non è *astrazione* ma è *nella* storia perché *della* storia, ecco che la *giustizia*, nel suo significato fondamentale di riconoscimento della verità, assume una posizione centrale: riconoscimento della verità e dei *valori* di cui essa è portatrice⁽⁴²⁾.

⁽³⁸⁾ E. OPOCHER, *Il filosofo di fronte allo Stato contemporaneo*, in *Atti dell’Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti*, CXXIII (1964-65), p. 592.

⁽³⁹⁾ Si tratta dell’articolo giornalistico pubblicato sul quotidiano di Venezia ‘Il Gazzettino’ del 1° maggio 1979, ora in E. OPOCHER, *Discorsi civili*, Padova, Cedam, 1985.

⁽⁴⁰⁾ Esemplare il suo discorso inaugurale patavino per l’anno accademico 1981-1982: *Riflessioni attuali su diritto e potere*, ora in *Discorsi civili*, cit..

⁽⁴¹⁾ E. OPOCHER, *Considerazioni sugli ultimi sviluppi della filosofia del diritto in Italia*, ora in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XXVIII (1951), p. 45 (è una Relazione al Congresso di Diritto Comparato di Londra del 1950).

⁽⁴²⁾ La sintesi di questa vena di pensiero è nella ‘voce’ *Giustizia (filosofia)* pubblicata in *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970.

È, quest'ultima, una conclusione che ne genera immediatamente un'altra: il piano sul quale questa dimensione della giustizia si colloca come predominante — piano essenziale alla giustizia in senso giuridico — è quello del processo. È nel giudizio, infatti, che sorge, si afferma, trova concretezza la giustizia quale riconoscimento della verità. È lì, nel momento culminante del processo, cioè nel giudizio del giudice, che si deve cogliere il *nodo* — 'nodo', terminologia opocheriana — basilare della esperienza giuridica. Il normativismo moderno, che assolutizza il momento normativo del diritto, che viene a fondare un ordinamento giuridico *chiuso*, che minimizza e devitalizza il momento giudiziale, si preclude la possibilità di una reale comprensione del diritto come esperienza ⁽⁴³⁾.

Opocher sviluppava con originalità alcune intuizioni di Capograssi, irrobustendosi nel colloquio con un processualista come Salvatore Satta, uno dei tanti cultori d'un diritto positivo appartenenti al tiaso fedele attorno al filosofo abruzzese e tra i più presenti nel rapporto epistolare con lui, come è dato di riscontrare in quell'illuminante libretto 'Pensieri dalle lettere' che lo stesso Opocher pubblicherà nel 1958 ⁽⁴⁴⁾, omaggio alla memoria di un Maestro che aveva fatto della conversazione orale e scritta l'espressione forse più puntuale del proprio magistero.

Questa costruzione, che sorprende il diritto nella sua intima processualità, è al cuore del discorso filosofico-giuridico del Nostro, in un progressivo sviluppo definitorio di cui sono testimonianza probante le varie stesure delle 'Lezioni di filosofia del diritto' susseguitesi dal 1949 al 1993. Egli ne è non soltanto consapevole ma anche compiaciuto, arrivando ad affermare, nel colmo della sua maturità intellettuale, che quelle stesure seguono lo snodarsi e il consolidarsi di un pensiero che trova nella prospettiva della processualità del diritto il suo "caratteristico modo di interpretare e portare

⁽⁴³⁾ Si vedano soprattutto — nella sopracitata 'voce' enciclopedica — i nn. 16 e 17, ma, particolarmente, nelle "Lezioni di filosofia del diritto", il già citato n. 2 della parte III, dedicato a "Il diritto nella esperienza pratica: la processualità del diritto" (da leggersi almeno le pp. 295-96).

⁽⁴⁴⁾ G. CAPOGRASSI, *Pensieri dalle lettere*, a cura di E. Opocher, Roma, Studium, 1958.

avanti quella che è stata definita come ‘filosofia dell’esperienza giuridica’ ” (45).

10. È tempo di concludere. Io mi auguro di avervi almeno partecipato e motivato una persuasione che si è in me fortificata dopo la recente rilettura: Enrico Opocher non è un personaggio appartato, che lavora nel chiuso del suo studio, isolato dalla vita quotidiana e ad essa sordo.

Basterebbe la sua vicenda personale per dimostrare che egli è, al contrario, ben immerso nel proprio tempo e soddisfatto di esserlo. Come sottolineò già Dino Fiorot nella sua affettuosa testimonianza al XXIV Congresso della ‘Società italiana di filosofia giuridica e politica’ tenuto a Catania nel settembre 2004 (46) e come ci ripeterà questo pomeriggio, il Nostro prende parte appassionatamente alla lotta contro il nazi-fascismo e alla prima vita politica democratica; quale accademico, ha accettato di governare come Preside la Facoltà giuridica patavina e come Rettore l’intero Ateneo in anni particolarmente difficili.

Una scelta di vita sociale e politica che trova un perfetto contrappunto nell’operosità dello studioso: che è e vuole essere — con un impegno parimente etico e culturale — testimone vigile del suo tempo, registrandone i segni e rendendo ad essi speculare la propria riflessione. Come si accennava più sopra, la sua ‘esperienza giuridica’ afferma pienamente la propria specularità storica registrando con assoluta fedeltà la crisi dello stalinismo giuridico e del normativismo.

Ma conviene anche riprendere e sviluppare l’angolo di osservazione in cui ci siamo collocati all’inizio: seguendo Capograssi, egli ama colloquiare con i cultori d’un diritto positivo, assumendosi il compito grave di fungere da loro coscienza critica. Senza presuntuose sufficienze, senza maldestri intenti pedagogici, ma unicamente per adempiere quello che gli sembra il ruolo specifico del filosofo del diritto in seno a una Facoltà di Giurisprudenza. Insomma, l’impegno è di non lasciar soli i giuristi lasciandoli irretire nei lacci delle loro tecniche riducendosi a esecuti di testi autorevoli.

(45) Espressamente lo dice nella sopracitata ‘prefazione’ alle *Lezioni* (pp. V-VI).

(46) Il cui testo ho potuto consultare in una veste dattiloscritta grazie alla disponibilità dell’Autore e alla cura degli organizzatori di questo nostro Incontro patavino.

In una Facoltà giuridica il filosofo non è soltanto (con lo storico) l'uomo di cultura che recupera, agli occhi spesso appiattiti del giusprivatista e del giuspubblicista, il diritto come dimensione d'una civiltà, ma ha anche la fecondissima attribuzione sollecitante di dargli coscienza d'una posizione attiva e creativa nel divenire dell'esperienza, di farlo riflettere (secondo la grande lezione capograsiana) sul fondamentale lavoro che lui, il giurista, sia teorico sia applicatore, è chiamato a svolgere. Nel 1965, in un saggio assai notevole, Opocher confessa più chiaramente che altrove questa finalità della sua azione intellettuale e, più specificamente, del suo filosofare: "rinsaldare nei giuristi la consapevolezza della loro insostituibile funzione nella vita del diritto" (47).

Terminando questa Relazione introduttiva mi sorride una speranza: di essere riuscito a mettere in luce la posizione di rilievo che Enrico Opocher ha avuto nella cultura giuridica del Novecento italiano, di avere mostrato altresì che questa giornata dedicata a ricordare il suo insegnamento e il suo messaggio scientifico non si esaurisce nel gesto affettuoso di una comunità fedele di allievi e di amici, ma è il riconoscimento d'una presenza culturalmente viva e vivace. Opocher non è personaggio che possiamo permetterci di dimenticare, perché ha interpretato fino al fondo, con autenticità di voce, le inquietudini più schiette affioranti nell'itinerario del giurista novecentesco. Per Opocher — e riprendo qui volentieri la frase felicissima di Max Ascoli (48) — il filosofo del diritto ha una vasta e impegnativa 'cura d'anime', alla quale non può egli mancare di dedicarsi se vuole assolvere appieno il ruolo confidatogli.

(47) E. OPOCHER, *Rapporti tra teoria generale ed interpretazione nella prospettiva della 'applicazione' del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XLII (1965), p. 420.

(48) Max Ascoli la scrive con chiarezza al principio di quel vero gioiello della letteratura filosofico-giuridica italiana che è: *La interpretazione delle leggi — Saggio di filosofia del diritto* (1928), oggi facilmente e provvidamente consultabile nella edizione a cura di Francesco Riccobono, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 13-14: "il giurista... per una specie di sdegnoso orgoglio laico caratteristico dei giuristi della nostra epoca, soprattutto degli italiani, assai raramente si affida a quella disciplina, che ha come particolare funzione la cura d'anime nell'ambito del diritto, l'accoglimento delle confessioni provocate dalle crisi di coscienza giuridiche".

UNO STORICO DEL DIRITTO IN COLLOQUIO CON CAPOGRASSI (*)

1. Di un lungo, continuo, fertile colloquio culturale con Capograssi. — 2. Uomo comune ed esperienza comune: la palestra favorita di un singolarissimo filosofo. — 3. Capograssi: un personaggio con il senso vivissimo della storia. — 4. E un lettore attento dei segni dei tempi; — 5. Una testimonianza: la interpretazione capograssiana della vicenda intellettuale di Vittorio Emanuele Orlando. — 6. Costruzioni scientifiche e invenzioni tecniche dei giuristi: un cifrario espressivo per il ‘giurista’ Capograssi. — 7. Il principio di legalità in seno alla esperienza giuridica: la storicizzazione di un mito moderno. — 8. Capograssi: “Agricoltura, diritto, proprietà”. — 9. Capograssi: “Giudizio processo scienza verità”. — 10. Capograssi e la scienza giuridica italiana del Novecento.

1. Il colloquio di oggi tra me e Capograssi, qua in Abruzzo, in “questo luminoso paese di montagne e di acque” (1), in questa antica città di Sulmona nel cui grembo nativo Egli approdava come a un rifugio silenzioso propizio agli itinerari del pensiero (2), è soltanto l’ultimo momento di un dialogo intellettuale che rimonta ai miei anni giovanili. Sicure riprove sono: una monografia del 1963 su alcuni istituti del diritto privato comune, nella cui prefazione mi

(*) *Lectio* tenuta il 17 dicembre 2005 nell’aula consiliare del Municipio di Sulmona in occasione del conferimento del XXV Premio Nazionale ‘Giuseppe Capograssi’. Sono omesse le doverose iniziali parole gratulatorie.

(1) Parole dello stesso Capograssi, scritte in una lettera del 1953 al suo discepolo napoletano Pietro Piovani (G. CAPOGRASSI, *Pensieri dalle lettere*, a cura di E. Opocher, Roma, Studium, 1958, n. 150).

(2) Capograssi ha sempre fatto suo l’invito di Agostino all’ascolto del silenzio. L’evocazione di Sulmona quale terra privilegiata, in cui il filosofo era in grado di riscoprire il contesto stimolatore del silenzio, è presente in parecchie lettere ad amici e colleghi. Basti qui citare una lettera del 1948 a Enrico Opocher, in cui non aveva esitazione nell’affermare che Sulmona rappresentava per lui, prima d’ogni cosa, il silenzio (cfr. *Pensieri dalle lettere*, cit., n. 46).

rifacevo esplicitamente alla visione capograssiana della scienza al centro dell'esperienza giuridica, quasi un prisma capace di raccogliere e sinteticamente esprimere tutta la complessità di questa ⁽³⁾; un mio parimente lontano corso universitario sulle situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale, apparso come libro a stampa nel 1968 ma redatto in forma policopiata diversi anni prima durante il mio insegnamento maceratese: nell'intitolazione volli scritto il sintagma capograssiano 'esperienza giuridica' quale fermo supporto metodologico della mia analisi storico-giuridica ⁽⁴⁾.

Il dialogo mio con il grande abruzzese fu l'immediata conseguenza di provvisti incontri accademici con due discepoli napoletani di Capograssi, Pietro Piovani e Antonio Villani. Ebbi intensa frequentazione con Piovani a Firenze in seno alla Facoltà di Giurisprudenza, dove io ero assistente e dove lui era venuto a insegnare la 'Filosofia del diritto' come successore di Alessandro Levi; strinsi una forte amicizia con Villani negli anni per me fertilissimi della mia permanenza a Macerata, dove lui era il solo professore effettivamente residente con la famiglia, dove io — giovane Preside — soggiornavo lungamente e con il quale si avviò una feconda consuetudine di interminabili esaltanti conversazioni e discussioni.

A Piovani e a Villani debbo la mia iniziazione a Capograssi, il maestro che aveva profondamente inciso su di loro e di cui tentavano di trasmettermi il messaggio originalissimo. Da quei colloqui venne la voglia di leggere; e lessi avidamente, tenendo per parecchi anni sul mio tavolo di studio i sei volumi delle 'Opere' donatimi da Villani: ero conquistato dal fascino del grande speculativo capace di sciogliere nodi intricatissimi e di squarciare oscurità impenetrabili con la luce d'una intuizione segnata senza pretese a mezzo d'una pagina; ero anche conquistato dallo scrittore, dal suo stile inconfondibile, da un lessico e da una punteggiatura personalissimi che facevano spicco sulla generale piattezza e anche sciattezza di tanti saggi filosofico-giuridici.

⁽³⁾ P. GROSSI, *Locatio ad longum tempus-Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune*, Napoli, Morano, 1963, prefazione, pp. 7-8.

⁽⁴⁾ P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale — Corso di storia del diritto*, Padova, Cedam, 1968.

2. Fin qui il discorso si è arrestato a un livello eccessivamente generico, mentre nel titolo della lezione campeggia preciso e concreto il colloquio tra due personaggi professionalmente ben definiti, uno storico e un filosofo del diritto. È ora di passare a còglierne il contenuto.

Capograssi era un grande speculativo. Se questo è indubbio, se è vero che lo *speculator* si libra in un suo cielo alto, per quali canali lo storico — che è contemplatore di cose terrestri e immerso nelle terrestrità — può instaurare un dialogo fattivo? La domanda, che, a una prima impressione, può sembrare disarmante, può invece avere una pronta e legittima risposta.

Infatti, Capograssi, che è fornito di una autentica forza speculativa, impronta sempre la sua riflessione all'insegna di una sostanziale umiltà. Lungi dall'essere chiuso nella torre eburnea del proprio scrittoio, lungi dall'identificare il mondo come la proiezione passiva della sua autosufficiente meditazione, ha il bisogno prepotente di tenere aperte sul mondo le finestre di casa sua per poter registrare voci, istanze, interessi, passioni, idealità.

Si tratta di un ben singolare *speculator*, che sente l'esigenza di scendere dall'usuale piedistallo dei filosofi e di fare della vita quotidiana delle strade e dei mercati il suo banco normale di lavoro, ponendo in essa — nel suo turbine di ogni giorno — il proprio osservatorio privilegiato, mettendosi dalla parte dell'uomo comune, dell'uomo della strada, quel povero pellegrino della storia umana, assolutamente anonimo, assolutamente ignorato, entità insignificante senza poteri e senza lustro, spesso perseguitato dagli eventi, ma pur sempre frammento indispensabile della complessità sociale precisamente con le sue passioni e le sue sofferenze, con le grandezze e le miserie di cui ogni vita individua è portatrice.

Il soggetto di Capograssi non è uno schema nomenclatore della realtà, il frutto delle astrazioni teoriche di pur consapevoli fabbricatori di concetti, bensì un personaggio in carne ed ossa; e il diritto è soltanto l'esperienza di *quel* personaggio nella sua vita di relazione, è nulla più che esperienza quotidiana. Il diritto, insomma, guardato dal suo osservatorio innovatore, non può apparirgli che come esperienza giuridica.

In un saggio del 1950 dedicato a uno dei suoi interlocutori preferiti, Francesco Carnelutti, un saggio che già nel titolo, "Il

diritto dopo la catastrofe” (5), afferma il suo carattere di bilancio e di proposta nel bel mezzo di un complicato itinerario di transizione, il Nostro tende a deporre una sapienzialità formalistica per indossare quelle vesti più dimesse che danno maggiore libertà all’osservatore senza prevenzioni: “filosofi e giuristi possono dire quello che vogliono, e risolvere il diritto in tutte le cose che vogliono e persino in una tecnica, ma gli uomini che vivono nell’esperienza concreta costruendola penosamente con la loro azione e sono impegnati a difendere la loro vita... sentono che il diritto è la tutela della loro vita e della loro umanità” (6). Aggiungendo conclusivamente e significativamente dietro la suggestione del suo prediletto Rosmini: “il diritto è la persona umana... non la persona ha il diritto, ma la persona è il diritto” (7).

Carnalità del diritto, che viene ad immedesimarsi con la azione di un soggetto reso greve dalla sua umanità storica, cittadino non della altisonante storia ufficiale bensì di quella storia nascosta ma *essenziale* in cui si innerva e di cui vive la società. Coralità del diritto dove hanno voce il ricco e il povero, il nobile e il plebeo, il sapiente e l’ignorante, il mercante e il contadino, protagonisti tutti di una realtà ordinante che si origina negli strati più profondi del ‘sociale’ ed emerge fino ad investire il potere e i suoi detentori.

Si capisce che lo inorridisca il perfetto castello murato di Kelsen dominato dall’idea di fondo di un ordinamento coercitivo, dove il diritto si profila quale minaccia di una misura di coercizione e si identifica nell’apparato di potere dello Stato (8).

Si capisce, invece, che senta a sé vicino Santi Romano, che apprezzi la sua teoria dell’istituzione tutta incentrata sul “fatto di

(5) Pubblicato dapprima negli ‘Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti’ e ora in *Opere*, Milano, Giuffrè, 1959, vol V.

(6) *Il diritto dopo la catastrofe*, cit., p. 172.

(7) *Il diritto dopo la catastrofe*, cit., p. 185.

(8) Si veda il saggio: *Impressioni su Kelsen tradotto* (1952), scritto in occasione della traduzione italiana della ‘Teoria generale del diritto e dello Stato’ fatta da Sergio Cotta e Giuseppino Treves, ora in *Opere*, cit., vol. V, p. 311 ss. (si vedano, in particolare, le pp. 314, 320, 329, 330, 331, dove si fa leva su osservazioni analoghe a quelle da noi riprodotte nel testo).

vita” e la sua teoria ordinamentale in cui ‘ordinamento’ “è la vita che ordina se stessa” (9).

3. Le elementari osservazioni sin qui fatte ci spiegano le ragioni e le fondazioni del dialogo fra uno storico del diritto e un filosofo del diritto dello stampo di Capograssi. Pochi intellettuali del Novecento italiano hanno avuto, come Lui, un così vivo senso della storia e della storicità delle cose umane.

Scriveva nel '48 al suo carissimo Pietro Piovani: “io non sono fatto per il breve e il rapido: per noi dell'altra civiltà, quello che vale è il lungo e il lento. Soprattutto il lento” (10). Il lungo e il lento: sono i ritmi propri della storia, che rifiuta la dimensione dell'effimero, dell'episodico, dell'improvvisato, amando invece distendersi nella durata, nella lunga durata, dove i fatti autenticamente storici — quasi come i grandi alberi — radicano lentissimamente ma nel profondo dell'umana vicenda diventando tempo storico d'una società e d'una civiltà.

Capograssi teneva ben aperti i suoi occhi sul paesaggio storico. Sempre a Piovani, nel '51, esprimeva la persuasione che “per orientarci, dobbiamo spiare attraverso le fessure delle porte della storia” (11). La sua ‘esperienza giuridica’ è null'altro che storia, un passato che si fa presente e un presente che si fa futuro. Certo, non la storia né degli evolucionisti né dei relativisti; piuttosto, la storia come catena di tante maturità di tempi, la storia come mistero, come mistero è tutta la vita umana; una porta chiusa — per continuare la sua immagine — ma piena di fessure capaci di farci vedere anche più in là, sol che si abbia occhi aguzzi e consapevoli. Una storia fedele coadiutrice della Rivelazione, giacché è da cogliersi soprattutto quale itinerario nel tempo ma orientato al di là del tempo, tempo ed eterno in continua sollecitante dialettica.

(9) Capograssi torna a più riprese sull'opera romaniana. Le parole riprodotte nel testo appartengono, la prima a: *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici* (1936/39), ora in *Opere*, cit., vol. IV, p. 19; la seconda a: *L'ultimo libro di Santi Romano* (1951), ora in *Opere*, cit., vol. V, p. 228.

(10) *Pensieri dalle lettere*, cit., n. 42.

(11) *Pensieri dalle lettere*, cit., n. 85.

In questa ottica, la lezione di Capograssi è percorsa da una convinzione: ricchezza del tempo, inesausta ricchezza del tempo quale spazio provvidenziale offerto a ogni *homo viator* per esprimersi pienamente. Capograssi sembra ripetere con l'antica sapienza: “placebo Domino in regione vivorum”, giacché è nella regione dei vivi, cioè nella storia, che il singolo si gioca la sua sorte eterna.

4. Motivazioni — queste — che rendono l'uomo di studio un cercatore attento dei segni dei tempi e un loro puntiglioso lettore; pochi filosofi del diritto hanno avvertito — come il Nostro — l'esigenza di leggere il divenire storico, nella certezza di sorprendervi un itinerario esistenziale che recava in sé tracce e orientazioni verso l'essenziale.

Se ne potrebbero addurre molti e significativi esempi, ma tengo a sottolineare quello che sembra, a me storico, di maggiore significato. Ed è il Capograssi immerso nella crisi del primo Novecento e di essa interprete lucidissimo.

Era per Lui, al pari di tanti giuristi che vivevano allora la propria maturità, il crollo di un mondo di stabili certezze, o almeno ritenute tali. Il castello di pietra forte dell'ordine borghese, costruzione semplice ed agile ma robusta per le sapienti fondazioni mitologiche⁽¹²⁾ destinate a sorreggerlo, si rivelava in quei primi due decenni del secolo ventesimo un edificio di argilla che le prime grandi burrasche cominciavano a incrinare se non a sciogliere definitivamente. Capograssi non rimuove lo sconvolgimento socio/economico/politico così turbativo del vecchio ordine, ne prende atto senza nostalgie e senza compiacimenti, registrandolo e tentando di individuarne il senso nascosto, i semi di futuro in esso latenti.

È del 1918 la pubblicazione del “Saggio sullo Stato”⁽¹³⁾; è l'ultimo anno della prima grande tragedia bellica mondiale, una tragedia immane ma anche, storicamente, l'evento enorme che riesce

⁽¹²⁾ Fondazioni mitologiche, perché si trattava ben spesso di scelte storiche, o addirittura di strategie, che venivano camuffate sotto la veste indiscutibile di verità lette nella natura delle cose e che, pertanto, non potevano non essere oggetto di una *credenza* assoluta. Abbiamo analizzato questa sorprendente dimensione della modernità borghese in: *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2005 (II edizione accresciuta).

⁽¹³⁾ Torino, Bocca, 1918, ora in *Opere*, cit., vol. I.

a scopercchiare risolutivamente il vecchio tempio borghese, a liberare forze prima represses, ad acuire la coscienza di quegli intellettuali prima condannati come eretici per le loro idee innovative e ora considerati quasi come profeti del divenire storico.

Il “Saggio sullo Stato” è tutto incentrato su quella creatura possente e sublime, elevata sino a ieri sull’altare della pubblica venerazione, e diventata ormai, secondo la immaginifica espressione capograssiana, “questo povero gigante scoronato” (14); ed è la perspicace presa d’atto di un brulicare di fatti nuovi, che condannano il vecchiume e costituiscono già il presagio di strade nuove da percorrere e di costruzioni nuove da cominciare a edificare.

In un nostro recente sguardo sintetico sulla storia della scienza giuridica italiana dall’unità politica in poi, abbiamo segnalato e sottolineato una coincidenza assolutamente non occasionale: la data di pubblicazione del ‘Saggio’ di Capograssi è la stessa della definitiva pubblicazione in volume autonomo de “L’ordinamento giuridico” di Santi Romano (15). Due letture sincroniche del procedere della crisi del diritto europeo continentale e due straordinari lettori di quella crisi, sia pure sotto angolature parzialmente diverse, quella del filosofo del diritto, quella del giuspubblicista che si sente in dovere di porsi ai confini estremi del territorio giuridico rivestendo i panni — a lui assai convenienti — del disegnatore d’una teoria generale del diritto.

Sia per Capograssi, sia per Romano mi preme ribadire qui un rilievo da me già fatto (16) ma degno di essere evidenziato per ciò che qui si va dicendo sull’atteggiamento culturale di Capograssi (17): ambedue sono figli legittimi del loro tempo storico, e, lungi dal rifiutare questa filiazione, utilizzano le formidabili forze intellettuali di cui sono portatori per dargli un volto culturale, per tradurlo in un

(14) *Saggio sullo Stato*, cit., p. 5.

(15) P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana - Un profilo storico 1860/1950*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 110.

(16) Nel già citato: *Scienza giuridica italiana*, soprattutto p. 110 ss..

(17) A Santi Romano, testimone e interprete della crisi proto-novecentesca è stata dedicata la *lectio doctoralis* da me tenuta il 24 ottobre 2005 presso l’Università di Bologna e il cui titolo così suonava: *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*. Il testo della *lectio* è in corso di pubblicazione a cura della ‘Scuola di specializzazione in studi sull’amministrazione pubblica’ dell’Ateneo bolognese.

disegno che valga a supportare — consolidandoli — i futuri sviluppi. Capograssi e Romano: figure speculari della complessa vicenda storica europea, testimoni e interpreti di una complessità ormai alla luce del sole per il venir meno della efficienza degli apparati repressivi del potere. Sotto questo profilo, credo che si possa correttamente parlare di un intenso — anche se singolare — storicismo di entrambi.

5. Proprio partendo da un atteggiamento siffatto, Capograssi, scrittore penetrantissimo di tante biografie intellettuali di maestri, colleghi ed amici (come non ricordare — fra le molte — quelle di Chiovenda e di Lopez de Oñate!), tende a valorizzare nel personaggio indagato, più che il loico coniatore egregio di concetti purissimi, il testimone/interprete del suo tempo, colui che dei problemi intorno a lui gravitanti si fa criticamente carico. Esempio il ricordo di Vittorio Emanuele Orlando, che egli scrive a caldo, immediatamente dopo la sua morte ⁽¹⁸⁾.

Si potrebbe pensare che del fondatore della moderna scienza giurispubblicistica italiana, del trasportatore di rigorosi criteri tecnici dal terreno pandettistico/civilistico a quello del diritto pubblico, dell'autore di 'manuali' di impianto sistematico, dell'organizzatore del più ampio 'Trattato' sistematico del diritto amministrativo italiano si sottolineassero le qualità del sistematore e gli aspetti sistematici della riflessione ordinante; e sarebbe un pensiero legittimo, e vi fu chi lo fece tra le molte commemorazioni fiorite in quei primi anni Cinquanta sulla più gran parte delle Riviste giuridiche italiane.

Non fu così, invece, per Capograssi. Egli aveva di fronte un personaggio dalle molte dimensioni, morto più che nonagenario e che, da scienziato, nella sua lunghissima vita aveva mutato spesso il suo volto non per miserie tattiche ma per corrispondenze a quelli che gli sembravano i bisogni dei tempi mutevoli: il savignista convinto della gioventù era così diventato lo statalista convinto della maturità e della vecchiaia, pur serbandone sempre tracce delle prime remote esercitazioni storico-giuridiche e degli attingimenti entusiastici alla cattivante fonte del *Beruf*.

(18) *Il problema di V.E. Orlando* (1953), ora in *Opere*, cit., vol. V, p. 357 ss..

Capograssi non vuole accodarsi allo stuolo dei giuspubblicisti osannanti e preferisce seguire quelle tracce, ora affioranti ora latenti ma continue come il cammino di un fiume carsico, un percorso di pensiero mai smentito nella sostanza anche se meno appariscente sotto l'orpello dei lustrini ufficiali. Al suo sguardo penetrante, è un altro Orlando, un Orlando problematico, che si presenta al lettore, e il titolo stesso del ricordo commemorativo — “Il problema di V. E. Orlando” — lo denuncia con forza: “la storia è il suo tormento”, giacché il “suo unico tema, rapporti tra norma e fatto”. Con questa conclusione fermissima: “è difficile trovare altro giurista, nel quale la presenza del tempo, la partecipazione del tempo alla formazione del mondo giuridico, sia più sentita, cioè sia più sofferta” (19).

Il sistematore è individuato (e, se vogliamo, ridotto) in chi ha preteso di “accettare il labile e cercare di trasformarlo in stabile” (20), a cui “interessa osservare, non stancarsi di stare attento a quello che la vita prepara”, “interessa il diritto che si va formando nella storia, che gli uomini vivono nel concreto della loro vita sociale” (21); un Orlando, insomma, immerso nel divenire e sollecito ai segni dei tempi, anche se — per mestier suo di giurista — cerca di consolidare la dinamica di un processo.

Ritratto, insieme, fedele e forzato del grande siciliano, dove non è difficile scorgere la mano dello scrittore tutta presa dal progetto (non importa quanto cosciente) di offrirci il volto orlandiano che il commemorante ha ben precisato nella sua testa.

La linea interpretativa trova una conferma in una frase che Capograssi trascrive dagli appunti informi dell'ultimo scritto di Orlando trovato incompiuto sul suo tavolo di lavoro: “La storia costituisce per me tutto il materiale di esperienza trasmesso agli studiosi delle scienze sociali, e soprattutto a noi giuristi il diritto è vissuto nella storia prima che nelle teorie razionali”. E il sulmonese chiosa: “questo è il suo criterio e il suo interesse fondamentale e ce lo ripete con queste che possono dirsi le sue ultime parole” (22).

Come accennavamo più sopra, si potrebbe con buone ragioni

(19) *Il problema di V. E. Orlando*, cit., p. 368.

(20) *Il problema di V. E. Orlando*, cit., p. 374.

(21) *Il problema di V. E. Orlando*, cit., p. 375.

(22) *Il problema di V. E. Orlando*, cit., p. 376.

discutere sulla verosimiglianza di un ritratto tanto semplificato rispetto alla complessità del giureconsulto e uomo politico siciliano. A noi interessa, in questa sede, che un siffatto risultato, sia o non sia correttamente storiografico, venga voluto da Capograssi, dimostrandoci una volta di più che il suo occhiale preferito e anche la sua impostazione metodologica è immergere soggetti e fatti nella vicenda storica, cogliere in essi un messaggio storico, nella consapevolezza che l'esperienza giuridica è soltanto storia, vecchio che si mescola e si fonde col nuovo per disegnare il futuro, nel solco di un itinerario continuo.

Quel che Lui dice di Orlando (e che sopra abbiamo riportato): “la storia è il suo tormento”, “il suo unico tema, rapporti tra norma e fatto”, ci appare prima di tutto una notazione autobiografica.

6. Capograssi è uno speculativo che ama guardare il cielo per il tramite e con la mediazione della storia umana, che rifugge dalla presunzione di ficcare i suoi occhi direttamente in alto, affondandoli invece nel filtro materno delle umane vicende. Alle quali guarda con umiltà, evitando la storia scritta nei ‘manuali’, unilaterale e iniqua, perché trascura il formidabile supporto e apporto della folla di creature anonime protagoniste assai più dei potenti dello svolgersi dell'itinerario.

Da qui — l'abbiam già detto — l'attenzione per l'uomo comune, per le sue vicissitudini quotidiane; da qui l'esperienza comune assunta a nucleo e perno dell'esperienza giuridica, dove attori sono — paritariamente — il servo e il padrone, il povero e il ricco, l'analfabeta e il sapiente. Attore primario, veramente al cuore di essa, il giurista, colui che sa di diritto, sia esso il giudice, il notaio, l'avvocato, il maestro universitario o il semplice uomo di affari che, per sveltire o garantire i suoi traffici, inventa strumenti giuridici pretesi soltanto dalla più elementare vita pratica.

Capograssi conosceva bene i giuristi, li conosceva dal di dentro per avere svolto lungamente la professione di avvocato, familiarizzando con i colleghi e con i giudici, redigendo comparse conclusionali e memorie, leggendo sentenze e volumi dottrinali per prepararsi adeguatamente.

Il giurista, per Capograssi, non era un azzecagarbugli da strappazzo né uno studioso ruminante unicamente sui suoi libri con un

totale distacco dal mondo. Certo, tra i giuristi v'erano anche creature deformi che ne rappresentavano la patologia, la caricatura tragica così come nelle litografie mordenti di Daumier. Nella sua dimensione fisiologica, il giurista, colui che sa di diritto, che conosce bene il cifrario rigoroso ma inaccessibile al profano delle tecniche giuridiche, è il personaggio prezioso che riesce a leggere gli strati più riposti dell'esperienza dove alligna il diritto, che più d'ogni altro è in grado di manifestarli e di esprimerli.

Espressività dei giuristi e delle loro tecniche! È un pensiero ricorrente nel Nostro, che vi guarda senza spocchia, sodale fra sodali. Ciò che può apparire al profano una astruseria o un divertimento dalla realtà concreta è, al contrario, lettura, identificazione, fissazione d'una cifra essenziale. Attraverso le tecniche ma al di là delle tecniche, mi verrebbe di dire aggiustando al nostro caso quanto Saleilles e Géný dicevano del Codice Civile napoleonico. Dietro le tecniche stanno idealità e ideologie, sta tutto il mondo culturale sociale economico che le tecniche riescono a ordinare.

V'è solo un problema: bisogna essere persuasi del loro valore mediatico e bisogna decrittarle. E Capograssi, che si era fin da giovane nutrito e continuamente si nutriva della lettura dei classici della filosofia e della teologia, ama sostare e riflettere sulle pagine scostanti, spesso disadorne, spesso anche disarmanti dei giuristi.

Quante volte Piovani e Villani mi ripetevano l'affermazione ricorrente sulla bocca del loro maestro — affermazione dove si mescolavano l'umiltà dell'uomo in ascolto e l'orgoglio del decifratore —: che egli cioè riteneva le pagine dei giuristi suo oggetto primario di lettura, che il suo era innanzi tutto un filosofeggiare sui giuristi. E amava sentirsi uno di loro, e scriveva innanzi tutto per loro, destinando spesso saggi, note, recensioni su Riviste di diritto positivo quali la 'Trimestrale di diritto pubblico', la 'Rivista di diritto processuale', la 'Trimestrale di diritto e procedura civile', il 'Foro italiano'.

Solo chi non ha presente questa intima e salvante persuasione può sorprendersi nel vedere citate e utilizzate opere dal difficile impianto tecnico, opere che richiedevano un lettore provetto per riuscire a disserrare lo scrigno del tesoro nascosto. I primi esempi, che mi vengono a mente, sono "L'esecuzione forzata" di Salvatore

Satta ⁽²³⁾ (su cui tornerò più avanti) e “Fiducia e rappresentanza indiretta” di Salvatore Pugliatti ⁽²⁴⁾, ma davvero l’esemplificazione potrebbe essere pressoché interminabile a dimostrazione d’una conoscenza — questa, sì, sorprendente — che investiva tutti i rami dello scibile giuridico e della letteratura giuridica a quei rami afferente.

Capograssi dichiara con schiettezza il suo stato d’animo e la sua impostazione culturale in una lettera del’54 a quel Luigi Caiani, allievo accademico di Opocher ma discepolo spirituale del Nostro nella sua peculiare attenzione a ‘la filosofia dei giuristi italiani’ ⁽²⁵⁾: “il giurista in quanto giurista, e nella sua tecnica ricerca di giurista, s’incontra con i grandi problemi di fondo...è la testimonianza vivente della vita che contiene quei problemi” ⁽²⁶⁾. E sempre a Caiani, due anni prima, aveva indicato un sicuro approccio metodologico: “si deve studiare la scienza del diritto in sé, per quello che fa e opera nell’esperienza diretta del diritto. E questo si può fare solo studiando questa esperienza direttamente, e la scienza del diritto in questa esperienza” ⁽²⁷⁾.

Nella franchezza confidenziale della missiva al giovane amico, Capograssi esprime la fondazione a cui si ispira: scienza e tecnica in una simbiotica connessione con la complessità dell’esperienza, scienza e tecnica impensabili senza la loro immersione nella esperienza, senza la loro conseguente specularità dell’esperienza (fatti salvi, ovviamente, i casi non rari di *trahison des clercs*). Una scienza del diritto valorizzata e posta al centro delle cure del filosofo alla sola condizione di corrispondere a quella specularità, alla sola condizione di non collocarsi in un *Begriffshimmel* comodo ma rinunciatario, elusivo di una missione che, prima di essere culturale, è squisitamente etica.

⁽²³⁾ Cfr. *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)* (1938), ora in *Opere*, cit., vol.IV, p. 139, n. 1.

⁽²⁴⁾ Cfr. *L’ultimo libro di Santi Romano*, cit., p. 247, n. 1.

⁽²⁵⁾ È, come si sa bene, il titolo del volume di maggior lena — e anche il più noto — di LUIGI CAIANI: *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova, Cedam, 1955.

⁽²⁶⁾ *Pensieri dalle lettere*, cit., n. 179.

⁽²⁷⁾ *Pensieri dalle lettere*, cit. n. 121.

Parlare di ‘scienza del diritto in sé’ e di ‘giurista in quanto giurista e nella sua tecnica ricerca di giurista’, come il Nostro fa nei due frammenti epistolari diretti a Caiani, non significa isolamento dai fatti di vita; al contrario, qui siamo in un orizzonte perfettamente opposto a quello della *Isolierung* pandettistica. La tecnica è uno strumento indispensabile nelle mani del giurista, ma non per celebrare rinnovati misteri eleusini, bensì per operare una appropriata messa a fuoco nella sua lettura giuridica dei fatti di vita. La tecnica è l’occhiale privilegiato, che mostra nitidamente al giurista quegli spessori della realtà preclusi a chi la guarda senza quel prezioso sussidio.

Sia, dunque, chiaro: la tecnica non è un gioco di prestigio né il giureconsulto che la usa un illusionista, ma è funzionale alla scoperta e identificazione del contesto che il diritto è chiamato a ordinare.

7. Esperienza giuridica: come abbiamo già constatato e come ognuno sa, in questo sintagma è sinteticamente racchiuso il messaggio essenziale di Capograssi. È la sua grande lezione, il suo richiamo forte; un richiamo salvifico per ogni giurista, perché significa rifiuto delle astrattezze così care alla tradizione romanistica, rifiuto del formalismo quale abusato rifugio per occultare tradimenti e ingiustizie verso la società e particolarmente verso i soggetti socialmente più deboli, rifiuto del positivismo giuridico che aveva trovato in un principio di legalità parossisticamente inteso il proprio indiscutibile mitologico fondamento.

Agli occhi dello storico tutto ciò assume anche il relevantissimo significato di un recupero del diritto nella sua storicità, dimensione d’una civiltà, salvataggio d’una civiltà perché la ordina, e ordinandola le consente di esprimersi compiutamente. La ordina — aggiungiamo — senza le violenze, le forzature, le artificiosità, le credenze mitologiche troppo spesso prefabbricate nei palazzi del potere.

Non sarà inopportuno sorprendere l’atteggiamento di Capograssi nel maneggiare taluni di questi miti, soprattutto i più duri a morire, i più sacralizzati da una modernità secolarizzata ma bisognosa di basi indiscutibili di appoggio, soprattutto legalità e certezza del diritto.

Legalità, certezza sono vessilli sbandierati e venerati fin dai tempi dell’illuminismo, più oggetti di culto che strumenti di civiltà

giuridica, più vasi vuoti che contenuti concreti traducibili in valori del vivere associato. Nodi tutti che, al di là delle intenzioni dello scrittore, mise a nudo il libro di un filosofo del diritto, libro fortunatissimo presso i giuristi, che lo lessero, lo capirono o, il più delle volte, fecero finta di capirlo, lo adottarono come autorevole conferma filosofica del loro legalismo e del loro positivismo giuridico. "La certezza del diritto" di Flavio Lopez de Oñate ⁽²⁸⁾, pubblicato in un momento di crisi profonda del mondo intero e di generale turbamento, ebbe una inusitata circolazione e provocò discussioni a non finire, e fu, come or ora si accennava, dolosamente o colposamente frainteso.

Era un libro di filosofia, non di scienza giuridica, e Capograssi, pensoso prefatore della ristampa postuma del 1950, ebbe subito cura di rilevarlo indirizzandosi — anche se con un richiamo generico — ai tanti manipolatori: "la certezza della quale egli [cioè Lopez] parla, è appunto la certezza intrinseca con cui l'azione si costituisce come se stessa, in se stessa e nel mondo sociale, vale a dire è la certezza che sta alla radice di tutto il mondo del diritto" ⁽²⁹⁾; un monito certamente per chi l'aveva intesa e trasformata nella illuministica certezza di Muratori e di Beccaria.

Nella amplissima (quasi un saggio), meditata, documentata prefazione Capograssi affrontava anche il tema della legalità raggugliandosi a Carnelutti e soprattutto al legalista Calamandrei, quest'ultimo recensore entusiasta del libro di Lopez. Era — la sua — una riaffermazione del principio di legalità ma non secondo il luogo comune della retorica post-illuministica, bensì in rapporto al suo schema interpretativo dell'esperienza giuridica. La legalità di Capograssi non si concreta nel rispetto cieco della singola norma, prescindendo dai suoi contenuti e pretendendo soltanto il suo carattere formale di legge; la sua legalità ha un senso unicamente se inserita nella globalità dell'esperienza e in essa verificata e misurata.

Lasciamogli la parola, quando deferentemente ma fermamente ribatte a Calamandrei: "indubbiamente la legge deve essere rispet-

⁽²⁸⁾ Apparso in prima edizione nel 1942, fu ristampato nel '50 (Roma, Gismondi) con una rilevante prefazione di Capograssi.

⁽²⁹⁾ *Prefazione* a 'La certezza del diritto' di Flavio Lopez de Oñate (1950), ora in *Opere*, cit., vol. V, p. 83.

tata: questa è la moralità del giurista; ma il dovere del giurista è pure, è *essenzialmente* [la sottolineatura del corsivo è mia] di riportare la legge singola all'intera ragione obiettiva che è espressa e concretata nell'esperienza giuridica...considerare tutta questa ragione non solo la singola legge. La singola legge deve entrare nella intera esperienza giuridica e coesistervi, non come qualche cosa di separato, ma come qualche cosa che entra in una vita organica per parteciparvi" (30).

L'aridità formalistica del vecchio legalismo è respinta, come è respinta la separazione fuori dalla vita del diritto della legge quale fonte di carattere superiore. La legge potrà e dovrà essere rispettata solo se nella verifica dell'esperienza dimostrerà di essere portatrice di quei valori assunti dall'esperienza a sua fondazione. Il diritto, se è esperienza, è per ciò stesso storia vivente, e non può tollerare in sé una fonte — sia pure autorevolissima — che si ponga come un corpo estraneo, come una violenza per la sua realtà organica. Quella fonte — pur autorevolissima — ha da essere recuperata come ogni altra fonte all'unità dell'ordinamento.

E la vecchia ottusa legalità diventa un generale principio di giuridicità, ossia di conformità ai principii portanti dell'ordine giuridico. Alla nuova legalità, ormai innervata di storicità, ripugna l'inappagante rifugio della sovranità e del potere supremo; le si conviene il grembo materno della società.

8. L'identificazione del diritto in un fatto di vita, connotato da una intima imprescindibile storicità, porta Capograssi a calarsi volentieri nello studio di alcune branche dell'ordine giuridico dove l'azione concreta degli uomini si esalta nel concreto dell'operare quotidiano. Tra le esemplificazioni possibili due ci sembrano di particolare efficacia: il tema del diritto agrario, il tema del diritto processuale.

La scelta di indagare nelle trame del diritto agrario appare pressoché inevitabile, come ha, di recente, sottolineato con acutezza un valente storico del diritto in un felice saggio evocativo (31).

(30) Prefazione a 'La certezza del diritto', cit., p. 89.

(31) Da G. CAZZETTA, *Natura delle cose e superbia del legislatore. Giuseppe Capograssi e il diritto agrario italiano a metà Novecento*, in *Ordo iuris-Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003.

Inevitabile, perché questo diritto, vecchio quanto il mondo ma di nuovo conio sotto il profilo della consapevolezza dottrinale, figlio della crisi del primo Novecento che il sulmonese aveva vissuto in modo assai partecipe, figlio ribelle del diritto civile unitario per il rifiuto delle sue astrattezze e con una forte rivendicazione di autonomia in nome di una fattualità agraria sacrificata sino ad allora dalle meta-temporali e meta-spaziali astrattezze pandettistiche, doveva avere, non poteva non avere, una rilevante forza attrattiva.

E quando Giangastone Bolla, demiurgo fiorentino del nuovo verbo agraristico, sollecitò insistentemente il Nostro a collaborare alle celebrazioni per il trentennio della 'Rivista di diritto agrario' da lui fondata nell'immediato primo dopoguerra, nel 1922, voglioso di avere a favore della propria impresa culturale un avallo filosofico-giuridico di tanto prestigio, la risposta positiva non si fece attendere; e fu un saggio pensatissimo, ricco di spunti originali, culturalmente assai denso, che rimeditò tutto il tema dei rapporti giuridici uomo/terra colto nel prisma dell'istituto della proprietà privata individuale, idolo venerato o iniquità esecrabile a seconda dei punti di vista, ma indubbiamente cardine della intiera storia giuridica occidentale. La sua intitolazione era tale da fungere quasi da breviario per ogni agrarista italiano: "Agricoltura, diritto, proprietà" ⁽³²⁾.

Chi sta tenendo questa *lectio*, collaboratore di Bolla a Firenze a mezzo degli anni Cinquanta del secolo scorso, ricorda ancora il sentimento di orgoglio per avere finalmente un testo autorevole da opporre alla continua ostentata sufficienza dei civilisti italiani, un testo — per di più — nel segno della più alta speculazione filosofico-giuridica. Proprio nell'ottica della nostra lezione, sarà proficua soffermarsi un poco sulla intelaiatura del saggio capograssiano.

Intanto, una prima e fondamentale notazione: v'era nel diritto agrario una componente fortemente seduttiva per Capograssi, e cioè l'essere popolato non da modelli metastorici come il soggetto unitario del diritto civile più adatto all'irreale spazio liscio del giusnaturalismo che al terreno accidentato della storia umana. I soggetti in esso agenti erano uomini con i piedi ben piantati sulla terra, su una terra che non è un oggetto inanimato e assolutamente anonimo —

⁽³²⁾ Ora in *Opere*, cit., vol. V, p. 269 ss..

‘ein Stück der unvernünftigen Natur’, come definiva la *Sache* Bernardo Windscheid —, bensì una realtà viva e vitale, una *res frugifera* come soleva dire Bolla nel suo candido latino, una cosa che, pur restando nella dimensione degli oggetti, grazie alla sua fertilità entrava in rapporto diretto con chi la possedeva e la coltivava, lasciava — per così dire — il mondo bruto dei fenomeni per umanizzarsi, per diventare elemento primario e imprescindibile della vita degli uomini, per lasciare in tal modo il laboratorio freddo e neutro della cosiddetta ‘storia naturale’ ed entrare a buon diritto nella officina agitata e mutevole di una storia umanissima.

A questo si aggiunge per il Nostro una seconda prepotente forza seduttiva. I soggetti carnali che popolano il diritto agrario possono essere (e sono) anche potenti e proprietari, ma soprattutto contadini boscaioli pastori, personaggi quotidianamente chini sulle zolle, sulle piante, sul bestiame, appartenenti a quella folla di uomini comuni, spesso diseredati e perseguitati, che piacevano al figlio di una regione allora interamente agraria forestale pastorale come l’Abruzzo.

La terra come *res frugifera* è il tema centrale del diritto agrario, ed è il motivo portante del saggio: la coltivazione, una attività che sembra poter interessare solo all’agronomo e alle sue tecniche chimico-biologiche, interessa frontalmente il filosofo, giacché è ai suoi occhi lo strumento che consente di recuperare la terra dal mondo dei fenomeni a quello della storia. Coltivare assume il significato principale di umanizzare, di rendere il fatto naturale un evento storico. Capograssi non usa mezzi termini: “si tratta per l’umanità di fare della terra una cosa umana, di farla entrare come cosa umana nel mondo umano della storia” ⁽³³⁾.

Un problema viene però a turbare questo paesaggio sereno, ed è l’appropriazione individuale. Si badi: non v’è nel pensatore salomonese la pur minima traccia di progetti collettivistici, tanto che egli può ritenersi espressione di quella cultura giuridica occidentale avvezza a fare i conti con l’istituzione proprietaria quale strumento organizzativo centrale di una comunità civilizzata. Un dato, tuttavia, turba la sua finissima coscienza etica, ed è — in fondo — quello *ius*

⁽³³⁾ *Agricoltura, diritto, proprietà*, cit., p. 273.

excludendi omnes che la tradizione romana e romanistica aveva individuato come il segno primario della proprietà d'un fondo; lo turba la separazione assoluta che quello *ius excludendi* provoca fra il singolo proprietario e tutto il resto della società; lo turba la possibile, la probabile, la — ohimè! — tante volte avvenuta degenerazione individualistico/egoistica: “c'è una duplice astrattezza nella proprietà individuale, il distacco del singolo dagli altri e il distacco della singola terra dalla restante terra” (34).

Sotto questo profilo sia benvenuto il novello diritto agrario che, a differenza del diritto civile borghese che risolve tutto nell'algido rapporto generico tra proprietario e conduttore, in nome della maggiore e migliore produzione agraria valorizza il gestore effettivo della terra e non si dimentica del semplice coltivatore, ponendo limiti alla libertà del proprietario, immergendola in qualche modo in seno a una comunità e a un ambiente naturale quali realtà da rispettare e apprezzare.

La contemplazione della terra come cosa produttiva, da coltivare, da gestire, da utilizzare, una contemplazione fatta cioè dall'osservatorio provocante del diritto agrario e non del misoneistico diritto civile, fa emergere l'esigenza di una ricollocazione all'interno della comunità dello strumento giuridico esclusivo. Sarà anche questo un pensiero dominante e un filo conduttore di tutto il saggio, arrivando a una visione della proprietà fondiaria che la prospetta in una ulteriore luce etico-sociale e necessariamente la trasfigura secondo le idealità dello scrittore/contemplatore.

Si afferma una presenza, anche se tacita, della comunità, la quale è chiamata da Capograssi ad autorizzare il mio e il tuo, la mia esclusività rispetto a un bene: “se la comunità non approvasse, non fosse solidale con me... non farei nulla” (35). Capograssi non lo dichiara espressamente, ma nell'eterno confronto fra individuo e società il suo solidarismo cristiano lo fa parteggiare per questa, offrendoci un paesaggio socio-giuridico fortemente idealizzato in cui Lui vuole coinvolti non i due soliti protagonisti contrapposti, ambiente e nulla-tenente, ma addirittura tre — singolo, comunità, terra

(34) *Agricoltura, diritto, proprietà*, cit., p. 279.

(35) *Agricoltura, diritto, proprietà*, cit., p. 284.

— contemplati e risolti in una sostanziale armonia nel magma del continuo divenire dell'esperienza.

Anche qui la valutazione storicistica (nel senso che abbiamo più sopra precisato) ha il sopravvento: “perenne processo, per cui l'unione del singolo è insufficiente e nella sua insufficienza tende a perfezionarsi e si perfeziona nella unione della comunità con la vita della terra...perpetuo ritmo di mutamenti...perenne inquietudine e instabilità della proprietà privata della terra..., per cui la comunità da una parte accetta e da una parte non accetta, da una parte garantisce e dall'altra tormenta con continui tentativi di interventi e di riforme l'unione singola” (36). E nella stessa direzione è il pensiero conclusivo: “c'è sempre qualcuno che soffre in questa storia (che è storia proprio per questo): o il singolo o la comunità o la terra. Il diritto agrario convalida questi regimi di sofferenza” (37).

Scendere da un osservatorio elevato (quello filosofico/teorico o anche quello giuridico/civilistico) al più dimesso livello del terreno (che è il tipico osservatorio agraristico) ha per l'umile analista della prassi quotidiana, per chi di quella analisi ha fatto la sua filosofia, il privilegio impagabile di un contatto freschissimo e immediato con l'esperienza. Con un privilegio ulteriore, e non di poco conto: il palcoscenico si fa triadico: l'individuo, la comunità, ma anche la terra, una terra coltivata e, sotto la stretta della necessità, resa fruibile, umanizzata, resa partecipe della vicenda storica alla pari del singolo e della comunità.

L'umile diritto agrario — che odora di zolle, di erbe, di letame — ha agli occhi di Capograssi il pregio di togliere il fatto, i fatti, dall'urna di una natura immota e irrelazionabile e immerterli nella circolazione storica, perché, se giace in un suo freddo limbo un pezzo anonimo di terra soda, è frammento prezioso di storia il pezzo di terra soda diventata il podere toscano grazie al lavoro della famiglia mezzadrile, al lavoro che rende partecipe il fondo alla vita dell'uomo.

Il diritto di Capograssi, che è esperienza, esperienza giuridica, ha bisogno di uomini in carne ed ossa, ma si ispessisce e si arricchisce se il palcoscenico si fa triadico, e al palcoscenico storico si

(36) *Agricoltura, diritto, proprietà*, cit., p. 290.

(37) *Agricoltura, diritto, proprietà*, cit., p. 293.

recuperano i fatti. I fatti non più nello sfondo, non più semplice cornice e, per riprendere l'immagine teatrale, non più fondale scenico, ma inseriti nell'intreccio complesso dell'esperienza.

Il diritto agrario, intessuto com'è di necessità, di lavoro, di sofferenze, di confronti primordiali fra uomo e cosmo, ha il merito di permettere al filosofo della vita comune di ammirare “un grandioso tentativo di adeguare il diritto positivo al fatto e di fare veramente che dal fatto nasca il diritto”, e inoltre di “vedere alla fine che cosa è veramente il fatto, a sottoporlo ad una analisi reale, a romperne la usata e tradizionale figura astratta, ad entrare alla fine dentro le sue complessità” (38).

9. Il tema, però, dove, agli occhi di Capograssi, si esalta al massimo la storicità del diritto, del soggetto, dell'azione è il processo (39); ed è infatti uno dei grandi temi del pensatore sulmonese, a cui più resta fedele ritornandoci di continuo, quasi per vieppiù sminuzzare, analizzare, approfondire.

Ed è ovvio che suoi interlocutori preferiti siano i processualisti, fra i quali in prima linea Carnelutti, e poi anche Calamandrei, ma soprattutto Salvatore Satta. La silloge epistolare pubblicata da Opocher, preziosa anche se non doviziosa, ci dà la dimostrazione di questa predilezione: costante è la presenza di Satta quale interlocutore; anzi, l'ultimo frammento riportato (e — chi sa? — forse l'ultima lettera in assoluto scritta dal Nostro) è datato 28 marzo 1956 ed è proprio indirizzato al giurista e letterato nuorese (40).

Le ragioni di una siffatta attrazione tematica sono facilmente intuibili e sono puntualmente registrate da Capograssi in uno di quei saggi in cui si esprime pienamente la sua maturità culturale: “Giudizio processo scienza verità”. Pubblicato nel 1950 proprio sulla ‘Rivista di diritto processuale’, trae la sua origine nella volontà di discutere due assai problematici contributi processualistici, ‘Tor-

(38) *Agricoltura, diritto, proprietà*, cit., p. 303.

(39) “nel processo siamo nel cuore dell'esperienza, siamo potremmo dire dentro i cantieri nei quali l'esperienza si fabbrica e si restaura” (*Giudizio processo scienza verità* (1950), ora in *Opere*, cit., vol. V, p. 62).

(40) *Pensieri dalle lettere*, cit., n. 203. Capograssi sarebbe morto qualche giorno dopo, il 23 aprile.

niamo al giudizio' di Carnelutti e 'Il mistero del processo' di Satta, che gli piacevano parecchio per la scelta coraggiosa in entrambi di abbandonare le forzature illuministiche che volevano il giudice inchiodato in una rigida prigione sillogistica.

La prima ragione, la più semplice, anche la più ovvia dopo le considerazioni sin qui fatte, è ben segnata dall'autore nella prima pagina: "il processo è qualche cosa che tocca tutte le persone e tutti gli interessi: se pure c'è un problema tecnico, al disotto c'è come in ogni problema tecnico un problema di vita, un problema di vita" (41). Si ribadisce la convinzione sul valore altamente evocatorio di ogni tecnica giuridica, valore che il processo esalta con peculiarissima intensità. Ma non ci si arresta qui, e Capograssi si compiace di sottolineare fin dove arrivi la specularità a largo spettro del processo: "quando si parla del processo si parla anche di lui, del *quidam* che passa e delle sue cose" (42). Ancora: "intervengono tutti nella procedura... le parti... i testimoni... i tecnici... i giuristi... gli ausiliari... il giudice a fermare e a rivivere il già vissuto" (43).

Di primo acchito, si può constatare che egli vi riprende l'intuizione di Satta, ossia del processo come mistero, e, in altra pagina del saggio, non manca di rilevare che c'è "qualche cosa di magico" nella capacità risuscitatrice di un passato, che ivi si attua fino a farlo rivivere intatto nel presente (44). Del resto, un altro filosofo del diritto Max Ascoli, acutissimo e originalissimo sempre, aveva forse ancor più azzeccatamente centrato il bersaglio quando aveva instaurato un suadente paragone con le sacre rappresentazioni medievali.

Ma non è questo il punto che mi preme nelle ultime osservazioni capograssiane; mi preme assai di più il riferimento al *quidam*, al *quisquis de populo*, all'uomo della strada verso cui il Nostro ha avuto sempre una premurosa attenzione. Il processo è visto come lo strumento grazie al quale il *quidam*, con la sua citazione o con la sua querela, si impone al giudice e colloquia paritariamente con un

(41) *Giudizio processo scienza verità*, cit., p. 53.

(42) *Giudizio processo scienza verità*, cit., p. 53.

(43) *Giudizio processo scienza verità*, cit., p. 58.

(44) "c'è certamente qualche cosa di magico nel processo: nel far ricomparire presente quello che è passato, un far tornare immediato quello che è sparito nella sua immediatezza" (*Giudizio processo scienza verità*, cit., p. 57).

potere dello Stato, lo strumento grazie al quale l'ultimo degli ultimi è protagonista sulla scena.

Ma c'è di più: ecco una scena folta di gente, perché lì ognuno ha una parte da svolgere, attore e convenuto, testimoni, tecnici, avvocati, giudici, ausiliari. Come la sacra rappresentazione permetteva a tutto il villaggio, anche ai bambini ai poveri ai pezzenti, d'essere al centro della vita sociale sia pure per una sola giornata, così il miracolo del processo. È la sua *coralità* che preme sottolineare, perché è su questa coralità che si impernia la vivacissima pagina capograssiana: pregio sommo per chi aveva costruito il suo diritto come esperienza giuridica, e questa sul calco mobile ma estremamente vivo della esperienza comune. Se non temessi di adoperare un termine usato e sciupato sulla bocca dei nostri politicanti da strappazzo, concluderei: il processo quale realtà *corale*, il processo quale arnese sociale intimamente *democratico*; sì *democratico* giacché ogni *quidam* può farvi valere le sue pretese.

Che non sia — la mia — una valutazione errata lo dimostra un dato: gli accenni del saggio del 1950 sono la ripresa di un discorso che Capograssi aveva compiutamente sviluppato nella sua più remota commemorazione di Giuseppe Chiovenda risalente al 1938. Vale la pena che lo si lasci distesamente parlare: “quella povera e angusta cosa che è il soggetto particolare, come attore come convenuto come imputato, c'è con una propria somma di poteri e di diritti nel processo. Può dire: domando eccepisco concludo mi difendo *ergo sum*. Non c'è nessun punto dell'esperienza giuridica in cui il soggetto singolo come imprescindibile realtà giuridica dell'esperienza apparisca in modo più presente e più diretto” (45).

Si batte sempre sullo stesso chiodo: dimensione democratica del processo, che permette agli ultimi di primeggiare, di assurgere a protagonisti, di affermare se stessi. E il filosofo è conquistato da questo aspetto, che a nessun processualista sarebbe mai venuto in mente di celebrare.

Qui c'è tutto Capograssi, questo strano speculativo che ha amato filosofeggiare sulle tecniche giuridiche, che ha fatto l'avvocato e può pertanto permettersi simili non agevoli filosofeggiamenti

(45) *Intorno al processo*, cit., pp. 152-53.

perché le conosce bene, le conosce dal di dentro; che legge i giuristi, le loro opere generalmente disdegnate dai filosofi ammantati nella propria sufficienza, e vi discopre provocazioni filosofiche nascoste al di sotto di oscure enigmatiche cifre, di un lessico e di un ideario preclusi a chi non si chini su di essi con umiltà.

Abbiam già recato più sopra un esempio, che vogliamo ora riprendere. Legge, di Satta, “L’esecuzione forzata”, dove è il processualista, il tecnico del diritto, che scrive, costruisce, sistema. In una lettera all’autore, del 1950, confessa, quasi meravigliato di se stesso: “l’esecuzione forzata... perché questo tema mi attrae?” Ma ha subito una risposta appagante: “Oso dire che qui l’esperienza giuridica fa l’estremo di sua possa” (46). Il rimedio procedurale, forse il più odioso, il più invadente, viene recuperato nel tessuto della esperienza, anche se in essa rimedio estremo.

Questo strano filosofo, a cui la folla di ‘quelle povere e anguste cose’ che sono gli uomini/qualunque non è ignota, ma di cui ha registrato con rispetto ed affetto le ansie, i bisogni, le urgenze; questo strano genuino filosofo vede nel processo il manifestarsi più speculare, più fedele e più franco, dell’esperienza, un’esperienza fatta di eventi quotidiani e non di guerre e di battaglie, non di trattati internazionali e di risse tra fazioni politiche.

Scrivendo a Satta nel 1950, anno in cui redige la meditazione di cui abbiamo sin qui discorso, e rimuginando ancora sul sollecitante scritto dell’amico sardo sul processo come mistero, esclama nella più schietta convinzione di portar luce definitiva al suo svolgersi misterico: “certo è il modo di risolvere il mistero del processo il riportarlo *là dove è*, nella storia dell’azione... L’azione è il soggetto, non è altro che il soggetto, è tutto quello che riesce a realizzare il soggetto della sua profonda e inesauribile natura e della comunicazione che il soggetto ha con gli altri soggetti” (47).

Il rito misterico si svolge in un’aula solenne in mezzo a personaggi togati, ma è soltanto una necessaria finzione scenica che riproduce all’interno del palazzo lo spazio autentico del processo, la sua autentica vicenda; quel rito è soltanto la pallida traduzione di ciò che avviene a livello di vita concreta, di vita di soggetti, di azione di

(46) *Pensieri dalle lettere*, cit., n. 73.

(47) *Pensieri dalle lettere*, cit., n. 70.

soggetti che non sono Aulo Agerio e Numerio Negidio ma persone nominate e incarnate. Al lettore sprovveduto può sembrare una ovvietà; è, invece, un richiamo all'essenziale.

10. È inutile dire quanto questo guardare al diritto *da sotto in su*, questo suo attardarsi sulla vita quotidiana degli uomini comuni, questo suo vivo senso della storicità del diritto (intesa come l'intendersi di questo con la vita dei soggetti all'interno delle varie comunità in cui essi agiscono) sia stato salutare per la scienza giuridica italiana, rendendola meno assiomatica, più problematica, più disponibile al divenire, più aliena dalle dommatizzazioni che erano invece sembrate la sua virtù massima.

E si capisce bene perché la casa romana di viale Mazzini sia stata al centro della giuristica italiana, almeno della più consapevole, assetata di incontrare e ascoltare l'affascinante conversatore capace di rispondere ai quesiti culturalmente più ingombranti, di incrinare acritiche certezze e, nello stesso tempo, di fornire gli strumenti culturali per fondarne ed edificarne di nuove e più salde. Sicuramente, il rinnovamento metodologico di Capograssi ha inciso a fondo sulla scienza giuridica italiana, l'ha resa più robusta per le prove alle quali sarebbe stata chiamata nella crisi delle fonti di fine Novecento, la crisi che stiamo tuttora vivendo.

Ci si potrebbe domandare il perché di questa capograssiana capacità di scavo, e sarebbe facile additarne le motivazioni rinviando a tutto il filo del nostro discorso. Forse, non è inopportuno riassumerle brevemente a conclusione di questa *lectio*.

Intanto, era la prima volta che un filosofo si metteva sullo stesso piano dei giuristi, facendo proprio senza alterigia il loro occhiale di lettura del mondo storico, utilizzando gli arnesi del loro bimillenario laboratorio, ponendosi insomma con essi in un rapporto paritario. Anche se sulla scena filosofico-giuridica italiana c'era stato qualche raro protagonista munito di un sufficiente armamentario giuridico (vengono, pronti, alla mente i nomi di Adolfo Ravà e di Angelo Ermanno Cammarata), era tuttavia la prima volta che i giuristi avvertivano la presenza al loro tavolo di lavoro di un filosofo del diritto, senza però avvertire l'ingombro di un personaggio in qualche modo estraneo e imbarazzante.

Capograssi parlava loro pianamente, quasi dimessamente, valorizzando il loro mestiere e i loro arnesi, e dando per scontato che mestiere e arnesi erano anche i suoi; e parlava in modo comprensibile e compreso da tutti senza gli arroccamenti lessicali che avevano reso sostanzialmente esoterico il linguaggio dei filosofi del diritto (un esempio può essere offerto proprio dall'or ora menzionato Cammarata).

Con il suo approccio Capograssi dava fiducia ai giuristi, li confermava autorevolmente nella validità della loro lettura del mondo socio/economico/politico e li rassicurava sulla autonomia di quella lettura, dando loro consapevolezza che, dietro di essa, v'era una forma di conoscenza autonoma del magma sociale in base all'autonomia di una precisa impostazione metodologica. E, come abbiám detto e ripetuto molte volte, dava loro fiducia leggendoli, sforzandosi di comprenderli, discutendoli, dimostrando loro che le biblioteche da essi stessi scritte, non vincolate all'esegesi servile di un testo autoritario ma costruzioni impastate di tecnica cultura intuizioni fantasia, non meritavano la mala sorte prevista dal pessimismo unilaterale di von Kirchmann.

Non trascurerei però un'altra qualità della riflessione capograsiana: leggeva il proprio tempo, parlava il linguaggio del proprio tempo, di questo tempo esprimeva con lealtà — senza inutili elusioni o dannosi edulcoramenti — i segni negativi, le crisi, le stasi, i disordini. Capograssi, agli occhi dei giuristi, rappresentava il percettore sottile d'una coscienza critica collettiva; le sue ansie erano le loro ansie, i suoi problemi erano i loro problemi, con il tocco consolante di acquisire, grazie alla sua mediazione, il senso dell'itinerario in corso.

Il grande merito del Nostro era la franchezza, ed era franchezza, sia nella impietosità delle sue analisi, sia nella confessione candida dell'ampio paesaggio in cui Lui si collocava, un paesaggio che esorbitava di parecchio gli usuali confini delle dimensioni culturale e tecnica. La dimensione spirituale, in un personaggio tanto profondamente religioso quanto profondamente laico, era un respiro che gratificava ogni interlocutore, ogni lettore, ogni discepolo prescindendo dal suo credo personale (e Piovani e Villani ne erano testimonianza probante).

Chiudo con una verifica offertami da un giureconsulto a me familiare, il mio antico maestro di 'Diritto processuale civile' nella Facoltà giuridica fiorentina, Piero Calamandrei.

Un processualista, dunque, che abbiamo già citato più sopra, ma certamente non un personaggio in totale sintonia con Capograssi come Satta (48). Letterato e giurista di notevole levatura, Calamandrei si era convintamente nutrito del grande messaggio illuministico, dal quale aveva assorbito il culto della legge e la centralità del principio di legalità al cuore di un ordinamento giuridico; il Calamandrei della maturità, il Calamandrei che nel 1942 recensisce entusiasta il volume di Lopez, è dominato da quello che io, altra volta (49), ho definito un vero assillo legalistico per il totale incombere di un principio di legalità inteso nel modo più rigoroso e anche formalistico; ed è infatti su questo punto che abbiamo constatato un suo confronto dialettico con lo stesso Capograssi.

Poi, le rovine della guerra, il crollo del regime autoritario, la nascita in Italia di una democrazia parlamentare con il protagonismo di grosse forze partitiche portatrici di messaggi (quello cattolico e quello marxista) profondamente alieni dal verbo illuministico. Il processualista fiorentino, costantemente ispirato a una schietta proibizione intellettuale, vede sempre più incrinata le un tempo solide sue mura di sostegno. E cominciano anni di ripensamento, che sfociano nel discorso altissimo tenuto in Firenze il 30 settembre del 1950 come prolusione al Congresso internazionale di diritto processuale civile ed eloquentemente intitolato "Processo e giustizia" (50).

Egli vi prende la parola a nome dei sopravvissuti dalla grande catastrofe appena alle spalle di tutti, e lo conclama ai colleghi congressisti provenienti dalle più disparate parti del mondo: "ci

(48) Salvatore Satta, in un suo discorso commemorativo di Capograssi del 1960, tende a ravvicinarlo assai a Calamandrei: "Calamandrei, nobile spirito che gli fu vicino più che non si creda, e, per chi lo conobbe e ne raccolse la confidenza, non differiva da lui se non perché cercava quello che egli aveva trovato" (S. Satta, *Il giurista Capograssi*, ora in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, rist. a cura di F. Mazzarella: Nuoro, Ilisso, 2004, p. 365).

(49) P. Grossi, *Stile fiorentino — Gli studi giuridici nella Firenze italiana — 1859/1950*, Milano, Giuffrè, 1986, dove un capitolo è così intitolato: "Calamandrei e l'assillo della legalità" (p. 142 ss.).

(50) Ora in *Opere giuridiche*, Napoli, Morano, 1965, vol. I.

contiamo come superstiti di un immenso naufragio” (51); e non ha reticenze o nascondimenti nel parlare dei dubbii che si sono insinuati nella sua coscienza di giurista, delle letture che hanno generato e fomentato quei dubbii. Lo hanno soprattutto scosso l’articolo di Emmanuel Mounier sulla giustizia politica pubblicato su un certo numero di ‘Esprit’ e un discorso di Pio XII nella udienza concessa ai Giuristi Cattolici; su un piano — chiamiamolo così — endogiuridico, il saggio di Satta sul mistero del processo e quello di Capograssi a noi ben noto “Giudizio processo scienza verità” (52).

Lo turba soprattutto la diagnosi capograssiana: “quando recentemente il Capograssi ammoniva che la crisi del processo è in sostanza la crisi della verità e che per ritrovare lo scopo del processo bisogna tornare a credere alla verità, riabituarsi — si potrebbe dire — a prender sul serio l’idea della verità, diceva una cosa non solo saggia ma santa” (53).

Ciò che ha fatto breccia è la denuncia urlata da Capograssi sulla crisi delle istituzioni: “si sono ridotte: lo Stato ad un apparato coattivo: la legge a una pura forma verbale...il processo...ad un complesso di scenari destinati a dare una rappresentazione”. Ed è il conseguente sentimento di desolazione nel sorprendere “staccate queste istituzioni dalla vita di cui erano espressione” (54). Ma è soprattutto la domanda urgentissima: “dove è la verità di queste istituzioni?” (55). E Calamandrei, che orecchia attento e registra, non può non comparare in cuor suo il culto moderno per una verità formale con la verità di Capograssi, che non riposa né su geometrie perfette né su cristalli logici, ma che è verità di vita e superamento delle inappaganti pseudo-verità formali.

Un esempio minimo, quello ora riportato, ma tale da illustrare appropriatamente l’ampiezza del raggio di azione intellettuale del Sulmonese, personaggio non dimenticabile nel difficile e faticoso itinerario della scienza giuridica italiana durante il solco del Novecento.

(51) *Processo e giustizia*, cit., p. 563.

(52) Ne abbiamo ampiamente discusso in: *Stile fiorentino*, cit., pp. 165/67.

(53) *Processo e giustizia*, cit., pp. 572-73.

(54) *Giudizio processo scienza verità*, cit., p. 54.

(55) *Giudizio processo scienza verità*, cit., p. 55.

SANTI ROMANO: UN MESSAGGIO DA RIPENSARE
NELLA ODIERNA CRISI DELLE FONTI (*)

1. Prima di passare allo svolgimento della lezione, mi sia consentito di manifestare pubblicamente un sentimento di viva gratitudine al Magnifico Rettore dell'Ateneo di Bologna, Prof. Pier Ugo Calzolari, al Preside della Facoltà di Giurisprudenza, Prof. Stefano Canestrari e ai Colleghi tutti della Facoltà, al Direttore della Scuola di specializzazione in studi sull'amministrazione pubblica, Prof. Fabio Roversi Monaco, e, infine, all'amico Prof. Marco Cammelli delegato a pronunciare la 'laudatio' prevista dal cerimoniale accademico.

L'onore che mi è stato concesso è grande, perché grande è il prestigio dell'Ateneo, della Facoltà, della Scuola. L'onore è tanto più grande per chi, come me, è professionalmente uno storico del diritto, e conosce pertanto assai bene il ruolo della 'Alma Mater' nella fioritura medievale della scienza giuridica e nella maturazione di uno *ius commune* autenticamente europeo.

2. Poiché una buona parte dei miei uditori non ha formazione giuridica, è opportuno fornire almeno un cenno sul personaggio evocato nel titolo — Santi Romano — e a cui sarà dedicata una cospicua attenzione in questa *Lectio Doctoralis*. Si tratta di un grande giurista siciliano, uno dei più originali sistematori della scienza giuspubblicistica in Italia nelle prime decadi del secolo ventesimo, che a noi soprattutto interessa quale autore di pungenti saggi di

(*) È il testo della 'lectio doctoralis' pronunciata il 24 ottobre 2005 nella Aula Magna della Università di Bologna.

teoria generale del diritto gremiti di intuizioni fecondissime per un rinnovamento degli studi giuridici e per la loro stessa fondazione epistemologica.

L'attenzione a Santi Romano si motiva, come speriamo di dimostrare nel corso della 'lezione', nella straordinaria attualità del suo messaggio scientifico per il giurista di oggi. Vorrei però aggiungere un ulteriore significato strettamente connesso con la presente cerimonia bolognese e con uno dei suoi protagonisti: intende, infatti, essere anche un modesto ma schiettissimo omaggio al neo-dottore Lorenzo Martin Retortillo, che, insieme al fratello Sebastiano, nel lontano 1963, ritenne "L'ordinamento giuridico" di Romano meritevole della traduzione in lingua castigliana, realizzando — per quanto io ne so — la sua prima traduzione in una lingua straniera ⁽¹⁾.

3. "L'ordinamento giuridico". Sempre pensando all'uditore non-giurista si deve precisare che, con questa congiunzione di un sostantivo e di un aggettivo, si fa riferimento a un saggio che Romano stampò in veste autonoma nel 1918 ⁽²⁾. È l'opera sua più diffusa e più celebrata, e rappresenta il momento di maturità nella riflessione del Nostro sui grossi problemi che affioravano alla coscienza di un consapevole scienziato del diritto al principio del Novecento.

Ho, volutamente, scritto 'maturità', giacché il libretto del '18 è la sintesi di un itinerario di ricerca e di affinamento che si snoda per l'intero ventennio tra l'ultimo scorcio del secolo diciannovesimo e quell'anno finale di una immane tragedia bellica. Quel che preme — e che conta — di puntualizzare è che per tutti quei venti anni Romano fu l'osservatore attento della profonda crisi serpeggiante nella civiltà borghese e nelle sue riposate certezze, registrando con impietosa fedeltà i contraccolpi che venivano a investire frontal-

(1) SANTI ROMANO, *El ordenamiento juridico*, trad de S. Martin-Retortillo y L. Martin-Retortillo, Madrid, Instituto de Estudios Politicos, 1963.

(2) Da leggersi oggi nella seconda edizione: Sansoni, Firenze, 1946 (rist. 1967), arricchita di cospicue annotazioni, dove l'autore ribatte le critiche accumulatesi in un trentennio circa le tesi espresse nel libretto.

mente l'ordine giuridico realizzato nell'Europa continentale da quella civiltà dopo lo scossone della grande *Révolution* e dopo l'assetamento della concordia statutale della Restaurazione (3).

Per lo storico del diritto, la crisi — cui qui si accenna — si accentra in primo luogo sulla incapacità dello Stato a governare e ordinare il mutamento sociale, economico, tecnico. In una visione radicalmente segnata dai progetti dell'illuminismo giuridico, la Rivoluzione dapprima, lo statalismo ottocentesco dipoi, avevano compiuto una enorme operazione riduttiva, impostando il nuovo paesaggio giuridico su due soggetti, il macro-soggetto Stato e il micro-soggetto Individuo, e fondandolo su un sapientemente e abilmente concertato schieramento mitologico (4). Sì, mitologico, perché si era chiamati a credere a elementari scelte strategiche proposte quali indiscusse e indiscutibili diagnosi oggettive della realtà: un mondo assolutamente secolarizzato, popolato di soggetti giuridicamente uguali, tutti valorizzati nella loro individualità dopo la cancellazione violenta che il potere aveva compiuto di ogni forma associativa; uno Stato idealizzato quale sommo e solo garante della pubblica felicità, perché espressione della volontà generale della nazione resa concreta da una idealizatissima rappresentanza politica.

Era sicuramente un disegno suadente nella sua geometrica linearità, sicuramente semplice ed essenziale, forse anche idoneo a raccogliere la semplicità di uno Stato rigidamente mono-classe individuato in una sua dimensione statica, ma certamente incapace di fronte allo squassante rivolgimento tardo-ottocentesco, all'emersione indocile dei nullatenenti verso la conquista di un proprio spazio e di un proprio ruolo politico, al formicolare di assembramenti — sociali, politici, sindacali, assistenziali, religiosi —, allo stesso sviluppo economico e tecnico dell'assetto capitalistico ormai consolidatosi in grandi imprese dove il confronto sociale si massificava e sfuggiva al controllo degli strumenti paleo-borghesi.

(3) Recentissimamente, ho ripercorso questo itinerario romaniano in: P. GROSSI, *Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005.

(4) Sia consentito di rinviare a quanto ne abbiamo scritto in: P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2005 (seconda edizione accresciuta).

L'incapacità ordinativa dello Stato si traduceva in profonde incrinature del rapporto Stato/società, anche se sempre a un livello latente, smentito da una sorridente propaganda ufficiale tutta tesa ad apologizzare il paradiso terrestre di una Italia inesistente; si traduceva in una crisi profonda della organizzazione giuridica borghese e della gerarchizzazione delle fonti giuridiche, cioè delle manifestazioni tipiche entro le quali soltanto il diritto era obbligato ad esprimersi nella vita quotidiana. Si traduceva — per quel che interessa oggi a noi in questa sede — nella crisi del riduzionismo illuministico e post-illuministico del diritto, ossia della sua riduzione in un apparato di leggi, giacché unicamente la legge — quale voce dello Stato — riusciva a incarnare la volontà generale e a garantire l'uguaglianza giuridica di tutti i cittadini.

4. Si viveva — cento anni fa —, sia pure in modo meno scoperto a causa dell'ancora intatto ed efficiente apparato mitologico, una crisi non dissimile da quella che in Italia — e, aggiungerei, più o meno, in tutti i paesi dell'Europa continentale — abbiamo vissuto negli anni collocati appena alle nostre spalle e stiamo tuttora vivendo: crisi delle fonti, crisi del sistema rigido delle fonti di schietto stampo borghese.

Si impongono, però, alcune cautele metodologiche prima di procedere innanzi.

La prima cautela riguarda la assonanza fra situazioni distanziate all'incirca da un secolo, nella consapevolezza che ogni tempo ha motivazioni e rivolgimenti suoi propri e che rischiosi sono, particolarmente per lo storico, gli accostamenti fra tempi diversi. Nel nostro caso, non si tratta di comparare tempi storici marcati da profonda discontinuità, ma piuttosto di puntualizzare che in ambo i momenti il risultato prodotto a livello dell'ordine giuridico si è concretato in una profonda crisi delle fonti, registrazione della incapacità ordinativa della legge e, consequenzialmente, sfiducia nell'imperante principio di legalità. La legge si mostrò allora, come si mostra oggi, un'arma spuntata. Anzi, si può dire che la più consapevole e sensibile riflessione giuridica italiana durante tutto il corso del secolo passato sia stata segnata — fra resistenze molteplici

e spesso vittoriose — da quella registrazione e da una progressiva mancanza di fiducia ⁽⁵⁾).

La seconda cautela riguarda la nozione di crisi, nozione generica e ambigua, troppo spesso venata da una implicita venatura pessimistica; ma crisi può significare anche l'emersione di forze nuove sul palcoscenico storico e il profilo di nuovi sentieri da percorrere, magari con un bagaglio profondamente rinnovato, ed è pertanto il segno della vita che si rinnova, un processo fisiologico della società e nulla più. In questo caso, è da cogliersi la valenza decisamente positiva. La valenza diventa negativa, quando essa scopre una patologia sottostante, quando, per scendere sul nostro terreno giuridico, le forme ufficiali non riescono a seguire rivolgimento e rinnovamento e si viene a creare un distacco con la società in perenne crescita.

E qui cade acconcia un'ultima cautela; e la si afferma perché giovi all'uditore non-giurista: crisi delle fonti non significa crisi del diritto, che, quale dimensione di una civiltà, ne segue gli sviluppi e vi si conforma, mutando il suo volto a seconda del mutare dei valori e interessi diffusi. Se di crisi nella sua valenza negativa, patologica, si può e si deve parlare, è per quanto attiene alle forme in cui il potere ha obbligato il diritto a manifestarsi, in quelle che per l'appunto i giuristi chiamano fonti, rivestimenti spesso troppo stretti e soffocanti in relazione al libero e spontaneo assestarsi del mutamento socio-economico e culturale. Inutile aggiungere che ciò si esalta proprio nei tempi di transizione, contraddistinti da una sostanziale mobilità, come nel passaggio fra Ottocento e Novecento, un transito che non è puramente cronologico e che, soprattutto, non è innocuo.

5. Solo presupponendo, e tenendo ben presente, questo complesso, difficile ma sollecitante retroterra storico, solo puntualizzando nel nostro specifico campo giuridico la distanza sempre più accentuata fra un diritto ufficiale ossificato in Codici e in leggi e un diritto vivente in rapida corsa, si può comprendere appieno la sostanza del messaggio romaniano: una lettura penetrante del proprio tempo, un presentimento — altresì — dei futuri svolgimenti.

⁽⁵⁾ Ho cercato di tracciare questo accidentato percorso storico in: P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana — Un profilo storico 1860/1950*, Milano, Giuffrè, 2000.

Pochi giuristi italiani, infatti, ebbero sguardo tanto aguzzo quanto il giovane giuspubblicista palermitano (6).

E fu — la sua — una attenzione continuata, di cui la pubblicazione del saggio celeberrimo del '18 è soltanto un momento conclusivo, il bilancio di numerosi approcci e scavi martellanti per un intero ventennio, dal “Saggio di una teoria delle leggi di approvazione” risalente al 1897 (7) a quello del 1899 su “L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico” (8), a quello del 1901 su “L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione” (9), alle “Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano” del '902 (10), al discorso inaugurale modenese del '907 su “Le prime carte costituzionali” (11), al saggio del 1909 su “Diritto e correttezza costituzionale” (12) e, sempre nello stesso anno, al discorso inaugurale pisano “Lo Stato moderno e la sua crisi” (13), prima riflessione sintetica e prima tappa conclusiva intermedia già prefigurante, in qualche modo, il maturo discorso di indole teorica di nove anni dopo.

Tutti saggi di diritto costituzionale generale, taluni assunti a occasione un solenne appuntamento accademico ufficiale, dove — per inveterata consuetudine — il discorso poteva e doveva librarsi nel cielo alto dei progetti culturali e delle enunciazioni programmatiche e metodologiche; tutti saggi esprimenti l'insoddisfazione di un giurista che sa di situarsi su di un movimentato spartiacque, che sa di non potersi appagare delle vecchie certezze a fondazione mitologica, che sa di dover cedere a un imperativo che è morale prima ancora che scientifico, quello di cominciare a disegnare i sentieri nuovi che la intuita percezione del nuovo prefigurava nella sua coscienza vigile.

(6) Santi Romano era nato a Palermo nel 1875; negli ultimi anni dell'Ottocento, quando inizia il suo scavo critico, era poco più che ventenne.

(7) Ora in: SANTI ROMANO, *Scritti minori*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1950 (rist. 1990).

(8) *Ibidem*.

(9) Ora in: SANTI ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi — Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969.

(10) *Ibidem*.

(11) *Ibidem*.

(12) Ora in: *Scritti minori*, cit., vol. I.

(13) Ora in: *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit..

Accanto a questo preciso stato d'animo si accompagnava l'uggia per i luoghi comuni ammantati di mitizzazioni e il rifiuto di continuare il ritornello delle abusate posizioni apologetiche. Il messaggio culturale e anche tecnico-giuridico che ne scaturì, efficacemente riassunto nella provocazione de "L'ordinamento giuridico", fu di una straordinaria sonorità ed equivalse a un grosso macigno proiettato nella quieta piccionaia della scienza giuridica.

Tuttavia, con questa ulteriore precisazione: che il messaggio fu citato diffusamente e con rispetto — anche per l'indiscusso prestigio dell'autore, che avrebbe ricoperto, di lì a poco e per lunghi anni durante il ventennio fascista, la carica autorevole di Presidente del Consiglio di Stato ⁽¹⁴⁾ —, ma che fu sostanzialmente rimosso da una maggioranza silenziosa pigramente assopita all'ombra di un comodo statalismo legalistico.

Il messaggio romaniano ha avuto, però, la sorte di quei fiumi carsici destinati a riemergere dopo uno scorrimento latente e fecondare terreni lontani dalla propria origine nativa. Vale ora la pena di tentare di dargli un volto più definito.

6. La prima sua voce, che si può e si deve raccogliere tra un coro cospicuo di intuizioni suggerimenti proposte, è un monito forte: di non arrestarsi a una immediata e facile apparenza dell'universo giuridico come un insieme di comandi. Certamente, è questo l'approccio più immediato, quello che percepisce l'uomo della strada percorso nella sua quotidiana esperienza da ingiunzioni provenienti da posizioni di autorità sotto la veste formale di leggi, regolamenti, decreti, e via dicendo. Quasi raccogliendo un avvertimento scritto lucidamente già da Cicerone nel 'de legibus' ⁽¹⁵⁾, insegna Romano che questa è una percezione volgare, che immisce la dimensione giuridica e, anzi, la tradisce.

⁽¹⁴⁾ Sul punto, è ora di estremo interesse il volume testé apparso, che raccoglie gli 'atti' del Convegno tenuto a Palazzo Spada in Roma il 6 febbraio 2003: *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano Presidente del Consiglio di Stato*, Torino, Giappichelli, 2004.

⁽¹⁵⁾ CICERO, *de legibus*, liber primus, 6, 19: « populariter interdum loqui necesse est, et appellare eam legem, quae scripta sancit quod vult aut iubendo aut vetando, ut vulgus appellat ».

Il momento normativo, quando il diritto appare quale comando autorevole dell'investito di un potere, legato all'esercizio del potere e a una scansione di superiorità tra chi il potere lo detiene e chi lo subisce, non ne coglie affatto l'essenza ma unicamente la sua più appariscente manifestazione. Il momento normativo non soltanto non esaurisce la giuridicità ma ne esprime una semplice concretizzazione e nemmeno la prevalente.

Tutto discende — insiste Romano — dall'aver sempre scelto fino ad ora un osservatorio unilaterale da cui guardare e valutare il diritto; ci si è infatti collocati sulle alture dell'apparato statuale, nei palazzi alti di un potere politico fortemente centralizzato, senza che questo stacco con il livello basso della società fosse colmato da un legislatore parlamentare descritto, a torto, dalla mitologia borghese come il vaso d'elezione della rappresentanza popolare.

La scelta che si impone, scelta coraggiosa ma necessaria, è discendere da quel piedistallo falsante e adottare come nuovo angolo d'osservazione non più la maestà dei poteri sovrani bensì la realtà plurale, composita, complessa della società. Dal basso, da un osservatorio più ravvicinato, si può raggiungere una visione complessiva e oggettiva del fenomeno giuridico, che, prima ancora di essere caratterizzato dalla statualità, si connota per una intima socialità, prima ancora di esprimere lo Stato, esprime quel complesso assai più ampio di valori e di interessi rappresentato dalla società civile come fatto globale.

Ed è qui che si inserisce la intuizione fondamentale di Romano: anche se il diritto, nel groviglio della vita associata, si manifesta *primo ictu oculi* come un insieme di norme, sanzioni, coazioni perché così ce lo propone il suo estrinsecarsi più vistoso, e specialmente il momento patologico della violazione di un comando superiore, nella sua essenza e nella sua origine nativa è invece dimensione dell'esperienza, nasce dal basso spontaneamente, giacché è la stessa società che si auto-ordina osservando collettivamente le regole liberamente poste in essere.

Secondo la proposizione famosa di Romano scultoreamente incisa al centro de "L'ordinamento giuridico", prima di essere norma il diritto è "organizzazione, struttura, posizione della stessa

società” (16), “il processo di obbiettivizzazione, che dà luogo al fenomeno giuridico, non si inizia con l’emanazione di una regola ma in un momento anteriore; le norme non ne sono che una manifestazione, una delle varie manifestazioni” (17).

Ordinamento più che norma; ordinamento prima di norma. Non siamo di fronte a un banale mutamento lessicale; siamo, al contrario, di fronte al risultato della scelta fondamentale di cambiare angolo di osservazione, di contemplare il diritto dallo stesso tessuto dove si genera, attecchisce e si consolida, piuttosto che da una cima da dove l’oggetto troppo lontano viene sfocato e falsato.

Anche se lo Stato, gli Stati, o unioni sovrastatali (come la nostra Unione Europea) resteranno fonte prevalente di produzione giuridica in civiltà — quali la moderna e la contemporanea — estremamente complicate e articolate, e pertanto bisognose di comandi generali ed astratti, non è acquisizione di poco conto l’aver svincolato il diritto dal centro di irradiazione del potere supremo, l’avergli tolto quella fosca tintura potestativa che lo particolarizza come strumento, o di classe, o di ceto, o di fazione politica, consentendo la sua recuperazione nell’ampio grembo materno della società; che è materno, perché plurale, composito, complesso, come si diceva più sopra.

7. Il ritrovato carattere ordinativo da parte della penetrante analisi romaniana — ritrovato, perché, cancellato dal moderno inchiodamento potestativo, era stato però intensamente concepito e realizzato nella civiltà medievale — permette un recupero assolutamente basilare: alla moderna visione esasperatamente soggettiva si sostituisce, o almeno si unisce, una visione marcatamente oggettiva.

Identificare il diritto in una norma significa identificarlo nella volontà autorevole del titolare del potere supremo, e si capisce l’assillo parossistico della modernità nella disperata ricerca del contenuto autentico di quella volontà. Anche se si trattava di norma vecchia di cento anni, la rigida impostazione legalistica esigeva che non si desse rilevanza alla vita della norma dopo il suo distacco dall’atto di volizione e che importasse soltanto arrivare a cogliere ciò

(16) *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 27.

(17) *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 19.

che il legislatore avesse preteso nel momento magico della sua determinazione.

E l'interpretazione/applicazione veniva collocata fuori del processo di formazione della *regula iuris*, quasi una sua appendice passiva, mentre dominante si stagliava l'entità numinosa di un legislatore assolutizzato al pari di una divinità.

Parlar di ordinamento spostava di parecchio i confini dell'orizzonte e allargava notevolmente il paesaggio giuridico fino a ricomprendervi la realtà da ordinare, giacché, se l'ordine doveva essere effettivo ed efficace, non si poteva omettere di tenere il massimo conto di quella. Alla visione ordinamentale conseguiva, pertanto, la vigorosa rivalutazione di una dimensione ignorata o rimossa: non un coacervo di oggetti passivi di volontà potestative, ma un complesso vivente di bisogni, idealità, interessi presenti nella società e di cui il diritto/ordinamento era chiamato ad occuparsi se voleva pienamente corrispondere alla sua essenzialità ordinativa.

L'asse portante si era, grazie a Romano, sensibilmente spostato dal soggetto titolare del comando alla società quale proiezione oggettiva, dove spontaneamente germinavano pressanti richieste.

8. La intuizione ordinamentale dà la possibilità di tre vitalissime riscoperte, a cominciare da quella del pluralismo giuridico.

La matura modernità, inaugurata coi riduzionismi dell'illuminismo giuridico e della grande Rivoluzione, è un'età che offre allo storico del diritto un paesaggio sociale pesantemente scisso fra un acuito liberalismo economico e un altrettanto acuito assolutismo giuridico. Assolutismo, giacché il diritto diventa oggetto privilegiato dello Stato, che pretende di produrlo e di monopolizzarlo, e che attua efficacemente la agognata monopolizzazione con quello strumento formidabile di controllo della giuridicità che è il Codice, ossia con il rinserramento dell'ordine giuridico all'interno di un sistema chiuso di regole irrigidite in un testo scritto, puntiglioso e analitico nella sua tensione alla autosufficienza.

Il controllo si attua sulla intiera giuridicità, anche su quei rapporti privati fra privati che interessano da vicino la classe borghese ormai egemone. La modernità giuridica, così come si presentava — nei suoi programmi e nelle sue realizzazioni — al giovane Romano, rappresentava una affermazione rigorosamente monistica:

al di fuori dello Stato non v'è diritto, al di fuori della legge vi sono soltanto fonti secondarie chiamate a ripetere quanto la legge ha voluto.

Ma il romaniano diritto/ordinamento veniva profondamente a incrinare le muraglie compatte edificate dalla intelligente strategia borghese. Il diritto, ricollocato da Romano nel magma della società, si scrollava di dosso l'artificioso monismo, reclamando di veder riconosciuta la sua effettiva articolazione pluralistica, il suo distendersi a rivestire ordinatamente le coagulazioni sociali più diverse, il suo vario e plurimo manifestarsi quale espressione della realtà plurima della società.

E, infatti, il proclama più vistoso di Romano (e il più ricevuto) fu l'annuncio liberante della pluralità degli ordinamenti giuridici.

9. Altra riscoperta: la fattualità del diritto.

Il legalismo moderno, tutto proteso ad attuare un energico controllo, non poté non sposarsi con un rigido formalismo. Il mondo dei fatti — fisici, economici, sociali, tecnici — era considerato un ammasso giuridicamente inerte e irrilevante senza una appropriazione da parte della volontà dello Stato, la sola che poteva trasformare in diritto una materia di per sé giuridicamente inoperante. E la muraglia tra fatti e diritto era altissima, impenetrabile, circolando all'interno solo norme e forme, qualitativamente assai differenti dal gregge dei fatti esiliati tutti all'esterno.

Anche qui non poteva non innovare a fondo la singolare e salutare svolta romaniana. La società, ormai identificata quale nicchia matrice del diritto, è un brulicare di fatti i più svariati, che si affermano per una loro propria forza sociale senza attendere il segno di una considerazione dall'alto dei poteri costituiti.

Fatti, cioè, di per sé normativi, ossia portatori di una forte carica giuridica interiore, una carica giuridica spesso scoccante nel momento in cui il loro ripetersi durevole segnala una effettività sul piano dei rapporti sociali. L'esempio della consuetudine, una insistita ripetizione di fatti, è fin troppo evidente, sol che non si abbia gli occhi condizionati da occhiali deformanti.

Ma Romano va oltre: non dismettendo mai la sua professionalità di giurista e collocandosi sempre all'interno dell'universo giuridico, sceglie però — da costituzionalista — zone di confine da dove gli è

agevole seguire il processo osmotico tra fatti e diritto. Ed è da questo osservatorio spaziente che contempla la categoricità — come lui la chiama ⁽¹⁸⁾ — di certi fatti, già intrinsecamente giuridici in grazia, appunto, della loro categoricità sociale: usi, ma anche regole di costume, regole di stile e di correttezza, ma anche ‘necessità’.

Esemplare il recupero che della ‘necessità’, identificata come fatto normativo fondamentale, cioè intrinsecamente giuridico e non già meramente socio-politico, egli opera in uno dei saggi costituzionalistici sopra richiamati, un saggio risalente al 1902, precisando di “designare, con tale parola adoperata in senso tecnico, quella necessità che è la fonte prima del diritto, di quel diritto che scaturisce immediatamente e direttamente dalle forze sociali, in modo così categorico, esplicito, certo, da non permettere tra i bisogni sociali stessi che determinano la norma giuridica e il rinvenimento e la dichiarazione di quest’ultima si frapponga l’attività razionale degli organi competenti a questa dichiarazione. La necessità così intesa non è un presupposto della ‘regula iuris’, ma è essa stessa diritto, nel senso che questo è un suo prodotto immediato e, per dir così, di primo grado, il legislatore non fa che prenderne atto e consacrarla” ⁽¹⁹⁾.

Il formalismo veniva relegato nel nòvero dei vizii più gravi d’una scienza giuridica ormai decrepita, mentre si esaltava la storicità del diritto così intimamente connesso con le forze vive dell’esperienza, con quei fatti a cui venivano schiuse le porte della vecchia cittadella murata.

10. Le riscoperte del pluralismo e della fattualità spianavano la via a una terza riscoperta, tanto elementare da parere inconsistente e superflua, ma che tale non è se comparata con le strettoie della modernità giuridica: il recupero della complessità del diritto avverso all’exasperato semplicismo del disegno giuridico borghese.

Chiarezza, certezza, semplicità appaiono come delle consegne inderogabili: due soli soggetti, Stato e individui; questi, tutti giuridicamente uguali, collegati fra loro da rapporti astratti; una sola

⁽¹⁸⁾ *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, cit., p. 142.

⁽¹⁹⁾ *Loc. ult. cit.*.

fonte, la legge, precetto per sua natura generale ed astratto, cui l'ulteriore carattere della rigidità impediva di impastoiarsi in avvilenti situazioni particolari; una legge madre, il Codice, pensato e progettato come scolpito sulla pietra e destinato a non lasciarsi scalfire dall'usura del divenire; un diritto risolto completamente in testi cartacei, immobili e conchiusi, suscettibili soltanto di essere spiegati nel rispetto totale del loro messaggio autorevole.

Insomma, una geometria composta di poche figure, formalizzata al massimo con l'espunzione della greve fattualità fuori dei confini dell'ordinamento. Insomma, un processo di purificazione che consente di mettere a nudo un sistema di linee scarnificate e purissime su cui può liberamente riflettere una scienza pura ormai svincolata da contaminazioni fattuali.

Diagnosi oggettiva o artificio? Lettura della verità delle cose o abilissima strategia di una lungimirante classe egemone? Credo che ci possa essere spazio per interpretazioni divaricate, ma credo anche che si siano mescolate — frammischiandosi — nella grande operazione riduzionistica avventure conoscitive e ideologie, convinzioni profonde e scelte tutelatrici di interessi. Quel che a noi preme, ai fini della presente lezione, è il rilievo che, comunque fosse motivato e fondato, di drastico riduzionismo si trattò, ponendo il nuovo edificio elegantemente costruito in una sorta di limbo galleggiante sulla mutevole storia degli uomini; la quale si evolve mobilissima malgrado la fissità delle geometrie disegnate nei palazzi del potere.

Storicità del diritto, che vuol dire pluralismo, che vuol dire fattualità, non può non voler dire anche complessità. Ed è naturale che agli occhi di Romano il riduzionismo moderno valga artificio, artificio e coartazione. Al giovane costituzionalista, che aveva cominciato a scrivere a fine Ottocento saggi tesi a problematizzare una sorta di sacrario intoccabile, e quindi sostanzialmente dissacranti, la semplicità delle architetture del diritto moderno si disvelava come semplicità fasulla, anzi come semplicismo, mostrando apertamente “il suo peccato di origine: quello, cioè, di essere eccessivamente semplice” (20).

(20) *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 13.

La complessità della società non poteva che trasferirsi nella ordinante sua veste giuridica; se questo, a livello ufficiale, non era avvenuto, era da imputarsi alla pesantezza di una mano invisibile che aveva operato una grave costrizione.

La lezione inaugurale pisana del 1909, prima sosta di riflessione generale situata fra i saggi sparsi e la sistemazione teorica del 1918, percorsa com'è dalla impietosa visione realistica della crisi dello Stato moderno, non manca di individuarla nella artificiosa rimozione delle tante collettività pullulanti, rimozione concretatasi in un inefficace esorcismo legale e nella messa a nudo della impotenza dell'apparato statale. La complessità naturale della società sfuggiva alla stretta dello Stato, e la sua semplicità insieme al basamento di accurate fondazioni mitologiche appariva avere ormai la fragilità di un castello di carte.

Sarebbe di grande interesse, proprio per misurare l'acutezza e la lungimiranza del realismo romaniano, seguire il martellio di queste analisi dissacratorie. Lo abbiamo fatto in altra sede ⁽²¹⁾, né converrebbe ai fini della nostra lezione. Un solo rilievo vogliamo aggiungere su questo punto, e concerne la severa valutazione delle cosiddette carte dei diritti, veneratissime reliquie del giusnaturalismo moderno.

Anche di fronte ad esse non cessa l'atteggiamento disinvoltamente critico di Romano: carte troppo mitizzate, spesso "verbose formulazioni di principii filosofici, di massime dottrinarie, di raccomandazioni ingenuie. Più catechismi che leggi" ⁽²²⁾, mentre gli articoli dello Statuto Albertino "somigliano a delle semplici intestazioni di libri, le cui pagine sono state lasciate bianche e che vengono a poco a poco riempite con i materiali che forniscono i nostri usi e costumi politici, le nostre incipienti tradizioni, in una parola, l'evolversi della nostra vita pubblica" ⁽²³⁾.

L'uggia del Nostro per queste dichiarazioni, per questi cataloghi di cui e in cui si è tanto compiaciuta la modernità, ha origine nel suo sentito storicismo: pur lodevoli per il tentativo che si propongono, rischiano di non avere agganci con il divenire giuridico in perenne

⁽²¹⁾ Nel saggio già citato: *Il diritto tra potere e ordinamento*.

⁽²²⁾ *Le prime carte costituzionali*, cit., p. 165.

⁽²³⁾ *Le prime carte costituzionali*, cit., p. 164.

trasformazione, e rischiano di disseccarsi presto come ogni realtà senza radici in una terra viva. Il diritto vivente, per il disinibito costituzionalista, più che nelle sublimi parole ‘dichiarate’ in testi solenni, è negli usi, nei costumi, nelle tradizioni, nell’evolversi della pubblica convivenza, come chiaramente ci insegna nel frammento più sopra trascritto.

Il presente richiamo mi fa venire a mente la cosiddetta ‘Carta di Nizza’, divenuta poi parte seconda del Trattato che adotta una carta costituzionale per l’Unione Europea. Quando, tre anni fa, un prestigioso civilista fiorentino, che mi onora oggi della sua presenza in questa Aula Magna, mi invitò a redigere qualche noterella storico-giuridica su quel testo che tutto il mondo magnificava senza riserve, io buttai giù qualche pagina all’insegna di una sostanziale insoddisfazione, intitolando il contributo “L’ultima carta dei diritti” (24). Forse dispiacendo un poco al caro e valente amico Giuseppe Vettori, io volevo sottolineare con quella intitolazione che la ‘carta’ del 2000 mi appariva ultimo anello di una continua catena risalente al 1789 e alle precedenti carte americane, dove i segni di continuità erano eccessivi per poterla salutare quale frutto coerente dei tempi novissimi e delle loro attese. E citavo, in quel mio saggio, Romano e la sua insofferenza verso una catalogazione statica e astratta dei diritti fondamentali.

11. La visione ordinamentale del diritto, con il suo spostamento dell’asse portante dall’investito del potere alla realtà da ordinare, con le sue consequenziali riscoperte di un intenso pluralismo giuridico, della fattualità e complessità del diritto, costituiscono — come abbiamo visto — il messaggio sonoro di Santi Romano.

Aggiungiamo ora, avviandoci alla conclusione della nostra ‘lectio’: è un messaggio che ci auguriamo raccolto, proprio nel difficile ma fertile momento che il diritto sta vivendo, giacché è in grado di offrire ai giuristi, necessariamente impegnati in una ardua trincea di avanguardia, chiamati a tracciare i sentieri del futuro più che a

(24) *Carta europea e diritti dei privati*, a cura di G. Vettori, Padova, Cedam, 2002.

custodire vecchie strade già sterrate, una bussola orientativa straordinariamente efficace.

La denuncia romaniana sulla artificiosità di un universo giuridico popolato unicamente da norme e forme e il richiamo a una dimensione ordinativa più speculare di interessi, di idealità, di valori circolanti nella società suonano salutari rispetto a odierni rigurgiti — che hanno un remoto ascendente nell'illuminismo kantiano e uno più ravvicinato nel formalismo kelseniano — valorizzanti una visione meramente procedurale. Il diritto, ridotto da un riesumato *mos geometricus* a una sapiente e logicamente provvedutissima intelaiatura formale, ha però la fragilità del castello di carte ricordato più sopra; ed ha la sorte di ogni castello di carte.

Non sorprende, infatti, che chi ha, proprio in questi anni, percorso in Italia, sia pure con brillantezza d'ingegno, un simile cammino sia dichiaratamente arrivato a un approdo nichilistico ⁽²⁵⁾. Che può anche essere intellettualmente appagante, ma che è assolutamente rinunciatario per un diritto, il quale — lo si voglia o non — è sempre scritto sulla pelle degli uomini, è lì, nella storia umana, *hominum causa*, a servire la vicenda di personaggi carnali con il loro bagaglio di passioni, di interessi, di credenze.

12. Ma una visione rigidamente normativistica si presenta oggi — si permetta di dirlo a chi, per mestier suo, è storico del diritto — smaccatamente antistorica, cioè non corrispondente alle esigenze ed attese che, a livello mondiale, il diritto sta vivendo. Ci siano consentite poche ma illuminanti considerazioni.

Il legalismo, arrivato fino alle nostre spalle e affermato come valore assoluto, salvaguardia dei diritti fondamentali e addirittura pretesa espressione di democraticità, ha reclamato una sistemazione gerarchica delle fonti; e si è insegnato per due secoli un'indiscutibile gerarchia, pervenendo non solo a condannare i fatti nel limbo dell'irrelevanza, ma altresì a espungere dal nòvero delle fonti realtà endo-giuridiche come dottrina e giurisprudenza pratica, dottori e giudici, cui — in passato — la civiltà medievale e pos-medievale e — anche attualmente — la civiltà di 'common law' hanno prevalente-

(25) Cfr. N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

mente affidato il divenire dell'ordine giuridico. E quando, nell'immediato secondo dopoguerra, un professore di diritto commerciale di questa Facoltà giuridica bolognese, Tullio Ascarelli, appena ritornato in Italia dal forzato esilio brasiliano inflittogli dalle leggi razziali (leggi! leggi formalmente e proceduralmente ineccepibili!), estendeva la serie delle fonti fino a ricomprendervi gli uomini di affari ⁽²⁶⁾, si gridò allo scandalo dall'esercito sempre nutrito dei benpensanti, che liquidarono le provocazioni ascarelliane come la bizzarria di un grand'uomo. Ma Ascarelli, magari con singolare preveggenza, non faceva altro che leggere i segni dei tempi, anticipandone anche lo sviluppo.

Oggi, ciò che era oggetto della preveggenza dell'allora commercialista bolognese è realtà circolante, e realtà diffusa; per di più, progrediente.

La nozione di gerarchia scricchiola, anche perché, dimostrandosi incapace a governare il mutamento, comincia a essere rifiutata; e i pubblicitari, più vicini a politologi e sociologi e assorbendo taluni dei loro schemi interpretativi, parlano ormai di rete ⁽²⁷⁾ quale nozione che, puntando non su relazioni gerarchiche ma su semplici interconnessioni, appare congeniale a registrare una situazione mobile e confusa, dove la già tipicissima nozione di fonte ha subito una forte detipicizzazione.

E quando si parla con tanta insistenza di globalizzazione giuridica — al di là del luogo comune rappresentato dall'uso inconsapevole sulla bocca di molti — si dà un riferimento assai concreto e assai innovativo, che costringe a profonde revisioni dei nostri tradizionali patrimoni dommatici: e cioè, pluralismo di canali di produzione giuridica, canali privati che si affiancano ai maestosi canali ufficiali dei diritti statuali o di organismi sovrastatali, canali privati che raggiungono ormai quello che il vecchio Santi Romano chiamava un alto grado di categoricità, tanto spinta e incisiva da realizzare una

⁽²⁶⁾ Cfr. P. GROSSI, *Le aporie dell'assolutismo giuridico (ripensare, oggi, la lezione di Tullio Ascarelli)*, ora in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 354 ss..

⁽²⁷⁾ Due esempi: *L'Europa delle reti*, a cura di A. Predieri e M. Morisi, Torino, Giappichelli, 2001; F. OST-M. VAN DE KERCKOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, FUSL, 2002.

effettività giuridica senza alcun apporto da enti politicamente sovrani ⁽²⁸⁾.

Oggi, la incapacità dello Stato e della legge a ordinare il divenire giuridico è davanti ai nostri occhi, ed è davanti ai nostri occhi la inadeguatezza di un diritto costretto in una testualità rigida secondo una tradizione bisecolare che si è gloriata di poter fissare l'universo giuridico in un libro chiamato Codice.

Oggi, assistiamo ad un fiorire sempre più numeroso di supplenze. Chi si sentirebbe, in quest'anno di grazia 2005, di continuare a ripetere le vecchie certezze in tema di gerarchia delle fonti, che avvilitano formalmente dottrina e giurisprudenza e disconoscevano il loro grosso ruolo sostanziale? Ma v'è di più: oggi assistiamo a un ruolo formidabile della stessa prassi economica, percettrice di esigenze economiche che continuamente variano e si superano in corrispondenza di un prodigioso evolversi e superarsi delle tecniche.

Globalizzazione giuridica non significa forse il complesso di invenzioni di uomini di affari, che non possono aspettare i ritardi di un legislatore lento e sordo? Non viviamo forse immersi in un accentuatissimo pluralismo giuridico? Non contempliamo forse una fattualità del diritto sempre più vigoreggiante e sempre più disarmante per gli innamorati della purezza formale?

13. Il formalista/legalista può stracciarsi le vesti; chi riprende in mano ora il libriccino/breviario di Santi Romano e le pròvide raccolte dei suoi saggi comodamente consultabili in ogni biblioteca rende i suoi occhi più penetranti per poter leggere l'odierna crisi delle fonti. C'è una piattaforma comune che lega la crisi d'inizio/secolo alla nostra attuale: ed è il crollo di certezze post-illuministiche pervicaci perché dure a morire.

Il nostro paesaggio giuridico è diverso, giacché cento anni non passano sicuramente invano, perché oggi il panorama è autenticamente globale (cioè mondiale) e perché facciamo i conti con una rivoluzione tecnica — soprattutto quella info-telematica, ma non soltanto — che si è maturata e capillarmente diffusa nell'ultimo

⁽²⁸⁾ Una lettura rigorosamente giuridica del fenomeno 'globalizzazione' è stata da me tentata in: *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei*, CCCIC (2002), p. 491 ss. (ma anche in *Foro Italiano*, maggio 2002, V, 151).

ventennio e ha addirittura sconvolto parecchie soluzioni d'una tecnica giuridica riposante ancora su remote diàgnosi romane. Ma il nucleo dei due momenti di crisi è pressoché identico: rifiuto di costruzioni semplici, perché semplicistiche, e necessità di prendere atto della complessità dell'universo giuridico; esigenza d'una revisione demolitiva del vecchio assetto gerarchico delle fonti; registrazione di un ruolo minore di Stato e legge, e di una pluralità di produttori di diritto.

L'elementare mònito di Santi Romano di cogliere nel diritto un fenomeno ordinativo più che autoritativo, indubbio gesto di coraggio quando il grande siciliano lo enunciò, trova oggi parecchie conferme nella estrema mobilità giuridica che stiamo vivendo. Solo che non possiamo arrestarci a constatare compiaciuti la qualità quasi profetica del suo discorso scientifico; dobbiamo, al contrario, raccogliere fino in fondo quel mònito e far nostra quella nozione di 'ordinamento', che è per il giurista di oggi una consegna impegnativa e l'investitura di una grave responsabilità.

Mobilità, infatti, è ben spesso sinonimo di disordine, mentre il pluralismo —specchio fedele della ritrovata complessità giuridica — può significare un intreccio caotico assolutamente negativo. Con un rischio grosso: la sopraffazione da parte della presenza sociale più virulenta.

E io, che non ho avuto mezzi termini nel qualificare come 'assolutismo giuridico' la monopolizzazione del giuridico da parte dello Stato e che ho sempre valutato come soffocante la statalizzazione e legalizzazione del diritto operate nella matura modernità⁽²⁹⁾, non posso non rilevare che alla vecchia arroganza del potere politico si può oggi sostituire l'arroganza non meno soffocante di quei poteri economici che sono i protagonisti del fenomeno globalizzatorio, poteri che in nome del maggior profitto possono arrivare a mercificare ogni rapporto e ogni situazione nella più completa indifferenza verso i soggetti economicamente più deboli.

⁽²⁹⁾ Da ultimo, cfr. *Ancora sull'assolutismo giuridico (ossia: della ricchezza e della libertà dello storico del diritto)*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, Jovene, 2005, vol. II.

14. Lo Stato si arrogava, ieri, il compito di supremo ordinatore, anche se si trattava di ordinamento autoritativo intessuto di comandi, di sanzioni, di coazioni, anche se spesso la dimensione giuridica — lungi dall'essere rispettata nel suo autonomo e naturale evolversi in seno alla società — veniva sacrificata sull'altare di finalità esclusivamente potestative. Oggi, il disperato bisogno di ordinamento deve essere soddisfatto da quelle supplenze — emerse accanto agli Stati e agli organismi sovrastatali —, alle quali si accennava poco sopra.

Se questo attuale è il momento di rivincita della prassi nella percezione e invenzione di assetti giuridici novissimi, è questo anche il momento in cui percezioni e invenzioni — sottratte, per così dire, al loro particolarismo genetico — vanno ordinate in una intelaiatura di 'principii' dalla complessa valenza, che è insieme tecnico-giuridica, culturale, etica.

È il grande compito a cui è chiamata, in questo avvio del terzo millennio, la scienza giuridica, e a cui essa sta corrispondendo con grossa lena e con forte senso di responsabilità; e ne sono prova quei significativi, e riusciti, esperimenti, che vedono i giuristi europei curvi non a scrivere Codici su commissione degli Stati, ma a elaborare autonomamente quei 'Principles' — penso precisamente a quanto si è fatto e si sta facendo in tema di contratti — valevoli a ordinare la trama dei traffici privati e a cominciare a disegnare, accanto e oltre il diritto comunitario dell'Unione, un diritto privato comune.

Solo in tal modo il pluralismo giuridico riproposto da Santi Romano all'attenzione dei contemporanei può diventare ordine della società, e pertanto genuina conquista della odierna civiltà giuridica.

GINO GIUGNI NELLA SCIENZA GIURIDICA ITALIANA DEL NOVECENTO

1. Qualche chiarimento per il lettore. — 2. La improbabile nascita di un gius-lavorista. — 3. Il giovane Giugni: insoddisfazione per i soffocamenti corporativistico e civilistico. — 4. Il giovane Giugni: linee di una possibile ricerca. — 5. Giugni alla ricerca di se stesso: l'incontro con l'istituzionalismo nordamericano. — 6. E con la riflessione ordinamentale italiana. — 7. Giugni alla ricerca della 'autonomia collettiva'. — 8. Lo storicismo di Giugni e i suoi modelli ascarelliani.

1. Credo che il graditissimo invito degli allievi di Giugni a partecipare a questa onoranza al loro Maestro in occasione del suo ottantesimo genetliaco sia dovuto soprattutto a una specifica circostanza precisa, e cioè all'aver io voluto chiudere un mio volume dedicato all'itinerario della scienza giuridica italiana fino agli anni Cinquanta del Novecento con un cenno attento alle sperimentazioni teorico-applicative di Giugni ⁽¹⁾; anzi, al fine di poterne trattare, nella piena consapevolezza del loro rilievo, io volutamente varcai — anche se di poco — i termini cronologici prefissati. Oggi, sono lieto di riprendere in esame quello che mi è sempre sembrato (e mi sembra) un momento non dimenticabile della storia dottrinale novecentesca in Italia, approfondendo e chiarendo meglio a me stesso motivazioni e significato delle sperimentazioni giugniane e, inserendole, come mi viene espressamente chiesto dagli organizzatori, all'interno della complessiva personalità dell'autore.

Dunque, Giugni nelle sue radici culturali; Giugni nel crocevia di una scienza giuridica intristita da sordità e misoneismi ma anche innervata di fertili fermenti provocati dalla coscienza del mutamento

⁽¹⁾ Si tratta di: *Scienza giuridica italiana - Un profilo storico 1860/1950*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 316/17.

e dalla esigenza di urgenti svecchiamenti metodologici. Una siffatta storicizzazione della singolare personalità del Nostro ci consentirà di misurare la peculiarità e l'originalità del suo messaggio di studioso.

Sia ben chiaro al lettore che non mi inoltrerò sul terreno specifico delle sue soluzioni giuslavoristiche, e ciò per due elementari motivi: perché non ne avrei la competenza; perché altri, forniti di questa competenza, lo faranno distesamente nel corso del volume. Io sarò pago di tenere sempre ben presente la ferma concezione che egli ha del suo oggetto di conoscenza, e cioè i rapporti di lavoro e gli organismi sindacali, perché lì è la sua bussola orientatrice, ma non mi addentrerò oltre. Da questo angolo di osservazione si guarderà soprattutto al Giugni giurista, alle sue scelte culturali, alle grandi intelaiature teoriche e tecniche che egli proietterà sul disciplinamento giuridico del lavoro, all'attingimento a questa o a quella corrente di pensiero fra le tante che percorrono la scienza giuridica del Novecento, insomma al suo approccio di scienziato/giurista con il complesso e sfaccettato mondo del lavoro.

Un'ultima precisazione si impone: l'intitolazione vuole sorprendere la personalità scientifica di Giugni nelle trame della scienza giuridica italiana del Novecento. Quell'aggettivo 'italiana' deve essere però assai relativizzato, perché, se v'è un personaggio insofferente a immiserimenti territoriali, questi è proprio lo studioso di cui mi accingo a parlare, attento costruttore della sua formazione nella più piena valorizzazione di messaggi provenienti da Oltralpe, Oltremarina e Oltreatlantico.

2. Credo che pochi, tra gli attuali scienziati del diritto, abbiano progettato durante gli anni della scuola media superiore di diventare dei giuristi, anche in conseguenza di quel deserto giuridico che è tuttora in Italia l'insegnamento liceale. Certamente, tra quei pochi non si può collocare Gino Giugni. Genovese, avrebbe desiderato iscriversi alla Facoltà di Scienze Politiche ⁽²⁾, ma, a quell'epoca, non era ancora stata ricostituita a Genova; senza una precisa consapevolezza si iscrive a quella di Giurisprudenza, e ne segue stancamente

⁽²⁾ Cfr. G. GIUGNI, *La memoria di un riformista*, a cura di A. Ricciardi, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 39.

i ‘corsi’. Infatti, come affermerà pungentemente nell’87 in alcune noterelle autobiografiche, “l’Università era una degna sede dove rispettabili professori facevano lezione ma non si curavano minimamente di far scuola” (3). Ricordando, in una rilevantissima intervista del’92, quegli anni sterili, egli salverà un solo docente, Salvatore Satta (4). Non poteva che essere così per lo straordinario studente che, nel liceo, assetato di fondazioni culturali, si era letto il ‘Capitale’ di Marx e i grandi libri storiografici di Benedetto Croce; che, accanto agli studi deludenti di Giurisprudenza, aveva approfondito nella Facoltà di Lettere la conoscenza della storia della repubblica di Weimar, immergendosi anche nel rinnovato socialismo italiano dell’immediato secondo dopoguerra.

La scelta della tesi di laurea nacque non da stimolazioni di un docente, ma da un grande evento di quegli anni: il processo di Norimberga, che indirizzò il giovane laureando verso il diritto penale. E al docente della disciplina, che era Giuliano Vassalli, propose il tema incandescente. Ma l’astuzia della storia, facendogli leggere casualmente un libro di Rinaldo Rigola sulla storia del movimento operaio, accese nuovi interessi e provocò una conversione abbastanza brusca; il titolo della dissertazione si focalizzò sul diritto di sciopero puntualizzando il faticoso cammino che aveva portato la vecchia fattispecie criminosa (propria della civiltà giuridica borghese) a trasformarsi in diritto costituzionalmente garantito.

Perché tutte queste notizie biografiche? Per sottolineare che non furono gli studi universitari a sollecitarlo in una certa direzione, ma il contatto con il vivace mondo politico-sindacale, un libro stimolatore e, probabilmente, anche i suoi approfondimenti sulla democrazia collettiva di Weimar. Del resto, il ‘diritto del lavoro’ era insegnato formalmente nella Facoltà genovese (ma non lo era sostanzialmente) da un civilista politicante che lo teneva come una insignificante pertinenza del venerato ‘diritto civile’.

Come ci racconta lo stesso nostro protagonista (5), “il giurista

(3) G. GIUGNI, *Minima personalia*, in *Belfagor*, a. 1987, p. 215.

(4) *Intervista a Gino Giugni*, a cura di P. Ichino, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, XI (1992), Parte Prima, p. 413. Qui si possono reperire le notizie biografiche, cui si accenna nel testo.

(5) Nelle note autobiografiche menzionate alla nota 3 (il riferimento è a p. 216).

era nato...era un giurista sociologo, cultore del nuovo indirizzo della politica del diritto”; un giurista, tuttavia, intriso di delusioni, frustrazioni, insoddisfazioni: delusioni per l’insegnamento e la ricerca assolutamente aridi e formalistici in Italia, dove i giuristi “cercavano il diritto del lavoro soltanto nel libro V del Codice Civile” (6); frustrazioni giacché “la materia era la vera cenerentola delle Facoltà di Giurisprudenza” (7); insoddisfazioni come l’obbligato stato d’animo che non poteva non conseguirne.

Da questo disagio pesante nasce nel giovane laureato l’esigenza di rompere il bozzolo, di relegare il ‘ghetto’ genovese (8) in un pretérito da dimenticare. Il primo passo sono letture autenticamente fondative e l’incontro intellettuale con Maestri orientatori, in un territorio ampio comprensivo di tutte le scienze sociali e della storia. Ma si imponeva anche di lasciare l’asfittico clima italiano per immergersi in un clima più aperto ed arioso, che superasse dommatiche e formalismi e corrispondesse al bisogno — indilazionabile per la giovane democrazia parlamentare italiana — di disegnare un nuovo ‘diritto del lavoro’, nuovo soprattutto in grazia di un radicale ma essenziale lavacro metodologico.

Anche qui l’astuzia della storia fa la sua parte, offrendo al giovane Giugni, che si era candidato per una borsa di studio negli USA chiedendo di poter esplorare i problemi del lavoro, il soggiorno a Madison, capitale dello Stato dello Wisconsin, presso la Università di Wisconsin. Riservandomi di riprendere il tema (assai rilevante per la biografia intellettuale giugniana) dell’istituzionalismo della cosiddetta scuola dello Wisconsin, basti ora precisare, a spiegazione della provvidenzialità della destinazione a Madison, che questo Stato della federazione statunitense, caratterizzato da una forte immigrazione tedesca, faceva spicco per una avanzatissima legislazione sociale e industriale. In quella Università Richard Ely vi aveva trapiantato le stimolazioni della scuola storica tedesca, di cui, ancora al tempo del soggiorno di Giugni, si faceva portatore Selig Perlman, ebreo polacco di schietta formazione mitteleuropea, appassionatamente

(6) *Intervista a Gino Giugni*, cit., p. 422.

(7) *Intervista a Gino Giugni*, cit., p. 420.

(8) “Ghetto genovese” sono termini usati dallo stesso Giugni (cfr. *Intervista a Gino Giugni*, cit., p. 418).

ascoltato dal giovane italiano e da lui considerato sempre come il suo primo vero Maestro universitario.

3. Fino al momento in cui Giugni avvia la sua riflessione e la sua ricerca per un nuovo volto della scienza giuslavoristica (ossia fino ai primi anni Cinquanta), questa era monopolizzata o da ex-corporativisti, o da civilisti. Al corporativismo egli non porge attenzione, liquidandolo — a mio avviso, troppo spicciativamente — come sindacalismo di Stato; ai civilisti riconosce qualche merito ma anche inguaribili difetti di impostazione, che non avrebbero mai consentito (ove fossero stati lasciati in assoluta solitudine) di arrivare a quel rinnovamento metodologico e concettuale necessario per il ruolo del ‘diritto del lavoro’ nella civiltà giuridica del secondo dopoguerra.

Sono, infatti, civilisti ancora strettamente ossequenti al verbo romanista, che si pongono come ultimi anelli di una catena bimillenaria di affinamenti tecnici, e i cui pregi possono assommarsi nel rigore concettuale e tecnico, nel forte spirito sistematico, nel tentativo di costruzione di un sapere giuridico depuratissimo elevato spesso ai fastigi di una autentica dogmatica ⁽⁹⁾.

Il guaio è, come vedremo, che il diritto del lavoro è realtà impura, intriso com'è di fatti sociali ed economici, specchio fedele del divenire mutevolissimo della società, mentre i civilisti si limitavano a trapiantare nel nuovo terreno il loro ideario consolidato popolato di diritti soggettivi, facoltà, rapporti giuridici, dove trionfava l'*individuale* e dove circolava una pervicace ripugnanza per il *collettivo*, il più delle volte risolto nella dimensione del *plurimo* che è una semplice estensione numerica dell'individuale. Mancava alla loro tradizione scientifica la dimensione dell'organizzazione, che, ormai, almeno dalla prima guerra mondiale in poi, sia nel diritto commerciale che in quello del lavoro, appariva sempre più dominante e sempre più nel significato tanto discaro alla coscienza giuridica borghese di superamento di volontà e di posizioni indivi-

⁽⁹⁾ Una pacata valutazione degli apporti civilistici è nella esemplare ‘voce’: *Diritto del lavoro (voce per una enciclopedia)*, che Giugni scrive nel 1979 per la ‘Enciclopedia del Novecento’ (ora in: *Lavoro, legge, contratti*, Bologna, Il Mulino, 1989, *passim* ma soprattutto p. 251).

duali ⁽¹⁰⁾. Come ci sarà dato di rilevare, questa difficoltà di assorbire nuovi schemi ordinativi sarà puntualmente constatabile quando un prestigioso civilista, il Santoro Passarelli, non potrà fare a meno di parlare di ‘autonomia collettiva’ ⁽¹¹⁾.

In questo contesto scientifico, si capisce perché i primordii di riflessione giuridica sul lavoro siano compromessi nella adozione di decrepiti schemi romani, a cominciare dalla mercificante locazione d’opere di modello romano, che poteva egregiamente servire in una società fortemente individualistica incentrata sulla proprietà privata ma che era eticamente ripugnante e socialmente iniqua negli anni fra Ottocento e Novecento, oltre a non aver “nulla in comune con il contratto di cessione d’opere da svolgere sotto le direttive di un imprenditore e nell’ambito di un’organizzazione produttiva predisposta a tal fine da quest’ultimo” ⁽¹²⁾. Eppure, sono proprio gli anni in cui si colloca un incunabolo della scienza giuslavoristica, “Il contratto di lavoro” di Lodovico Barassi, definito più tardi dallo stesso Giugni “un civilista conservatore” ⁽¹³⁾, che recentemente ha ricevuto un omaggio, a mio avviso, non del tutto meritato ⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁰⁾ Giugni lo afferma limpidamente nella rivisitazione che egli fa del suo approccio con le dottrine di Santi Romano (cfr. G. GIUGNI, *Il diritto del lavoro*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l’insegnamento di Santi Romano*, a cura di P. Biscaretti di Ruffia, Milano, Giuffrè, 1977, p. 179).

⁽¹¹⁾ Cfr. più avanti, a p. 705 ss..

⁽¹²⁾ Parole di GIUGNI, *Diritto del lavoro (voce per un’enciclopedia)*, cit., pp. 255/56, dove il Nostro utilizza dottamente il saggio originale in tema di locazione di un acuto romanista, Luigi Amirante.

⁽¹³⁾ G. GIUGNI, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano* (1986), ora in *Lavoro, legge, contratti*, cit., p. 343.

⁽¹⁴⁾ Mi riferisco dal volume miscelaneo: *La nascita del diritto del lavoro - “Il contratto di lavoro” di Lodovico Barassi cent’anni dopo - Novità, influssi, distanze*, Milano, Vita e Pensiero, 2003, dove, accanto a saggi autenticamente critici, sono ricomprese anche pagine apologetiche all’insegna di una disarmante inconsapevolezza culturale. Esempiare il contributo in cui L. CASTELVETRI, *L. Barassi e l’ideologia liberale*, tutta ammirata della massiccia mole del librone di Barassi, dimostra di non capire il valore di rottura della prolusione di Tartufari del 1893, degna di minimizzazione perché ai suoi occhi, impressionati solo dalla quantità delle pagine, quella prolusione si risolve in una “operina di quaranta pagine” (p. 140). In quelle quaranta pagine si avvia in Italia il processo affrancatorio per un ‘diritto del lavoro’ come scienza autonoma; in quelle quaranta pagine Tartufari non intende costruire alcunché, intende però demolire la vieta architettura della locazione d’opere che Barassi civilista/romanista vuole ad ogni costo e

Dunque: alle spalle l'inaccettabile corporativismo; ancora intorno, una dottrina civilistica troppo spesso insensibile e troppo spesso avviluppata nelle sue indiscutibili dogmatiche. Occorreva percorrere da principio un nuovo sentiero. Meglio: occorreva tracciare un nuovo sentiero.

4. E cominciamo con una affermazione paradossale, che reca in sé — come tutti i paradossi — una preziosa verità: il privilegio di Giugni è di essere orfano, ossia di non avere un maestro e di non essere inserito in nessuna scuola accademica, perché orfanità — nel suo caso — significa libertà di scelte, libertà di azione intellettuale, libertà — insomma — di ricercare la propria identità senza condizionamenti. E infatti egli sembra sfuggire a ogni incasellamento scolastico: se v'è un personaggio che non è interpretabile in base a una ideologia rigida, a un credo metodologico rigido, a un decalogo accademico, tanto meno a una fazione politica, questo è proprio Giugni.

L'intento che lo muove è di dare dignità scientifica al 'diritto del lavoro'. Per la verità, era questo anche il compito che si era prefisso Francesco Santoro Passarelli, il quale però si proponeva di attuarlo con gli strumenti congeniali a un provvedutissimo cultore della scienza civilistica. L'intervento del Nostro ebbe, invece, uno scopo — e indubbiamente fu — decisamente, radicalmente affrancatorio, con una rivendicazione di originalità e originarietà, fuori non soltanto dalle impraticabili secche del diritto corporativo, ma altresì dalla veste troppo stretta delle tradizionali tecniche civilistiche.

Era una strada rischiosa, perché rifiutava i sentieri tradizionalmente battuti, già conosciuti e sperimentati; perché poteva sfociare nel trabocchetto delle improvvisazioni, con il costo dell'allontanamento dal terreno sicuramente scientifico. Affinché il coraggio del giovane giurista non si trasformasse in temerarietà, occorreva una robusta fondazione epistemologica, quella che avrebbe legittimato tutto il costruendo edificio. E sarà un autentico assillo metodologico

contro i segni dei tempi mantenere, incapace di identificare in quella struttura romana la ormai inammissibile mercificazione del lavoro umano. Si dovrebbe meditare maggiormente prima di scrivere, perché *scripta manent*, e si leggono, e ci danno la misura dello scrittore.

a costituire il tratto distintivo della ricerca di Giugni, la sua preoccupazione costante e, insieme, il lievito che fecondava e disciplinava l'ansia di nuovo.

Il problema è quello di munirsi di un corretto metodo d'indagine: con umiltà e vigilanza critica il giovane giuslavorista sa di trovare nella posizione severa e stringente di quel problema l'unica salvaguardia per la sua libertà intellettuale. Egli sembra ripercorrere il cammino di uno dei suoi mentori più amati e ammirati, Tullio Ascarelli, il rinnovatore del diritto commerciale in Italia ma anche il giurista che non ha mai cessato — nella sua non lunga esistenza — di navigare in spazii sempre più aperti, però con l'ausilio costante di scelte metodologiche rigorose ⁽¹⁵⁾.

Il giurista, soprattutto in momenti di crescita rapidissima, quando tutte le dimensioni della società subiscono un profondo gioco di combinazioni e trasformazioni, ha il dovere culturale di abbandonare la comoda nicchia della tradizione endo-giuridica e di misurarsi nel terreno ampio dove le diverse forze si generano e prendono campo, ma non può farlo a cuor leggero con il rischio di essere travolto. La bussola è indispensabile a chi sceglie il mare aperto.

Da questa complessa intuizione scaturisce in Giugni la congiunzione di due scelte destinate ad integrarsi: proiettare lo sguardo al di là dei confini formali del diritto, ma, allo stesso tempo, fornirsi delle intelaiature teoriche capaci di corrispondere al carattere ordinante della scienza giuridica.

Ampliare il raggio d'azione del proprio sguardo significava estenderlo alle altre scienze sociali, all'economia e alla sociologia, se si voleva percepire l'essenza di un fenomeno — il lavoro — che è al cuore della società civile; significava non rifugiarsi nelle purezze asettiche della scienza e della legislazione, ma fare i conti con le

⁽¹⁵⁾ I richiami all'esigenza di una corretta metodologia sono continui e insistenti, né vale la pena di fare un ammasso di citazioni. Piuttosto, le daremo successivamente un preciso contenuto. Vale, invece, la pena di ricordare la espressa menzione di Ascarelli quale modello da seguire, giacché egli incarna — agli occhi di Giugni — “il giurista italiano che ebbe più di ogni altro la consapevolezza della centralità del problema del metodo” (cfr. G. GIUGNI, *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro* (1968), ora in *Lavoro, legge, contratti*, cit., pp. 152/53).

impurità della prassi, dove — entro un perenne conflitto sociale e attraverso conquiste quotidiane — il diritto del lavoro trovava la sua genesi concreta. Una massa di fatti che esigeva di essere teoricamente ordinata, evitando a ogni costo quelle categorie che avrebbero costituito una sorta di letto di costrizione per una realtà plastica e mobilissima. Due sono gli èsiti che Giugni vuole con decisione evitare: rendersi responsabile della edificazione di una dogmatica ma nemmeno cadere nelle sabbie mobili di una casistica spicciola ⁽¹⁶⁾. A guidarlo sarà la bussola di un intelligente storicismo che non lo abbandonerà mai.

Un'ottima mossa di avvio per evitare i pericoli dell'auto-didattismo è misurarsi con l'esperienza intellettuale di quei giuristi che, dalla fine dell'Ottocento in poi, sollecitati da una insoddisfazione assai simile a quella del Nostro, avevano tentato un cammino innovatore di ricerca. Giugni sembra quasi raccogliere, nei primi anni Cinquanta, il succo di tutti quegli esperimenti coraggiosi, esigui e appartati al loro sorgere, provocatori e fertili nei tempi lunghi, che avevano movimentato il piatto paesaggio di una scienza giuridica europea/continentale statalista legalista formalista.

Stanno nello sfondo lo storicismo tedesco (particolarmente nella messa a fuoco di Lujo Brentano), il socialismo giuridico, le proposte dirompenti di Géný e soprattutto di Saleilles, la grezza ma costruttiva giurisprudenza dei Collegi probivirali, cui aveva dedicato una consapevole attenzione in mezzo a indifferenza e disprezzo il grande Enrico Redenti, gli studi di Messina sui concordati di tariffa, “tutto il materiale dell'Ufficio del lavoro diretto da quel grande studioso che fu Giovanni Montemartini” ⁽¹⁷⁾, Sinzheimer ⁽¹⁸⁾ e i giuristi

⁽¹⁶⁾ Giugni lo precisa bene nella sensatissima *Introduzione* alla raccolta di saggi: *Lavoro, legge, contratti*. Il suo metodo, ridotto all'osso, è una “critica del metodo dogmatico e formalistico” privilegiando egli “l'analisi della law in action anche con l'ausilio degli strumenti della sociologia del diritto, l'osservazione dei fenomeni di giuridicità extra-statuale”. La sua intende essere una “conoscenza topica”, cioè problematizzante; però “non casistica, risultando quest'ultima... l'interfaccia della metodologia dogmatica” (pp. 18/19).

⁽¹⁷⁾ *Intervista a Gino Giugni*, cit., p. 424.

⁽¹⁸⁾ Che per Giugni funge da vero modello di studioso: “Hugo Sinzheimer, vigoroso sostenitore del metodo empirico o ‘sociologico’ (come era da lui definito), ma ad un tempo giurista rigoroso, capace di erigere sul materiale raccolto dall'osservazione

pre-weimariani e weimariani, gli allievi di Sinzheimer, primo fra tutti Otto Kahn-Freund con la sua duplice preziosa esperienza di studioso tedesco emigrato e stabilizzato in Gran Bretagna ⁽¹⁹⁾, infine — con una possente capacità di suggestione — Tullio Ascarelli.

Ma la mossa determinante quale apertura a uno scenario radicalmente nuovo fu il complesso di stimoli che gli provengono dalla sua vicenda personale di studio negli Stati Uniti consumatasi, come già sappiamo, nella generalmente disertata Università dello Wisconsin ma che funge per il giovane italiano, così intellettualmente curioso, quale provvidenziale Sorbona provinciale.

5. Ho detto più sopra che l'astuzia della storia lo fece approdare — fra le tante Università statunitensi — a quella dello Wisconsin, a Madison, e ho fatto una prima notazione sulla vivacità del clima wisconsiniano di quegli anni. Ora, si deve precisare meglio di che cosa — culturalmente — si trattava.

A Madison il seme della scuola storico-economica tedesca piantato da Richard Ely aveva fruttificato, e, dopo Ely, si era costituita una catena di scienziati ispirati a uno stesso filone culturale: dapprima, nel 1904, l'allievo di Ely, John Commons; poi, l'allievo e successore di Commons, Selig Perlman, che Giugni fece in tempo ad ascoltare e che riconobbe subito come la guida da seguire, quella guida che gli era mancata in Italia. La catena Ely/ Commons/ Perlman era portatrice di un messaggio culturale, quello istituzionalista, cui il giuslavorista italiano non mancherà mai di fare riferimento con adesione entusiastica.

Un osservatore distaccato non può non cogliervi una qualche gigantizzazione con una tendenza a mitizzare le forti suggestioni giovanili assai impressionanti su un personaggio che lasciava alle sue spalle il fardello di un sapere dogmatico e formalistico e che faceva il lungo salto dell'Atlantico proprio per sbarazzarsi di quel fardello. Al di sotto della probabile mitizzazione ci fu però per un giurista di

empirica le solide strutture concettuali della ancor attuale opera sul contratto collettivo pubblicata nel primo decennio del secolo" (*La funzione del contratto collettivo di lavoro*, cit., pp. 152/53).

⁽¹⁹⁾ Giugni ne parla distesamente nella sua ultima intervista: *La memoria di un riformista*, cit., p. 67, dove una sezione è dedicata a 'Un grande maestro: Kahn-Freund'.

civil law un messaggio sostanzialmente liberatorio, che aveva trovato le sue manifestazioni più alte nel volume di Commons, del 1924, “Legal Foundation of Capitalism” tardivamente tradotto in Italia ⁽²⁰⁾, e in quello di Perlman, del 1928, “A Theory of the Labor Movement”, che lo stesso Giugni traduce, con una ricca e densa introduzione per il lettore italiano ⁽²¹⁾.

Messaggio istituzionalistico, abbiamo scritto più sopra; e qui si impone un chiarimento, giacché di ‘istituzione’ e di ‘istituzionalismo’ si parla a scialo anche in Europa per tutta la prima metà del Novecento, da Gurvitch come da Santi Romano, da Duguit e da Hauriou come da Renard. La unicità del lessico potrebbe, infatti, condurre a pensare a falsanti identità di contenuto.

Il nucleo dell’insegnamento innovatore dell’istituzionalismo nordamericano prende avvio da una rivolta verso il pensiero economico classico tutto teso a disegnare una logica economica all’insegna di una razionalità pura, con leggi tendenzialmente pensate come eterne, tutto fondato su una teoria dei diritti individuali di rigorosa impronta giusnaturalistica con il profitto individuale quale assoluto protagonista. La rivolta viene attuata sulla spinta di un rivolgimento metodologico e attuando un profondo spostamento negli interessi e nella attenzione dell’economista indagatore.

Epistemologicamente si prende coscienza che le astrazioni e il formalismo della teoria economica classica, rivolta a imbalsamare la realtà economica fuori del divenire della storia umana, costituiscono un fuorviante artificio, mentre si deve invece riconoscere l’unità delle scienze sociali, gli indefettibili nessi di interdipendenza tra dimensione sociale, politica, economica, giuridica, con la risultante assurdità di erigere fra di esse delle barriere disciplinari. Recupero di una unità conseguente al recupero della complessità della storia, quella storia dove non agiscono soltanto individui solitari, ma il più delle volte individui membri dei raggruppamenti più svariati. Come puntualizza Giugni nella introduzione alla sua traduzione di Perlman, “il sistema dell’economia istituzionalista di Commons è, per-

⁽²⁰⁾ Trad. italiana: *I fondamenti giuridici del capitalismo*, Bologna, Il Mulino, 1981.

⁽²¹⁾ Trad. italiana: *Ideologia e pratica dell’azione sindacale*, Firenze, La Nuova Italia, 1956 (II edizione: Roma, Edizioni Lavoro, 1980, da cui citiamo).

tanto, eminentemente, una *metodologia dell'analisi dei fenomeni sociali*" (il corsivo è mio) (22).

Lo spostamento di attenzione è dalla azione individuale alla azione collettiva, dal soggetto individuo al soggetto collettivo, nella ferma constatazione che era ormai quest'ultimo il protagonista della vita sociale ed economica. Commons, che aveva studiato a fondo, empiricamente, i meccanismi delle società commerciali e delle istituzioni sindacali, nonché i problemi dei servizi pubblici, si era posto quale compito primario il fornire all'azione collettiva il ruolo spettantegli nella teoria economica. Il nucleo portante di quella era la *istituzione* definita proprio quale 'comportamento di gruppo', 'Collective Action in Control, Liberation and Expansion of Individual Action', quella azione economica collettiva alla quale Commons dedicherà il lavoro conclusivo della sua lunga riflessione scientifica (23).

È facile intravedere le motivazioni dell'entusiasmo del giovane Giugni, la capacità affrancatoria e il grado di incidenza che l'istituzionalismo nordamericano ebbe su di lui. Quel 'diritto del lavoro', che egli sentiva come anello di congiunzione fra le dimensioni sociale economica giuridica, trovava nella visione unitaria della scuola dello Wisconsin la sua probante verifica. Nel'92, nella intervista a Ichino, riandando col ricordo al soggiorno a Madison, Giugni confessa: "studiando Commons studiavo l'economia da un punto di vista giuridico; ma valeva anche il reciproco: e cioè che studiavo il diritto da un punto di vista economico" (24).

Si aggiunga la valorizzazione dell'azione collettiva, calpestate fino a quando si era potuto nella cultura borghese europea; si aggiunga l'insofferenza — centrale in Commons — per un diritto privato troppo imperniato sull'individuo e i suoi diritti soggettivi, sulla nozione individualistica di contratto e di proprietà quale *dominium*. Si aggiunga una visione tutta nuova del movimento operaio, che si contrapponeva a quella — massificante, autoritaria, tutto sommato astratta — di classe propria della visione marxista-leninista, e che tentava di recuperare l'idea dell'operaio concreto,

(22) GIUGNI, *Introduzione alla prima edizione italiana*, cit., p. 11.

(23) J. R. COMMONS, *The Economics of Collective Action*, New York, 1950.

(24) *Intervista a Gino Giugni*, cit., p. 416.

inserito in istituzioni autonome grazie a una visione pluralista del conflitto sociale ⁽²⁵⁾.

Il fenomeno sindacale veniva staccato dall'ombra incombente della politica e ritenuto capace di contribuire in modo autonomo al progresso civile. A questo risultato il pluralista Giugni teneva moltissimo, e lo sottolinea intensamente nella introduzione a Perlman: "la struttura economico-sociale, nella mente di Commons e di Perlman, è pluralista, ed in essa conflitti di gruppo e di interessi non vengono mediati e risolti con imposizioni autoritarie, ma trovano uno spontaneo e dinamico equilibrio nel *Collective Bargaining*" ⁽²⁶⁾.

6. L'esperienza sindacale valorizzata come una delle manifestazioni più rilevanti della azione collettiva e individuata come esperienza autoctona fuori da ogni gelida riduzione entro la macro-nozione di classe: questo premeva a Giugni e questo egli ritiene in primo luogo tra gli insegnamenti dei suoi maestri nordamericani. A lui, però, serve un passo ulteriore. Se la visione unitaria degli wisconsiniani costituiva l'insopprimibile premessa per una comprensione corretta del 'diritto del lavoro'; se il loro storicismo era il nutrimento metodologico di cui il giuslavorista italiano aveva un maledetto bisogno, occorre ora lasciare il crocevia confinario tra sociologia, economia, diritto e, saziato e irrobustito da quella necessaria mensa interdisciplinare, entrare decisamente nel terreno specifico del diritto per lavorarvi da giurista.

È, a questo punto, che nasce l'ineliminabile esigenza di confrontarsi con il messaggio di Santi Romano. Il ricorso a Romano serve a Giugni per il carattere rigorosamente giuridico — direi: endogiuridico — che il giuspubblicista siciliano dà, con deliberata coscienza, alla sua indagine. Ed è imprescindibile per tre ragioni: perché serve a legittimare e nobilitare di fronte alla formalistica

⁽²⁵⁾ Si veda sul punto l'assai rilevante saggio: *Per una cultura sindacale in Italia*, scritto congiuntamente con Federico Mancini e pubblicato su *Il Mulino*, a. 1954, p. 28 ss.. È da notare che la sincera amicizia, il tessuto di stima e la consonanza culturale, che legheranno poi sempre Giugni e Mancini, avranno la loro consolidazione nel lungo viaggio per mare che li portava negli Stati Uniti, ambedue alla ricerca di aria nuova e di orizzonti nuovi.

⁽²⁶⁾ *Introduzione alla prima edizione*, cit., p. 14.

dottrina italiana le audacie meta-giuridiche o socio/economico/giuridiche dei prediletti mentori Commons e Perlman e a liberarsi del greve statalismo dei civilisti di *civil law*; nello stesso tempo, serve a poter puntare su realtà viventi e prosperanti oltre lo Stato finalmente messe a fuoco come realtà intrinsecamente giuridiche.

Egli, tuttavia, dichiara di non accogliere l'intero messaggio teorico e tecnico di Romano; anzi, mostra di temerne conseguenze che sembrano dirompenti a un accanito normativista quale Giugni è e si picca di essere. Si origina in questo complesso e anche contraddittorio confronto con Romano la scelta giugniana per la rivisitazione fatta da Enrico Allorio della dottrina della pluralità degli ordinamenti giuridici, rivisitazione e anche alterazione, perché combinazione tra kelsenismo e romanesimo (27).

Si badi: in Giugni non v'è nessuna conversione all'istituzionalismo romaniano. Più semplicemente, è un normativista che ha la assoluta necessità degli strumenti metodologici e della costruzione di teoria giuridica che solo Romano può dargli. Ecco perché, con schietta probità, egli insiste sulla confessione che le teorizzazioni del siciliano sono per lui nulla più che un progetto metodologico, un invito a liberarsi su un piano squisitamente epistemologico di vecchi letti di costrizione che il giuslavorista vigile avverte coartanti e incapaci a ordinare i novissimi fenomeni sindacali. A questo fine, egli stesso confessa di operare "un uso disinvolto" delle invenzioni dell'officina romaniana, strumentalizzandole (28).

Tarello, che è giudice sostanzialmente simpatetico dell'opera di Giugni, non èsita a parlare, a proposito della 'teoria dell'ordinamento intersindacale' che esamineremo più avanti e in cui si dà parziale adesione a Romano, di "una teoria per la verità un po' artificiosa", dove "l'approccio può apparire composito e poco

(27) Com'è noto a ogni giurista, Enrico Allorio vi si era cimentato in parecchi saggi durante gli anni Cinquanta del secolo scorso, oggi tutti leggibili in: E. ALLORIO, *Problemi del diritto*, Milano, Giuffrè, 1957, voll. 3, soprattutto il primo: "L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale, e altri studi".

(28) Si veda, per esempio, la chiara ammissione fatta nel suo contributo al ripensamento sulle dottrine di Santi Romano organizzato da Biscaretti di Ruffia (cfr. GIUGNI, *Il diritto del lavoro*, cit., p. 183).

chiaro” (29); e non ha torto, parlando — com’era mestier suo — da filosofo del diritto.

La possibile armonizzazione tra kelsenismo e romanesimo propugnata da Allorio sa di artificio, perché un punto essenziale dividerà sempre l’austriaco e il siciliano: il primo, tutto teso a disegnare una realtà formale su cui si può e si deve costruire una scienza pura; il secondo, all’opposto, fermo nel puntualizzare la storicità del diritto, la sua radicazione in fatti, interessi, valori, insomma la sua carnalità o, se si vuole, la sua insopprimibile impurità.

Certamente, in ogni fenomeno organizzativo si cela una dimensione normativa, giacché organizzare significa ordinare una realtà confusa e scomposta sistemando, coordinando e in qualche modo limitando la libertà dei fatti sociali ed economici. Anche chi, come me, è portatore di una visione ordinativa e non potestativa del diritto non può che ritenere falsante l’idea di un diritto ‘mite’, come si vede scritto nel titolo programmatico di un felice libretto di Gustavo Zagrebelsky (30), probabilmente troppo condizionato dal suo mestiere di finissimo costituzionalista con lo sguardo rivolto ai diritti fondamentali.

AmMESSO tutto ciò — e lo ammette per primo Romano —, si deve però anche aggiungere che in ogni fenomeno organizzativo la dimensione normativa si spegne parecchio in una dimensione necessariamente oggettiva. Si organizza e si ordina, infatti, solo tenendo conto delle esigenze oggettive ed effettive circolanti nella realtà bisognosa di ordinamento, e ciò contribuisce non poco a togliere alla dimensione normativa — scaturente dal basso e vincolata alle istanze dal basso — ogni venatura potestativa.

La posizione di Giugni è, al riguardo, come si diceva più sopra, complessa e anche contraddittoria. È chiaro che, per lui, riferirsi a un ordinamento giuridico non si limita a “un’inutile operazione linguistica” e a un inconcludente “omaggio verbale” (31) verso una

(29) G. TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale — L’esperienza italiana dopo la Costituzione*, Milano, Comunità, 1967 (II ed., 1972) (le citazioni, fatte sulla prima edizione, sono, rispettivamente, a p. 90 e a p. 91).

(30) G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, Einaudi, 1992.

(31) Scelte che egli condanna per la loro inconsapevolezza (GIUGNI, *Il diritto del lavoro*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l’insegnamento di Santi Romano*, cit., p. 182).

terminologia nuova. Il suo è il riferimento sostanziale a una dottrina che ha un autore e un contenuto e che al cultore del 'diritto del lavoro' "serve a stabilire principii di ordine in un campo che, non essendo regolato dalla legge, si presenta a prima vista come mosso dalla più completa anomia" (32).

Per Giugni, però, è unicamente un'ipotesi di lavoro, una indicazione di metodo conveniente a recuperare alla dimensione giuridica un autentico pluralismo. Su quella ipotesi egli innesta il suo irrinunciabile normativismo: ordinamento giuridico è "il sistema autosufficiente di produzione normativa" (33). Questo è già una alterazione della costruzione romaniana, ma diventa inesorabilmente una contraddizione quando il normativismo prende il volto del più intransigente kelsenismo e, seguendo pedissequamente Allorio, l'ordinamento non è soltanto "ogni sistema individuato di norme sulla produzione giuridica" ma si arriva a concludere che "il *principium individuationis* dell'ordinamento è tutto nell'esistenza di una norma fondamentale autosufficiente, a priori logico o accadimento storico che sia" (34).

È qui che la contraddizione assume tutta la sua evidenza, dal momento che una assiomatica norma fondamentale, improbabile perché astorica, fa a pugni con lo storicismo e il sociologismo appreso da Giugni a Madison e di cui si fa l'indefesso portatore.

Come può armonizzarsi questa nuvola galleggiante alta in cielo con i lavoratori coalizzati che Giugni ha voluto sottrarre al rischioso intrupamento nella 'classe' per recuperarli alla vitalità fattuale della storia? Come può armonizzarsi con il sano empirismo, con i continui richiami al 'diritto vivente' che questo ben strano normativista compie? Come può armonizzarsi nella visione complessiva di un intellettuale in cui dominante è "l'analisi della *law in action* anche con l'ausilio degli strumenti della sociologia del diritto" (35)?

No che non si armonizza! E infatti la nozione rarefatta di *Grundnorm* non riesce a permeare di sé il paesaggio giuridico

(32) *Op. ult. cit.*, p. 183.

(33) *Loc. ult. cit.*

(34) G. GIUGNI, *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Milano, Giuffrè, 1960, p. 48.

(35) GIUGNI, *Introduzione a Lavoro, legge, contratti*, cit., p. 18.

disegnato da Giugni, che sostanzialmente ne prescinde intessuto com'è di interessi e valori, di movimenti e mutazioni registrati con fedeltà dal giurista storicista. In quel paesaggio la *Grundnorm* è un corpo assolutamente estraneo. La *Grundnorm* kelseniano/alloriana è un omaggio teorico, resta consegnata nella pagina scritta, ma assume ai miei occhi il significato di una semplice riverenza al grande austriaco, mentre il discorso di Giugni si snoda libero da ipoteche, traendo linfa e sangue dal mondo giuridico carnale di Commons, di Perlman, di Romano.

Una riprova è la sua avventura intellettuale alla ricerca della 'autonomia collettiva'.

7. L'immediato secondo dopoguerra vede in Italia la prosecuzione e, nel tempo stesso, la trasformazione di quella sollecitudine per la dimensione collettiva, che, detestata e ignorata per tutta la civiltà borghese, era stata invece un tratto distintivo del regime fascista; solo che ora, nel nuovo clima della democrazia parlamentare, gettata alle ortiche la cappa di piombo del corporativismo, si comincia a percepire il 'collettivo' in maniera decisamente pluralistica.

E cominciano ad occuparsene a fondo anche i civilisti, che amano fungere da maieuti del nuovo corso giuslavoristico, anche se dovranno passare ancora degli anni prima che questa materia possa essere rivissuta con senso storico e apertura culturale dall'ingegno aguzzo di Pietro Rescigno. Fra i civilisti se ne occupa subito il maestro accademico di Rescigno, Francesco Santoro Passarelli, che aveva creduto, già nel 1945, di offrire alla ri-nascente disciplina con le sue "Nozioni di diritto del lavoro" un primo strumento didattico e una prima sistemazione scientifica, e che pubblica nel '49 una riflessione specifica sul tema delicato e incandescente della 'autonomia collettiva'.

Chiediamo a una successiva 'voce' enciclopedica dello stesso autore, necessariamente più sintetica e stringente, di chiarire lucidamente i termini del confronto fra un rappresentante autorevole della tradizione civilistica e questo tema dalla intensa storicità. L'autonomia collettiva, che è nulla più di autonomia privata collettiva, viene ben incasellata entro i canoni generali dell'autonomia privata; pertanto, "va intesa così, come la potestà di regolare i propri

interessi, derivante dalla legge e alla stessa subordinata”, con la eloquente immediata precisazione che “l’autonomia privata non può essere concepita come fonte, neppure derivata, di norme giuridiche”; “in realtà, la volontà, nell’atto di autonomia privata, è idonea a produrre effetti per il soggetto, solo perché un’altra volontà, la volontà sovrana che si esprime nell’ordinamento giuridico, a ciò l’autorizza” (36).

In questa sistemazione il risultato appariscente è di avere esteso i confini della autonomia privata fino a farvi ricomprendere il fenomeno della autonomia collettiva, ma non occorre molto acume nell’afferrare l’intendimento di permettere a ogni autonomia privata collettiva solo una sorta di vegetazione al di sotto — o, se si vuole, al di dentro — dello Stato e della normazione legislativa statale. Il civilista riaffermava, ancora una volta, imperturbabile al contatto con un tema/problema tanto provocatorio, il proprio convinto credo statalistico e legalistico.

Se ci siamo attardati sul messaggio di Santoro Passarelli, è per dare risalto a quello radicalmente innovativo di Gino Giugni. La sua prospettiva ordinamentale e pluri-ordinamentale arriva a risultati decisamente affrancatorii: innanzi tutto, perché amplia di parecchio il vecchio paesaggio civilistico, che reca al suo interno non più soltanto diritti soggettivi, rapporti, contratti, bensì anche ‘fenomeni organizzativi’; secondariamente, perché arriva a cogliere il sistema sindacale come uno spontaneo e crescente costruirsi “secondo tracce di originarietà normativa” (37). Di più: l’autonomia collettiva, in specie l’autonomia sindacale, appare “costruita come un sistema tendenzialmente autosufficiente, capace di produzione normativa, di amministrazione e anche di giurisdizione”, affermando la “originarietà normativa nel campo dei rapporti di lavoro” (38).

Grazie alla adozione della dottrina della pluralità degli ordinamenti giuridici, anche se accolta restrittivamente secondo una visione normativistica, Giugni perviene alla valorizzazione del movi-

(36) F. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 369.

(37) GIUGNI, *Il diritto del lavoro*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l’insegnamento di Santi Romano*, cit., p. 178.

(38) GIUGNI, *Introduzione a Lavoro, legge, contratti*, cit., p. 19.

mento sindacale non sulla base di avventurose e pertanto contestabili ideologie politiche, ma di approfondimenti di una analisi di schietta teoria del diritto, contestabile forse essa stessa ma, in quanto riposante su una diagnosi tecnico-giuridica, sottratta almeno alle virulenze e agli umori proprii della dialettica politica.

È il tentativo, che Giugni affronta nel volume del 1960 “Introduzione allo studio della autonomia collettiva”, del quale, malgrado alcune aporie, non si può non sottolineare il notevolissimo spessore culturale. Con quel volume la scienza italiana di diritto del lavoro volta decisamente pagina.

8. Se ciò avviene, è perché Giugni assegna al giurista — e, quindi, a se stesso — il ruolo attivo di interprete e non già quello passivo di esegeta. Interprete secondo l’alto significato del giurista del vecchio *ius commune* e di quello di *common law*, attentissimo ai segni dei tempi e al mutamento economico-sociale, consapevole dei nuovi bisogni affioranti e pertanto mediatore fra questi e consolidazioni normative decrepite o, comunque, incapaci di ordinare le nuove figure emergenti.

Il Nostro, che opera in una branca dell’ordine giuridico connotata da una intrinseca storicità, non manca mai di compiere quella preziosa verifica consistente nella immersione del vecchio e del nuovo nel crogiuolo di forze storiche ribollenti nell’esperienza. Siamo all’opposto di un giurista dogmatico costruttore di arditi pinnacoli gotici sopraelevati sulla spicciola realtà quotidiana. Le vesti, che egli ama indossare, sono quelle di un giurista storicista.

Tutto ciò è chiaramente scritto nelle premesse metodologiche al suo gran libro del 1960. Diàmogli la parola per avere ben chiaro il sentiero che lui stesso si traccia: il volume è all’insegna di “una più meditata considerazione, che apprezzi in debita misura i dati dell’esperienza effettuale”⁽³⁹⁾, ritenendosi “necessario volgere l’attenzione alla complessa fenomenologia emersa da quindici anni di attività contrattuale... viziata da mille insufficienze... ma nondimeno costitutiva di un valido patrimonio di esperienze di diritto vi-

(39) GIUGNI, *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, cit., p. 4.

vente” (40), avendo ben fissi davanti a sé “i vecchi e sempre validi motivi del diritto vivente” (41).

Giugni si riaggancia così espressamente a Commons, a Sinzheimer, a Messina (non lo scrittore di pagine dogmatiche, ma il collaboratore di Montemartini in seno all’Ufficio del lavoro) “quando intrapresero la scoperta del nuovo diritto spontaneo dei gruppi collettivi” (42). Ovviamente, si allarga a dismisura il nòvero delle fonti, con una operazione che farebbe rabbrivire un formalista. È, infatti, necessario “estendere la raccolta dei dati d’esperienza ai bollettini sindacali, agli uffici del personale delle grandi imprese dove vengono elaborate le linee per la elaborazione e l’interpretazione dei contratti, ai verbali delle trattative e soprattutto all’attività conciliativa delle commissioni interne” (43).

Viene a mente la proposta di Ascarelli, quando, per togliere al suo ‘diritto commerciale’ quella pàtina di vecchiume e di aridità che gli conferivano le fonti tradizionali, pretendeva che si considerasse fonte, fonte in senso formale, non soltanto il giudice e l’avvocato, personaggi che fanno di diritto, ma altresì il semplice uomo di affari.

Effettività, diritto vivente significano in chi li assume a suo arricchimento un vivace senso della storia e della storicità delle edificazioni giuridiche, carattere che si attaglia alla perfezione allo scienziato Giugni. Egli si tuffa volentieri nella — da lui conosciuta e studiata — storia sociale e giuridica dell’età pre-fascista, fra Ottocento e Novecento quando il ‘sublime’ edificio borghese comincia a scricchiolare.

Nel primo capitolo della ‘Introduzione’ del 1960 il Nostro sente l’esigenza di cominciare la sua avventura intellettuale con una diagnosi storico-giuridica di straordinaria competenza e lucidità su quell’animatissimo spartiacque, cronologicamente abbastanza remoto ma spiritualmente così vicino e incalzante. Si mette a fuoco la “complessa fenomenologia economico-istituzionale emersa agli albori del secolo” (44), agente però entro un paesaggio socio-giuridico

(40) *Ibidem*, p. 9.

(41) *Ibidem*, p. 24.

(42) *Ibidem*, p. 9.

(43) *Ibidem*, p. 10.

(44) *Ibidem*, pp. 24 e 25.

vario e contraddittorio: ancora resiste la pesante eredità giuridica borghese, e cioè la “distruzione dei corpi intermedi ed il livellamento dei rapporti privati nella formale eguaglianza dei soggetti contrattuali” nonché la “fine delle fonti normative non statuali e la totale liquidazione di gerarchie sovrane operanti fuori della organizzazione politica della comunità” (45), ma vi si accompagna la “vivace ripresa dell’attività istituzionale dei gruppi sociali” (46) e la “crisi di gran parte dei sistemi elaborati sulla scorta delle nozioni illuministico-statalistiche” (47).

Giugni, che non è né statalista né legalista, non versa lacrime su questa crisi e riconosce anzi in essa lo straordinario laboratorio dove prende un volto embrionale la pos-modernità. Egli, che, in una pagina vivacissima della ‘Introduzione’, accennando alle “tre parole del legislatore” (48), fa implicito riferimento alla conferenza di von Kirchmann demolitiva di un diritto ridotto a un insieme di leggi, apprezza le incrinature nelle muraglie ancora compatte del castello giuridico borghese, giacché in quelle incrinature, entro quei vuoti sempre più ampi, prende vita l’autonomia dei gruppi sociali prima conculcati e soprattutto delle coalizioni operaie.

E qui si innesta una grande lezione di Ascarelli, che diventa per Giugni una preziosa indicazione di metodo: il divenire storico-giuridico interpretato alla luce del negozio indiretto, di una sequela di tanti negozi indiretti che si ripetono e si superano in una continua vicenda.

Quando Ascarelli — fin dalla sua età giovanile, fin dal 1931 — parla di ‘negozio indiretto’, non si riferisce a una speciale categoria formale di negozi giuridici, sibbene a un atteggiamento generale che ogni ordinamento positivo conosce e sperimenta nella sua storia in vista di una sempre maggiore coerenza fra strutture vecchie ed esigenze funzionali nuove. Il negozio indiretto è cioè l’espressione più manifesta della ‘dinamica giuridica’, cioè di quel ‘diritto socialmente vigorante’ (la frase appartiene al linguaggio colorito del commercialista italiano) che, serpeggiando nello strato più riposto

(45) *Ibidem*, p. 26.

(46) *Ibidem*, p. 25.

(47) *Ibidem*, p. 26.

(48) *Ibidem*, p. 94.

dell'esperienza, ama nascondersi, dapprima, all'ombra delle forme consolidate pur affermando una sua sostanza economica virulenta ed efficace. Si ha infatti negozio indiretto, quando le parti ricorrono nel caso concreto ad un determinato negozio per raggiungere grazie a questo, coscientemente e consensualmente, scopi diversi da quelli tipici del negozio formalmente adottato. È il mondo della prassi che, di fronte alle lungaggini e alle sordità del legislatore, per tener dietro al flusso degli affari, ne registra le novità e, constatato il vuoto normativo del diritto ufficiale, preferisce inserirle negli involucri protettivi rappresentati da strutture tradizionali. Ascarelli insiste che siamo di fronte non ad una scelta isolata ma a una costante destinata a ripetersi senza fine: "i nuovi bisogni vengono soddisfatti, ma spesso con vecchi istituti... attraverso un vecchio istituto, che trascina con sé le sue forme e la sua disciplina, che offre alla nuova materia ancora incandescente una vecchia intelaiatura già nota e sicura" (49). Scelta opposta a quella di Santoro Passarelli, che, involupato nel suo rigido legalismo, affermando nelle pagine del suo breviario civilistico che "il negozio indiretto non costituisce una categoria giuridica" (50), tende a restringerne spazio e funzione, preoccupato del carattere ai suoi occhi dirompente di una sopravvalutazione dello strumento tecnico.

Questa impronta metodica ascarelliana dal taglio spiccatamente storicistico è presente in maniera nettissima già in un assai eloquente saggio del 1958. Credo che sia opportuno dare a Giugni distesamente la parola: "Certamente, per intuire il valore dei fenomeni di adattamento della pratica dei rapporti e della stessa giurisprudenza alle insufficienze della legislazione, è necessario che non si cerchi negli istituti i segni di un'armonia prestabilita e si accetti una visuale, per così dire, storicistica dei problemi. La storia del diritto, nei suoi punti di più intenso sviluppo evolutivo, è costellata di finzioni, di

(49) T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto* (1931), ora in *Saggi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949, e poi anche in *Studi in tema di contratti*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 5 (la citazione è da quest'ultimo). Non è senza significato notare che la sede originaria del saggio sul negozio indiretto furono gli 'Studi in onore di Cesare Vivante', il maestro cui Ascarelli deve la visione storicistica del diritto e il conseguente rifiuto a irrigidirlo in una corazzata legislativa.

(50) F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1981⁹

negozi indiretti, di strumenti creati dall'autonomia per ottenere ospitalità ad interessi ai quali in un primo tempo l'ordinamento aveva denegato la tutela. Le più recenti vicende del diritto del lavoro in Italia sono, in buona parte, riconducibili a fenomeni di siffatta natura, o quantomeno ad interpretazioni equitative e suppletive delle carenze della legislazione ad hoc" (51).

Due anni dopo, nelle pagine di impostazione generale al suo volume programmatico, riprende lo stesso atteggiamento storicistico e, citando espressamente una antesignana riflessione di Ascarelli del 1928 sul contratto collettivo di lavoro sempre presente alla coscienza scientifica di Giugni, imposta la storia recente del diritto del lavoro come perenne conflitto inter-ordinamentale tra lo Stato con le sue categorie cristallizzate e i gruppi nascenti con le loro invenzioni di diritto vivente: "nella multiformità storico-geografica delle esperienze sindacali è dato cogliere il costante segno di una continua tensione tra le 'categorie' del diritto statuale ed il 'diritto vivente' dei gruppi...una tensione che, se vogliamo, costituisce un particolare aspetto di quel tema perenne che è la crisi del diritto, costantemente presente nel contrasto tra strutture consolidate e strutture in formazione, o, *mutatis verbis*, nell'insuperabile contraddizione tra dommatica e storia" (52).

Si potrebbe notare che non tanto di crisi del diritto si tratta, bensì di crisi del diritto così come lo Stato moderno ha preteso di fissarlo e di inchiodarlo, ma il punto non ha interesse per il nostro discorso. Importa, invece, il salvante storicismo, cui la teoria romana consente piena cittadinanza entro un paesaggio giuridico ormai avvertito in tutta la sua complessità, un paesaggio percorso da una intensa dinamica storico-giuridica. E il conclamato normativismo si sfuma di parecchio in un processo storico signoreggiato ascarellianamente dal *law in action*.

(51) G. GIUGNI, *I limiti legali dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Rivista di diritto del lavoro*, X (1958), p. 23.

(52) *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, cit., p. 15.

ALBERTO TRABUCCHI CIVILISTA EUROPEO

1. Alberto Trabucchi, un giurista storicista. — 2. La formazione di un giurista storicista. — 3. Il giovane Trabucchi nella crisi del positivismo giuridico. — 4. Anno 1957: una riflessione su *individuo* e *persona*. — 5. “Il nuovo diritto onorario”. — 6. Trabucchi e il ‘nuovo diritto’ europeo. — 7. 1975. Una sosta riflessiva sul principio di legalità. — 8. Trabucchi civilista europeo. — 9. Trabucchi: un civilista dallo sguardo lungimirante.

1. Sono grato all’amico Giorgio Cian e ai familiari di Alberto Trabucchi per avermi consentito questa presenza oggi a Illasi, che mi permette di suggellare una consuetudine con Lui risalente esattamente a cinquanta anni addietro. Il nostro primo incontro avvenne, infatti, nel 1957, a Roma, nel corso di un memorabile Congresso della Unione dei Giuristi Cattolici, dove ascoltai ammirato quella sua densa Relazione cui ci riferiremo tra breve ⁽¹⁾ e dove — capitato per un gioco provvvido della sorte accanto a lui durante la cena sociale — potei iniziare un colloquio che solo la sua scomparsa ha troncato.

Il titolo del mio intervento, dovuto non a me ma agli organizzatori, è azzeccatissimo, perché coglie nella dimensione europea la cifra più tipizzante dello scienziato Trabucchi, dove ‘dimensione europea’ significa un diritto che scienza e prassi costruiscono con una grande libertà di azione intellettuale nel solco di una tradizione, straordinariamente ampia temporalmente e spazialmente, che rifiuta come inidonee le pesanti ipoteche accese dalla rivoluzione francese e dalle codificazioni sul diritto privato degli Stati europei continentali.

Al centro del paesaggio aperto di una nascente e progrediente esperienza giuridica europea nel secondo dopoguerra, Alberto Trabucchi si pone quale protagonista, senza misoneismi o dogmatismi, bensì con la propensione più sincera e più decisa a seguire e a

⁽¹⁾ Cfr. più avanti, a p. 719.

ordinare senza costrizioni il movimento della vita socio-economica, con la più attenta percezione dei segni dei tempi e dei bisogni emergenti.

Un simile atteggiamento del Nostro era stato ben individuato già nel 1988 da Cian e da Pescara quando, raccogliendo gli scritti del Maestro, avevano voluto intitolare la ricchissima raccolta “Cinquant’anni nell’esperienza giuridica” (2). Gli allievi devoti, dopo tanti anni di familiarità con Lui e ripercorrendo il suo itinerario scientifico, lo sorprendevo non nel chiuso del suo studio a disegnare mirabili geometrie astratte ma nel vivo dell’esperienza. La collocazione è puntualissima, ed è emersa limpida alla mia attenzione mentre ripercorrevi — per la preparazione di questo intervento — il cammino trabucchiano di ricerca e di edificazione. Si tratta di un personaggio immerso nella esperienza, entro la quale si sente perfettamente a proprio agio seguendo senza ritrosie ma anzi con piena disponibilità e con occhi vigili il movimento perenne del magma sociale che il diritto è chiamato a ordinare.

Se si dovesse indicare il principio primo cui Trabucchi si ispira e che costituisce la dignità prima del suo metodo di giurista, non avrei esitazione nel sottolineare la intima storicità del diritto, la sua essenziale plasticità, anche se spesso, immedesimandosi in un comando autorevole, viene costretto e deformato nella immobilità di un testo cartaceo, talvolta addirittura pensato come eterno ed immutabile. Per il Nostro — e lo vedremo, e cercheremo di documentarlo — il rischio più pesante per il diritto è proprio quello di essere incapace a seguire la mobilità sociale e, quindi, di essere incapace a ordinarla adeguatamente. Ordine è parola (e concetto) frequentissimamente ripetuta nelle pagine trabucchiane, e assurge quasi a simbolo, straordinariamente espressiva qual è del suo orientamento di pensiero, giacché ‘ordine’, lungi dall’essere violenza sulla realtà, è piuttosto rispetto della complessità di questa, che tenta di organizzare e pertanto di salvaguardare nella sua naturale pluralità e diversità.

Un’ultima notazione preliminare mi sembra doverosa, e concerne la coerenza con cui si avvia, procede e si sviluppa l’itinerario

(2) A. TRABUCCHI, *Cinquant’anni nell’esperienza giuridica — Scritti*, a cura di G. Cian e R. Pescara, Padova, Cedam, 1988.

di ricerca del Maestro patavino, disponibile ad arricchirsi sempre, a fornirsi di quelle integrazioni che la storia continuamente impone, ma saldissimo nella affermazione della sua scelta metodologica fondamentale.

2. La prima testimonianza compiuta di questa scelta la si ha già in una ampia monografia, dalla forte valenza costruttiva, redatta da un giurista appena trentenne. Ci riferiamo al volume su “Il dolo nella teoria dei vizi del volere”, che appare nel 1937 e che bene ha fatto l’Università di Camerino a ristampare recentemente (meglio avrebbe fatto, se vi avesse unito una pagina di rivisitazione da parte di un odierno civilista italiano) ⁽³⁾. Vi si dimostra la provvedutezza tecnica di un civilista nel pieno possesso dei suoi strumenti conoscitivi, ma anche un voluto e tenacemente perseguito respiro teoretico.

Conscio di indagare un nodo centrale di tutto l’edificio privatistico, Trabucchi non si limita a inserire la teoria del dolo nella più generale dottrina dei vizi del volere (il che sarebbe scontato per ogni buon civilista), ma risale alle architetture del sistema e ai principii che lo fondano. E cominciano ad essere ripetute due parole/concetti che — accanto a *ordine* — assurgono a un significato emblematico in tutta l’opera del Nostro: *principii*, *sistema*. Parole e concetti polisemici, pertanto equivoci, che possono essere banalizzati nelle mani di un giurista malaccorto, ma certamente non nel Maestro patavino; cerchiamo, pertanto, di dare loro un contenuto culturalmente più precisato.

Dopo la mia rilettura globale, posso affermare — a ragion veduta — che nella ‘Introduzione’ al libro del 1937 ci sono già in *in nuce* i tratti basilari di tutto il futuro itinerario. Il punto di avvio è la constatata e lamentata “mancanza di una chiara visione teoretica e sistematica dell’argomento” ⁽⁴⁾, precisando però subito accuratamente che cosa si intenda con questo vuoto: è mancata l’assunzione

⁽³⁾ A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, Cedam, 1937 (rist., Centro Stampa Università di Camerino, 1978).

⁽⁴⁾ *Il dolo*, cit., Introduzione, p. 1.

di quel ruolo attivo, costruttivo, creativo che è tipico della scienza giuridica.

Credo che sia bene dargli la parola, affinché il lettore non creda a una mia lettura forzosa e deformante: si sottolinea “l’importanza del compito della dottrina, perché solo la scienza del diritto è chiamata a determinare la vera portata del diritto oggettivo, studiando alla luce dei principi giuridici le norme di legge e le esigenze della vita alla quale si debbono applicare” ⁽⁵⁾, sottolineando più marcatamente che “anche le esigenze della vita debbono essere tenute in conto dall’interprete; e ripeto qui che l’applicazione del diritto *non potrà mai eguagliarsi ad una esercitazione di logica formale*” ⁽⁶⁾.

Il corsivo è mio e vuole offrire al lettore un primo prezioso elemento di identificazione. Il giovane Trabucchi sembra raccogliere qui le cifre più incisive dei suoi due Maestri patavini, Francesco Carnelutti e Adolfo Ravà.

Con Carnelutti si laurea nella Università di Padova e, più che il presuntuoso monologo a vuoto della ‘Teoria generale del diritto’, appare tener presente i coraggiosi apporti di costruzione *extra legem* sui temi degli infortunii sul lavoro, della circolazione giuridica, della dimensione collettiva nel diritto privato ⁽⁷⁾.

A Ravà, filosofo del diritto ma anche civilista provetto, di cui sarà anche assistente, si sente più vicino proprio per quella congiunzione tra riflessione filosofica e sapere tecnico che egli veniva a impersonare, né è senza significato che il volume sul dolo sia chiamato a inaugurare la collana di ‘Studi sulle teorie generali del diritto privato’ promossa e diretta dallo stesso Ravà. Il messaggio teoretico di questo era complesso e non poteva non incidere sul giovane civilista alla ricerca di se stesso. Collocabile sicuramente nell’ambito del neo-kantismo, Ravà vi si tagliava per una spiccata originalità: il diritto è per lui norma tecnica, che attinge però in un mondo di valori, concezione che porta lui — certamente non

⁽⁵⁾ *Loc. ult. cit.*.

⁽⁶⁾ *Il dolo*, cit., p. 3.

⁽⁷⁾ Su questo Carnelutti costruttore si veda quanto abbiamo creduto di poter scrivere in: *Scienza giuridica italiana — Un profilo storico 1860/1950*, Milano, Giuffrè, 2000.

giusnaturalista — ad essere uno dei non molti filosofi italiani del diritto che prendono sul serio, nella prima metà del Novecento, l'idea del diritto naturale.

È da questi insegnamenti che deriva a Trabucchi la sua immagine di giurista: non un puro loico, non un disegnatore di geometrie astratte, bensì un personaggio che deve navigare con due bussole orientatrici e salvanti, già perfettamente presenti nella 'Introduzione' del 1937: i principii giuridici e le esigenze della vita sociale. Insomma, un giurista che, lungi dall'esser sordo al mutamento, lungi dal disegnare linee purissime, intende essere cosciente del divenire continuo ponendosi mediatore fra la norma necessariamente sempre vecchia e le novità dell'esperienza. Dalla voce di Trabucchi uscirà costantemente la condanna di una scienza ridotta a esegesi, ossia a pseudo-scienza, uscirà l'elogio di una scienza costruttrice e creatrice.

Trabucchi gius-liberista? È vero esattamente il contrario. Infatti, allo stesso modo di come esorcizza la figura negativa di un giurista incatenato alla norma scritta, egli condanna ogni soggettivismo esasperato, ogni arbitrio dell'interprete che verrebbe a snaturare precisamente il carattere della sua attività intellettuale, che deve essere e restare interpretazione collegata necessariamente alla oggettività della norma. Solo che la norma, distaccatasi dalla testa e dalla volontà del legislatore, vive nel tempo ed è chiamata a ordinare quei fatti novissimi che il legislatore non poté inserire nella sua previsione (8).

Modelli ricorrenti saranno per il Maestro patavino il giurista romano e medievale, o quello di *common law*, che non sono venuti meno alla loro funzione di interpreti ma che hanno sempre cercato di corrispondere alle esigenze ordinarie che la società non richiede al legislatore lontano dalla esperienza ma al maestro, al giudice, al notaio, all'avvocato presenti nell'esperienza e in essa viventi.

3. Il 1937 è un anno quasi di spartiacque.

È in elaborazione in Italia la nuova codificazione privatistica, che sembra ancora dirigersi verso il risultato tradizionale di due Codici separati ma che, all'ultimo momento, procederà verso la redazione di un Codice unitario, codificazione — comunque —

(8) *Il dolo*, cit., p. 4.

profondamente innovativa rispetto ai primi Codici del Regno, che erano specchio fedele di una civiltà giuridica borghese e fortemente impressionati dall'incombente modello napoleonico.

Il castello di certezze del diritto borghese vede incrinare quelle mura che sembravano edificate per l'eternità. L'esperienza corporativa in Italia, portata avanti stancamente dal regime autoritario che in essa non poteva riconoscersi interamente, era diventata, soprattutto nella riflessione dei giuristi meno intruppati, una occasione di profonde revisioni, talora anche di anticipazioni di quel nuovo che scoppierà dopo il 1943; lo stesso Maestro accademico, Carnelutti, non aveva mancato di parteciparvi arrivando a risultati teorici di non poco rilievo.

Di lì a poco, la catastrofe bellica, il crollo del regime fascista, l'inizio di una democrazia parlamentare.

Sono anni ribollenti, anni di transizione; in quanto tali, anni di incertezze e, per le creature più fragili, anni di sgomento e di disperazione. Non per Trabucchi. Egli vive appieno il movimento e il mutamento, e ne è traccia proprio nella introduzione al volume sul dolo. Colse nel segno l'allievo che intitolò la sua premessa alla raccolta dell'88 "Un civilista nella crisi del positivismo" ⁽⁹⁾. Contemplando la crisi, avvertendola bruciante sulla propria pelle, il Nostro ne trasse occasione per armare ancor di più il giurista, per renderlo protagonista dell'ordinamento in marcia, in un tempo quando legge e legalità stavano perdendo il loro mordente e quando si rendeva necessaria una supplenza. La crisi irrobustiva il giurista, fosse esso teorico o pratico, perché la sua era la presenza più affidante nel mare in tempesta, soprattutto se quel giurista lo si fosse sottratto alla impotenza dell'esegesi, lo si fosse reso contemplatore attento dei fatti, lo si fosse fornito dell'arma appuntita dei 'principii'. Ma ancora non si è ben precisato collocazione e contenuto di questi, ed urge di farlo quanto prima.

4. Passata la grande burrasca, negli anni post-bellici così gremiti di speranze, i presentimenti già percepibili nella introduzione al volume del'37 divengono più espliciti, più definiti.

⁽⁹⁾ L'allievo è Giorgio Cian. Cfr. *Cinquant'anni nell'esperienza giuridica*, cit., p. XVII.

La maturità della riflessione trabucchiana ha la sua aperta manifestazione, quando al Nostro è affidata dalla Presidenza della Unione Giuristi Cattolici Italiani una delle tre Relazioni generali in seno al Convegno nazionale di studio dedicato nel 1957 a un tema grosso, difficile, reso scottante dai dibattiti della Assemblea Costituente, dalla redazione della carta costituzionale, dai dibattiti dottrinali sulla Carta, il tema del rapporto fra persona, società intermedie e Stato. Mentre al giovanissimo Pietro Rescigno venne dato l'incarico di trattare delle società intermedie in grazia delle sue antesignane analisi privatistiche su Partiti e Sindacati, e di parlare dello Stato al costituzionalista (e già costituente) Costantino Mortati, portatore di una visione critica dello statalismo post-illuministico, Alberto Trabucchi tenne la sua Relazione sulla persona.

Chi vi parla, come ho già accennato, fu tra gli ascoltatori, e resta ancora nella sua memoria un sentimento di soddisfazione intellettuale per l'alto grado di problematicità cui si atteggiarono sia le Relazioni, sia l'acceso dibattito. Il discorso trabucchiano fu nettamente improntato a questa problematicità snodandosi nella dimensione complessa della diagnosi impietosa e della proposta coraggiosa.

Il Relatore, confermando il suo consueto occhiale storicistico, non si nasconde dietro artificiose e dannose foglie di fico, e parte dalla contemplazione di un grande processo erosivo, che le immani vicende degli anni precedenti avevano messo a nudo ma che investiva intensamente il presente e il futuro di quel secondo dopoguerra europeo così proiettato in avanti: "le tragedie di una storia vissuta e le esperienze anche di oggi hanno largamente mostrato pure a noi, che fummo educati a una fede cieca ed esclusiva nel diritto positivo, la necessità di agganciare l'affermazione del diritto della persona e le esigenze di libertà ad un fondamento che sia più solido delle variabili tendenze di un legislatore" ⁽¹⁰⁾.

Ecco, finalmente, una prima fondamentale precisazione sullo spazio e sul livello dei 'principii'. Sulla scorta di Maritain ⁽¹¹⁾ egli non ha esitazione nel proiettarli a uno strato superiore al diritto

⁽¹⁰⁾ A. TRABUCCHI, *Libertà della persona* (1957), ora in *Cinquant'anni nella esperienza giuridica*, cit., p. 5.

⁽¹¹⁾ *La libertà della persona*, cit., p. 6.

positivo, quasi per affrancarli dalle miserie e anche dalle aberrazioni di cui le recenti concretizzazioni storiche della figura del legislatore si erano sciaguratamente intrise. Quelle miserie e quelle aberrazioni avevano strappato dal vólto del mitizzatissimo Zeus legislativo la maschera benefica e benevola immobilizzata in un perenne atteggiamento suadente, e avevano indicato i rischi enormi di un affidamento indiscusso e illimitato.

Il legislatore novecentesco aveva mostrato di non essere il lettore sereno e spassionato della natura delle cose a cui il favoliere illuministico ci aveva abituati. Ora, la ricerca del giurista provveduto non poteva che guardare al di là e al di sopra per trovare fondazioni più solide, quelle fondazioni di cui la *tabula rasa* del disastro bellico reclamava una presenza immediata, rocce e pietre su cui costruire qualcosa che valesse quale cominciamento del futuro edificio. In questo, Trabucchi non rivelava soltanto le sue indubbie, mai smentite, matrici cattoliche, ma era speculare a esigenze che in Italia e in Germania investivano ormai, con un moto diffuso, scienza giuridica e giurisprudenza pratica ⁽¹²⁾.

E il Relatore tiene a precisare che non si tratta del “ritorno ad un vieto giusnaturalismo” ⁽¹³⁾, bensì della individuazione di quelle basi stabili richieste da un crinale storico ancora minacciato da un clima irrequieto, basi da fissare in corrispondenza alle forze storiche circolanti e ai valori largamente condivisi. Non rigurgiti né di un ottuso tomismo né di un altrettanto ottuso illuminismo, bensì un breviario di valori così come erano emersi dalla catastrofe consolidandosi nei ‘principii fondamentali’ della carta costituzionale italiana del ’47, frutto della acutezza e serenità di sguardo di uomini dalla diversa ideologia.

L’esigenza di fondazioni nuove investe in pieno anche il tema specifico della Relazione, nella consapevolezza dei segni e delle

⁽¹²⁾ Sulla posizione della scienza giuridica e della giurisprudenza pratica nella Germania del secondo dopo-guerra, una lettura assai istruttiva è quella di G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale — Note sulla punizione dei ‘delitti di Stato’ nella Germania post-nazista e nella Germania post-comunista*, Milano, Giuffrè, 2001, un volume che offre molto più di quanto il titolo non segnali e dove c’è una vasta esemplificazione sui numerosi rinvii che i giudici tedeschi fanno al diritto naturale negli anni immediatamente successivi al 1945.

⁽¹³⁾ *Libertà della persona*, cit., p. 6.

richieste dei tempi. Trabucchi non ha esitazione nel lasciarsi alle spalle l'individualismo di stampo borghese; per lui, in entusiastica adesione con la proposta religiosa antropologica sociologica contenuta nello 'Humanisme intégral' di Maritain, il soggetto portante della nuova società — che politici, intellettuali, uomini di buona volontà sono chiamati a costruire al di sopra delle vecchie rovine — è la *persona* e non l'*individuo*; non quest'ultimo — entità insulare pensata e strutturata nella sua insularità, pertanto sostanzialmente a-sociale —, ma la persona, entità relazionale al centro di un tessuto di diritti e di doveri, proiettata al suo esterno dalle situazioni di dovere e da queste strettamente collegata all'altro, agli altri, ed entità pertanto autenticamente sociale, vocazionalmente sociale.

Il paesaggio socio-religioso — che è sociale, ma che trova i suoi impulsi primi in un nuovo lievito religioso presagente il prossimo Concilio Vaticano Secondo — si fa più ampio e complesso. Il cristiano deve riconoscere “accanto al valore della persona come entità morale isolata, quello della società delle persone legate da reciproci obblighi” (14); e il cattolico Trabucchi, che parla a un pubblico di giuristi cattolici, ricorda la centralità de “le idee della caritas e del corpo mistico che unisce i fedeli” (15), quasi a rammentare a giuristi ancora plagiati dalla propaganda illuministica e, quindi, ancora adagiati in un comodo ma ormai inaccettabile individualismo, che l'antropologia religiosa cattolica è intimamente comunitaria e che la comunità — la Chiesa — è il primario strumento salvante, anche se non si può negare al fedele solitario una più difficile strada solitaria verso la salvezza.

Nel corpo mistico sono intollerabili posizioni egoistiche, come è intollerabile che la mia libertà sia pensata e risolta prescindendo dalla libertà delle altre membra del corpo; e accanto alla dimensione della *libertà* enfatizzata ed esasperata dall'individualismo borghese si affianca una dimensione di *giustizia*, l'unica congiunzione che possa garantire a ciascuno una libertà autentica, giacché “i presupposti di giustizia sono alla base di un'effettiva libertà” (16); e cita più volte Schleiermacher in un testo che mette in confronto e in frizione *la*

(14) *Libertà della persona*, cit., p. 6.

(15) *Libertà della persona*, cit., p. 7.

(16) *Libertà della persona*, cit., p. 7.

mia libertà con *le* libertà. È in questo confronto — necessario, ineludibile — il segno della comunità, che sopravanza i singoli senza soffocarli, che ne favorisce l'*autonomia* non tollerandone la *indipendenza* (17).

5. Due anni dopo, Alberto Trabucchi scrive “Il nuovo diritto onorario”, un testo di grosso rilievo nell’itinerario culturale del Maestro patavino, un testo che vuol provocare e sicuramente ha provocato il giurista italiano dei tardi anni Cinquanta, un testo assai netto nella sua diagnosi e nella sua proposta, dove il messaggio latente nella ‘Introduzione’ del 1937 si compie perfettamente (18). Dunque, non una svolta, ma una tappa finale, quasi un momento di raccoglimento del civilista, un momento di acuita criticità nascente da una osservazione spassionata del proprio tempo.

Lo svolgimento è tutto imperniato sulla verità elementare della intima storicità del diritto, una verità che diventa ricchezza del giurista, sua capacità di afferrare la tensione dinamica che è sottesa all’ordine giuridico di sempre ma che è particolarmente intensa in un momento di grave transizione quale quello del secondo dopoguerra. Credo che si sorprenda la essenziale valenza culturale del saggio, se lo si identifica nel tentativo di percepire il senso di una linea storica così coinvolgente per il diritto e per il giurista, soprattutto per il civilista fino a ieri superbo delle sue certezze e purezze, reso sicuro da una codificazione insofferente all’usura del tempo.

Trabucchi sente, invece, nel’59, di vivere in una terra di confine, rischiosa e fertile al tempo stesso. Alle sue spalle stanno le vecchie certezze: la statualità del diritto, il vincolo necessario fra Stato e produzione giuridica, con una *riduzione* dell’esperienza giuridica, che diventava però stabilità e sicurezza grazie alle sanzioni e coazioni che l’apparato statale non mancava di fornire con abbondanza al diritto da esso prodotto; principio di rigidissima legalità, con la *riduzione* del diritto a un complesso di norme volute dal supremo potere politico, con la separazione drastica fra diritto e fatti, fra il giuridicamente rilevante e l’irrilevante.

(17) *Libertà della persona*, cit., soprattutto pp. 9 e 11.

(18) *Il nuovo diritto onorario* (1959), ora in *Cinquant’anni nell’esperienza giuridica*, cit..

Al giurista era affidato il compito smilzo ma tranquillo dell'esegesi e, se fosse dotato di una forte capacità razionale, gli era concesso di elevare sul testo della legge il castello di carte di elaboratissimi pinnacoli dommatici. Trabucchi, senza reticenze, fa due nomi, perché gli preme di rafforzare il proprio discorso con una esemplificazione: il tardo esegeta François Laurent e Nicola Coviello senior, il quale, nella 'parte generale' del suo 'Manuale', l'unica pubblicata, aveva dato prova di sottili costruzioni dommatiche; ed è impietosa la sua chiosa: "due dei più largamente noti classici rappresentanti dell'illusione che ha dominato per più di un secolo tutto il campo del diritto civile" (19). Più sommessamente v'è un accenno critico anche a Santoro Passarelli, che, con le sue 'Dottrine generali del diritto civile', si era cimentato, incurante dei trapassi in atto, nell'edificazione di una dottrina pura, pura perché fondata sulla norma e non sulla carnalità impura dei fatti (20).

Illusione: il sostantivo scelto è straordinariamente e volutamente icastico. È come se dagli occhi del civilista fosse infine caduto quel velame che gli impediva di cogliere il paesaggio giuridico nelle sue reali proporzioni. Il rinnovamento, di cui il Maestro patavino ha ormai preso lucida coscienza, è innanzi tutto epistemologico. Tolto di mezzo il velame deformante, si può e si deve inforcare degli occhiali che mettano adeguatamente a fuoco; il rinnovamento sta tutto qui, sta nelle nuove lenti capaci di porre da parte il riduzionismo legalista e formalista imperante assolutisticamente da due secoli e di ridare al giurista tutto lo spessore della complessità.

L'occhiale rivelatore è quell'atteggiamento storicistico, che abbiamo constatato quale nucleo portante di queste pagine trabucchiane. Lasciamogli la parola: "nell'odierna fase della civiltà si deve pensare all'esistenza di principi generalissimi di diritto, che hanno valore anche al di fuori di un sia pure indiretto riconoscimento della

(19) *Il nuovo diritto onorario*, cit., p. 31.

(20) Ecco il riferimento a Santoro Passarelli: "uno dei nostri più chiari giuristi, il quale, pure nell'originalità del pensiero, rimane certamente nella linea classica della tradizione civilistica" (*Il nuovo diritto onorario*, cit., p. 35). Era, infatti, da poco, dal 1954, che Santoro Passarelli aveva intitolato 'Dottrine generali del diritto civile' le sue 'Istituzioni di diritto civile' apparse in prima edizione nel 1944, marcando così la valenza di sapere formale del 'manuale' didattico.

volontà dello Stato: sono quelli, ad esempio, che vengono applicati, con efficacia pur diretta per il nostro paese e per le nostre imprese, nelle decisioni della Corte delle Comunità europee” (21).

Il nuovo diritto e il nuovo civilista dovranno soprattutto fare i conti con i principii, principii che Trabucchi qualifica come generalissimi e che vede agenti e fiorenti ben al di là degli Stati e del loro — “sia pure indiretto” — riconoscimento. Precisazione opportuna per evitare l’equivoco di identificarli nei modesti principii endostatuali di cui parla restrittivamente l’articolo 12 delle ‘Disposizioni preliminari’ al novello Codice del 1942. Per una esemplificazione calzante, il Nostro attinge in una realtà novissima, che appena comincia a delinarsi per una parte soltanto dell’Europa continentale, il diritto europeo, che ha al centro quale suo prevalente motore giuridico un supremo organo giudiziario, che gode però della affrancazione dalle catene imposte a ogni giudice dalla tradizione post-illuministica e post-rivoluzionaria.

Non so se sia la prima volta di un aggancio teorico così preciso da parte di Trabucchi all’opera della Corte; è certo, comunque, che egli, senza essere ancora rivestito di quelle funzioni istituzionali presso la Corte di Giustizia che lo impegneranno per un quindicennio, avverte nel mare libero della nascente Europa giuridica quelle correnti ideali e tecniche che possono vivificare le acque stagnanti dei vari ordinamenti statuali sul continente.

L’atteggiamento storicistico, che rende il civilista patavino attentissimo ai segni, alle domande, alle urgenze del proprio tempo e che rende possibile una osservazione diagnostica lucida e innovatrice, lo porta a manifestare limpidamente l’intendimento più riposto delle proprie pagine: “indurre il giurista moderno a rivedere alcune concezioni correnti circa la stessa fondamentale dottrina sulle fonti” (22).

Trabucchi sa di introdursi nel sacrario più geloso del diritto borghese e sa benissimo che la sua operazione di svecchiamento e di disincrostazione di antiche scorie ormai inaccettabili avrà per molti, per tutta la folta maggioranza silenziosa, l’aspetto di una dissacrazione e anche di una sacrilega profanazione, ma sa anche che questa

(21) *Il nuovo diritto onorario*, cit., p. 32.

(22) *Il nuovo diritto onorario*, cit., p. 31.

rinnovazione urge. E urge per il giurista, per il civilista, l'acquisizione di una consapevolezza tutta nuova del proprio ruolo: fino ad oggi, 1959, chino sul testo della legge con nelle proprie mani il solo sussidio di strumenti logici, esegeta e non interprete, inesorabilmente collocato fuori di quel processo formativo della regola giuridica che si chiude improrogabilmente con la promulgazione; d'ora in avanti, soggetto attivo, depositario nel nuovo paesaggio pluralistico di un ruolo primario, interprete e, in quanto interprete, coinvolto nella grande avventura della continua formazione e trasformazione dell'ordinamento.

Il sipario finalmente strappato del legalismo/formalismo fa affiorare prepotente una linea orientatrice che la modernità giuridica aveva represso: "la società civile, che ha ottenuto la certezza del diritto, aspira a una maggiore giustizia". Infatti "il sistema giuridico moderno sta accogliendo l'aspirazione del mondo nella tendenza a volere più giustizia che legalità" (23).

L'insoddisfazione per il riduzionismo illuministico, che traspariva nel discorso di due anni prima ai Giuristi Cattolici, diventa ora proposta: la tappa storica delle garanzie formali, autentica conquista della civiltà giuridica occidentale, appartiene al passato e attende ora di essere integrata e conclusa con acquisizioni più sostanziali. La certezza, cui mirarono gli intellettuali settecenteschi e che trovò nel processo codificatorio la sua altissima definizione e consolidazione, è una prima conquista ma certamente non l'ultima. Il torto della civiltà borghese è di averla trasformata in un vertice supremo di progresso, cedendo a una abile strategia che, esaltando le acquisizioni formali, consentiva di lasciare intatto un tessuto di iniquità sostanziali. Ma Trabucchi conclama sonoramente che la certezza non basta, non appaga più un mondo post-bellico assetato di giustizia, di giustizia sociale.

È una visione sostanzialistica dell'ordine giuridico che tende a sostituirsi (o almeno a fornire forti integrazioni) al paesaggio di Codici, di norme certe chiare rigide, di categorie generali fissate e anche immobilizzate in testi autorevoli. E nel suo discorso novatore si plaude da Trabucchi alle clausole generali, autentici organi respi-

(23) *Il nuovo diritto onorario*, cit., pp. 36 e 39.

ratorii dei castelli murati dei Codici, e si rivaluta addirittura la funzione integratrice dell'equità, conclusione ereticale per la ortodossia borghese che aveva avuto in proposito una assoluta ripugnanza ritenendola — non a torto — uno strumento dirompente ed eversivo per l'edificio legale e formale. Trabucchi respinge la concezione carneluttiana che la relegava all'interno dell'ordine morale, ne rivendica la intrinseca giuridicità, considerandola anzi come quella forza interna all'ordine giuridico, la quale, dando rilevanza al particolare e al concreto sul generale e sull'astratto, determina l'avvicinamento al difficile traguardo di un diritto giusto (24).

A questo punto, il lettore può ritenersi legittimato a porsi una domanda che abbiamo noi stessi più sopra formulato: Trabucchi gius-liberista? Pur dopo la analisi da noi fatta del saggio del '59, riteniamo che si debba insistere su una risposta negativa. Si tratta, al contrario, di un Trabucchi pluralista, che ha in uggia un monismo giuridico misonista e inadeguato, che vuol tirare fuori il diritto dalle secche del pan-statalismo e del pan-legalismo facendogli recuperare la sua immagine veritiera di specchio della società e della sua complessità.

L'osservazione attenta e vigile dei bisogni del proprio tempo lo portava a scrollarsi di dosso il mantello esiliante di una dommatica a-storica — o, per usare una sua gustosa ironica asserzione, “le eleganze connesse con i problemi dell'*insula in flumine nata* (25)— per indossare le vesti scomode ma utili dell'ordinatore di un mondo in trasformazione.

6. Nella vita pubblica di Alberto Trabucchi il 1961 è anno che ha un peso particolare a causa di una circostanza che incide profondamente sulla tranquilla esistenza dello scienziato e del professore. Ci riferiamo al suo inserimento in seno al supremo organo giudiziario europeo, dapprima — fino al 1972 — come giudice, e poi dal 1972 al 1976 come avvocato generale. Poteva essere una nomina prestigiosa, e nulla più. Per Trabucchi fu, invece, come l'ingresso in uno straordinario laboratorio sperimentale dove il civilista storicista attento alla linea storica e al suo senso poteva verificare, nel clima

(24) *Il nuovo diritto onorario*, cit., p. 38.

(25) *Il nuovo diritto onorario*, cit., p. 23.

aperto di un diritto europeo in formazione, presentimenti intuizioni percezioni che avevano trovato una sorta di manifesto programmatico nel saggio su “Il nuovo diritto onorario”.

Vi fu, in sede europea, chi vide di malocchio quel trapianto dalla paludatissima Università di Padova, soprattutto considerando che un professore di diritto civile, avvezzo alle certezze immobili di un Codice, non poteva che essere sordo alle istanze ribollenti a Bruxelles, al Lussemburgo, a Strasburgo, ponendosi quale corpo estraneo in un collegio dove c’era invece tanto bisogno di sensibilità e di disponibilità (26). Mai valutazione e pronostico furono tanto erronei. Il Nostro non si trovò soltanto a suo agio immediatamente, ma colse subito l’occasione per applicare il suo innovativo ideario in un terreno fertile e soprattutto immune da un inchiodamento legislativo; subito si rimboccò — per così dire — le maniche fino alle ascelle, si lasciò ben volentieri coinvolgere nel processo formativo del nuovo ordine giuridico europeo e si fece costruttore.

Era un ordine, questo, dove, a livello di scelte fondamentali si stavano nettamente profilando due caratteri che risaltavano rispetto alle chiusure degli Stati europei continentali: appariva quale terreno di osmosi con il mondo di *common law*, con un processo destinato ad accentuarsi dopo l’ingresso del Regno Unito nel gennaio del 1971; vi dominava una visione non rigida, non così dommaticamente assillante, del principio di divisione dei poteri com’era invece in Italia dove il principio costituiva l’indiscutibile nucleo discriminante della immagine ortodossa dello Stato di diritto.

In grazia di questi atteggiamenti caratterizzanti, nell’Europa giuridica il giurista/interprete era venuto occupando uno spazio sempre più rilevante realizzando quasi quella nuova figura che Trabucchi aveva disegnato, con coraggio e consapevolezza, nel saggio su “Il nuovo diritto onorario”. Non dimentichiamo la inequivocabile frase con cui questo si chiude: “il suo compito [cioè del giureconsulto]... assume un contenuto di valutazione personale, che

(26) Ne dà notizia Paolo Gori nel suo ricordo di Alberto Trabucchi in occasione dell’incontro organizzato dall’Ateneo patavino il 20 aprile 1999 nel primo anniversario della morte. Ignoro se l’intervento di Gori sia stato pubblicato; lo riferisce G. PERINI, *Alberto Trabucchi giurista europeo* — Tesi dottorale — Dottorato di ricerca in Filosofia del diritto, ciclo XIII, Università di Padova, coordinatore F. Gentile, p. 57.

si avvicina di molto a quel potere creativo che era proprio dell'antica giurisprudenza onoraria" (27).

Nel '59, ancora ben incardinato nella sua cattedra patavina, il Nostro aveva ritenuto di dover rompere senza rimpianti una tradizione giuridica bisecolare calata nel sacrario più geloso del civilista continentale, ed aveva corso il rischio di elevare una voce stonata, probabilmente scandalosa per il gregge opaco di benpensanti a causa dell'alto grado di ereticità. Ora, immerso dal 1961 in un paesaggio giuridico dai tratti fondamentalmente nuovi, constatata con soddisfazione che il nuovo è in perfetta consonanza con il suo messaggio ereticale, constatata che in Europa i suoi presagii vanno prendendo una forma compiuta e, sorprendendo ogni diffidente collega, comincia alacramente a dar mano alla costruzione.

Di questo parlerà Paolo Gori. A noi interessa, invece, centrare la continuità e, anzi, l'intensificazione di un itinerario culturale: il nuovo paesaggio culturale, in cui l'Italia fin da principio si incastona, deve impressionare di sé lo stesso interiore paesaggio giuridico italiano, perché in Europa non si è cavalcato eresie né pronunciato bestemmie, ma si è semplicemente realizzato più speditamente, senza gli impacci di un sapere ormai identificato in una inabdicabile ortodossia, quel volto giuridico nuovo che i tempi pretendono. E Trabucchi, con intento quasi missionario, non manca di farsene portavoce presso il pubblico italiano approfittando di alcune conferenze presso il vivace 'Centro di studi sulle comunità europee' presso l'Università di Ferrara.

La prima, del '63, è esplicita fin nella intitolazione: "Un nuovo diritto".

La novità prima è rappresentata da una comunità "vivente al di là e indipendentemente dalla vita giuridica dei tradizionali enti sovrani" (28), dimostrando superati — e, per il Nostro, felicemente superati — "il dogma della statualità del diritto" e "la concezione monistica del diritto internazionale" (29). Vi si insiste sul "dogma ormai tramontato della statualità come caratteristica essenziale del

(27) *Il nuovo diritto onorario*, cit., p. 38.

(28) *Un nuovo diritto* (1963), ora in *Cinquant'anni nell'esperienza giuridica*, cit., p. 41.

(29) *Un nuovo diritto*, cit., p. 46.

diritto” (30), frutto ormai non delle sole intuizioni di un teorico generale come Santi Romano o di un filosofo come Capograssi, ma di quello che noi abbiamo chiamato più sopra un laboratorio sperimentale, una officina politico-giuridica nella sua empirica operatività.

Con la conseguenza, però, inevitabile per tutto l’ideario del giurista così come si era venuto fissando e anzi sclerotizzando nei due secoli appena alle nostre spalle. Riprendendo proposte già espresse, Trabucchi parla chiaro all’orecchio del giurisperito italiano:”ne deriva, per dottori e pratici del diritto, di cambiare anche molte idee fondamentali” (31). Parole non so quanto gradite alla pigrizia della maggioranza silenziosa, ma doverose, eticamente doverose nella loro veste di richiamo alla responsabilità culturale e sociale dei giuristi.

È un discorso — questo, della mutazione a cui il giurista deve sottoporre la sua statua interiore — che ha un approccio ancora più frontale in una conferenza che il Nostro fa nel ’67 presso lo stesso ospitale Centro ferrarese, forte ormai di una esperienza giudiziale che dura da ben sei anni e che lo ha visto personalmente sulla trincea contribuendo a vincere ritrosie, perplessità, mancanze di coraggio di altri giudici della Corte lussemburghese. Il titolo, “Per una visione sistematica del diritto comunitario”, a differenza di quello della prima conferenza, segnala un ordinamento giuridico che comincia a riposare su una sistemazione consolidata, e Trabucchi si appoggia espressamente su alcune *affaires* in relazione alle quali la Corte aveva deliberatamente cominciato la costruzione di un edificio nuovo, nuovo fin dalle fondamenta.

L’orientamento del supremo Tribunale — che, come vedremo, il Nostro aveva decisamente contribuito a indirizzare — era stato improntato alla rivendicazione di una grossa libertà d’azione e di un ruolo squisitamente creativo, sentenziando espressamente che la mancanza di una fonte scritta non poteva escludere l’esistenza di un diritto da applicare. Ai colleghi e studenti ferraresi Trabucchi pone

(30) *Un nuovo diritto*, cit., p. 55.

(31) *Un nuovo diritto*, cit., p. 56.

la domanda retorica: “ma in tali casi quale diritto si deve applicare?”. E la risposta è secca e pronta: “si applica il diritto” (32).

Apparentemente è una risposta ai limiti dell’ovvietà, o addirittura una non-risposta, ma, se si riflette appena un momento sul suo significato riposto, la paradossale tautologia nella intenzione del suo autore vuol fare leva sulla complessità dell’ordine giuridico, un ordine composto di più strati, e si sostanzia in un invito a non prescindere mai dalla coscienza di questa complessità, a non appagarsi a limitarsi allo strato superficiale. Certo, questo è il più vistoso perché si incarna in testi autorevoli e autoritari, ed è lo strato che potremmo chiamare legale, che è sicuramente anche il prevalente in una civiltà giuridica avanzata; il quale, tuttavia, non esaurisce la giuridicità.

Oggi, quaranta anni dopo, un simile richiamo può sembrare scontato, ma scontato non lo era quando Trabucchi lo pensò e lo manifestò nella sua opera in seno alla Corte e ne volle lasciar traccia nella conferenza ferrarese. In essa si tendeva a disegnare un paesaggio giuridico doverosamente aperto come il solo che potesse consentire soluzioni appropriate per i problemi che assillavano la Corte e che sembravano galleggiare in un desolante vuoto normativo. Il vuoto c’era, ma nella superficie del primo strato; bastava scavare verso la dimensione radicale per reperire gli strumenti atti a colmarlo. La condizione necessaria era una sola: che il giurista deponesse il suo pesante mantello tradizionale di legalismo e formalismo per indossare una veste che gli permettesse maggiore libertà d’azione intellettuale.

E Trabucchi ama valicare il terreno spaziale dell’Europa continentale e il terreno temporale degli ultimi dugento anni, misurandosi in una comparazione dalla notevolissima latitudine. Solo così ci “si apre verso soluzioni che si credevano recluse nella storia e che noi giuristi continentali pensavamo proprie di altre pur moderne concezioni giuridiche” (33). Il mondo dello *ius commune* medievale e post-medievale e quello del *common law*, mondi segnati dalla continua osmosi tra fatto e diritto e dal protagonismo di un ceto

(32) *Per una visione sistematica del diritto comunitario* (1967), ora in *Cinquant’anni nell’esperienza giuridica*, cit., p. 64.

(33) *Per una visione sistematica del diritto comunitario*, cit., p. 64.

giuridico mediatore, non costituiscono più dei pianeti separati e lontani, ma possono contribuire con le loro esperienze all'affrancazione del giurista europeo e irrobustirlo per i suoi nuovi e gravi compiti.

7. L'itinerario trabucchiano, che sembra correre finora così lineare e così sicuro, trova — se non un arresto — almeno un nodo, un nodo da sciogliere, in presenza di un testo non univoco che il Maestro patavino scrive nel 1975 e che dedica al “Significato e valore del principio di legalità nel moderno diritto civile”. Questo, che — isolatamente preso — potrebbe essere interpretato da un lettore frettoloso come una inversione di tendenza, abbisogna di un disteso esame da parte nostra per essere compreso compiutamente.

Vi si parla di legalità, vi si parla del valore del principio di legalità, e il tono e la direzione del discorso sono assai diversi dalle affermazioni anti-legalitarie di parecchi saggi precedenti e soprattutto di quello del 1959. Con la sua consueta probità intellettuale, lo stesso autore se ne rende perfettamente conto, e lo ammette in esordio facendo un cenno espresso alle pagine coraggiose de “Il nuovo diritto onorario”. Egli ci dà, però, anche una chiave preziosa di lettura avvertendo che il saggio del 1975 è scritto “in tutt'altro contesto storico di dottrina e di pratica giudiziaria” e che ha una finalità specifica servendo “per richiamare il valore del principio di legalità, spesso apertamente o implicitamente misconosciuto in diverse forme e sotto diversi aspetti” ⁽³⁴⁾.

⁽³⁴⁾ Credo che possa essere utile al lettore avere a disposizione alcuni abbondanti stralci delle prime due pagine del saggio: “In un passato non lontano mi era sembrato meritevole di particolare considerazione il largo impiego, anzi l'estensione progressiva che il sistema di diritto privato veniva facendo del criterio di equità; tanto che mi ero indotto a salutare quasi la riviviscenza di un diritto onorario”... “potrebbe sembrare agli antipodi con il riconoscimento di quelle aperture salutate con favore, il discorso che *dobbiamo* [il corsivo è mio e tende a sottolineare che l'autore si sente quasi costretto a scrivere le nuove pagine] fare oggi in tutt'altro contesto storico di dottrina e pratica giudiziaria, per richiamare il valore del principio di legalità, spesso apertamente o implicitamente misconosciuto in diverse forme e sotto diversi aspetti” (*Significato e valore del principio di legalità nel moderno diritto civile* (1975), ora in *Cinquant'anni nell'esperienza giuridica*, cit., pp. 141 e 142).

Farei intanto una prima e non insignificante osservazione: il saggio è pubblicato sulla 'Rivista di diritto civile' ed è rivolto a un pubblico esclusivo di giuristi, di tecnici, di civilisti italiani. Nel saggio non ci sono né note né riferimenti espliciti, ma una orientazione può esserci fornita dalle parole d'esordio sopra riportate con la pesante precisazione su un presente rifiuto (presente nel 1975) del principio di legalità. Io credo che Trabucchi scriva le pagine del '75 colpito e turbato da un rivolgimento che ha coinvolto in Italia teorici e pratici del diritto, trovando un pronto attecchimento fra alcuni giovani e brillanti civilisti. Frasi che parlano di "tesi avveniristiche di coloro che, per ispirarsi ai principi, finiscono con disconoscere il valore della legalità", o che segnalano lo scopo di "evitare che un richiamo agli sviluppi della vita sociale offra un incontrollato accoglimento di quelle tesi che parlano di interpretazione evolutiva" ⁽³⁵⁾, sono sufficientemente esplicite nell'offrire le motivazioni puntuali dell'intervento.

Lasciamo il vago delle affermazioni generiche e passiamo a esemplificazioni concrete: l'anno 1970 è la data di apparizione in Italia di due Riviste giuridiche, 'Politica del diritto' e 'Quale giustizia?' (la prima promossa e diretta dal giovane civilista Stefano Rodotà), programmaticamente tese al ripudio di una scienza giuridica impassibile, pura, asettica e alla valorizzazione della dimensione politica del diritto, con al centro il disegno di una figura di giudice assolutamente all'opposto del giudice sillogizzante del modello illuminista e, quindi, dello *iudex sub lege*; nel 1972 si svolgeva a Catania, su sollecitazione del giovane civilista Pietro Barcellona, un Congresso scientifico rivolto a puntualizzare il cosiddetto 'uso alternativo del diritto', mentre l'anno dipoi venivano pubblicati i due volumi contenenti gli 'atti' congressuali: vi emergeva una visione rigidamente classista della società, una identificazione pesantemente ideologica del diritto, una dissacrazione dello Stato di diritto di impronta borghese con i suoi dogmi e le sue pretese purezze ⁽³⁶⁾.

Ripeto che nel testo trabucchiano non ci sono indicazioni espresse, ma la data e il luogo di pubblicazione, i destinatari, le precisazioni di avvio, le frasi sopra riportate sono per noi eloquenti:

⁽³⁵⁾ *Significato e valore del principio di legalità*, cit., pp. 159 e 163.

⁽³⁶⁾ *L'uso alternativo del diritto*, a cura di P. Barcellona, Bari, Laterza, 1973.

in quei primi anni Settanta, dopo la ventata tempestosa del '68, si è verificato qualcosa di *incontrollato*, che ha imposto a Trabucchi di rimeditare sulle sue coraggiose proposte del '59 e sui rischi emergenti entro il nuovo *contesto* creatosi in Italia. E ne nascono queste pagine, complesse e anche complicate perché percorse da percezioni contrastanti, certamente sollecitate dalla contemplazione di un allarmante movimento incontrollato (aggettivo trabucchiano) che solca incrina ferisce il contesto storico (sintagma trabucchiano) della scienza e della prassi giuridiche degli anni Settanta; pagine certamente di non agevole decifrazione e che ora cercheremo di decrittare collocandole nell'itinerario culturale e tecnico del Nostro.

L'idea ricorrente è il timore verso l'equità del giudice per la facilità con la quale può degenerare in arbitrio, un timore accompagnato però anche da quello verso gli abusi del legislatore, e dei suoi abusi espressamente si parla. Ritorna e si riafferma un canone fermissimo del Trabucchi di sempre: il rifiuto di ogni soggettivismo, il tentativo di individuare il diritto nella sua dimensione oggettiva, di ancorarlo a una dimensione oggettiva. Sotto questo profilo è da identificare la legalità di cui Trabucchi si è sentito in dovere di parlare, la quale è — come egli espressamente afferma — nulla più che un metodo ⁽³⁷⁾.

In una sincera tensione all'oggettività non si ha esitazione di arrivare a una demitizzazione del legislatore, di non esaurire la norma nella volontà potestativa del nomopoietista ma di vederla nella sua proiezione verso la vita, nel suo fare i conti con la vita: "l'autore della norma, i soggetti che l'hanno formulata e ne sono, come autori, politicamente responsabili, si sono staccati dalla stessa, che ha ricevuto una sua vita indipendente e oggettiva" ⁽³⁸⁾. E si sottolinea che il rinnovato discorso sulla legalità non intende riproporre quella formalistica dei vecchi esegeti dominata dallo "ossequio talmudico delle forme" ⁽³⁹⁾, e pertanto nulla più di una degenerazione irricevibile, bensì una nuova legalità, con un suo "significato dina-

⁽³⁷⁾ "se, come riteniamo di aver chiarito, la legalità e il valore del relativo principio...rappresentano un metodo che deve essere rispettato per determinare le regole della società..." (*Significato e valore del principio di legalità*, cit., p. 165).

⁽³⁸⁾ *Significato e valore del principio di legalità*, cit., p. 153.

⁽³⁹⁾ *Significato e valore del principio di legalità*, cit., p. 154.

mico” (40), adattabile alle istanze di un ordine giuridico in continua crescita.

“La legalità di cui andiamo delineando un’immagine modernamente intesa” (41) — dice Trabucchi — è fatta di norme, di costruzioni sistematiche, di principii, che non sono quelli dell’art. 12 delle ‘Preleggi’, ma anche “quei principii generalissimi, che, per essere posti a base non soltanto del diritto dello Stato ma della stessa natura dei diritti umani, si trovano alla base dell’organizzazione giuridica” (42).

Che il paesaggio giuridico resti quello aperto e ossigenato cui il Maestro patavino ci aveva abituato, lo dimostra la continuità nell’insistenza sulla “forte sensibilità storica” quale virtù inabdicabile del giurista (43), di ogni giurista, ben lontano dal possessore di soli sussidii logici e sillogistici secondo il profilo incatenante dell’illuminismo giuridico, ma si deve pur confessare che il paesaggio disegnato nel saggio del ’75 non ha linee sicure e coerenti. La nuova affermazione legalitaria lo porta a delle smentite che suonano antinomiche, come quando egli ci sconcerza scrivendo che “il comando deve di regola essere eseguito anche se la legge non si trovi allineata con i principii ideali della società” (44). Eppure, quei principii ideali il Trabucchi storicista li aveva voluti trasformare in principii giuridici e vi aveva costruito sopra tutto l’edificio del diritto positivo, soddisfatto del risultato apprezzabile di aver contribuito all’avvicinamento — se non alla identificazione — fra diritto giusto e diritto formalmente positivo.

È chiaro che nel saggio del ’75 ci sono delle autentiche contorsioni, che siamo di fronte a un dettato complesso, complicato, tortuoso. Di fronte ad esperimenti italiani troppo spregiudicati, considerati incontrollati e incontrollabili, è una riaffermazione della legalità, ma, al tempo stesso, il tentativo di costruire una legalità *moderna* meno angusta di quella tradizionale, con un singolare susseguirsi di riaffermazioni e di attenuazioni che disegnano confini

(40) *Significato e valore del principio di legalità*, cit., p. 143.

(41) *Significato e valore del principio di legalità*, cit., p. 159.

(42) *Significato e valore del principio di legalità*, cit., p. 160.

(43) *Significato e valore del principio di legalità*, cit., p. 163.

(44) *Significato e valore del principio di legalità*, cit., p. 165.

incerti per la nuova legalità. Ed è chiaro che il saggio del '75 si origina in un giurista preoccupato incarnando una testimonianza in sé tormentatissima, dinnanzi alla quale lo storico non può che inchinarsi. Egli, infatti, è portato ad apprezzare le incoerenze che nascono da un tormento interiore assai più delle pagine rinserrate in una logica perfetta ma aride perché disarticolate dalla storicità del suo autore e del contesto in cui questo è chiamato a riflettere e agire.

Sarei portato a ritenere le pagine sulla legalità, nella loro veste di messaggio per il civilista italiano operante nel 1975, come un atto dovuto sollecitato e quasi imposto dal circostante e incandescente paesaggio dottrinale e giudiziale, un episodio e nulla più. Il Trabucchi libero da condizionamenti esterni e franco nella sua schiettezza mi appare, invece, consegnato nelle pagine de "Il nuovo diritto onorario".

8. Una simile conclusione ha la sua conferma in una conferenza che il Nostro pronuncia il 22 giugno del 1975, ossia nello stesso anno, in una seduta solenne dell' Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti, in una sede dalla ariosa dimensione culturale, di fronte a un pubblico dove i giuristi costituiscono una esigua minoranza. Ed è un discorso non angustiato da contingenze giuridiche italiane, nel quale il civilista, che sta per lasciare le sue alte funzioni europee e interrompere la sua permanenza quasi quindicennale al Lussemburgo, riprende il filo di una riflessione sostanzialmente mai interrotta. È il discorso altissimo "L'Europa e l'unità del diritto" (45).

L'approccio ci disvela ancora una volta un Trabucchi storicista: "Noi tutti sentiamo di vivere in un momento di grave crisi" (46). La contemplazione di un presente inserito in una ben precisa linea storica e, unitamente, la coscienza del mutamento in atto appaiono ancora una volta a tipizzare il suo modo di confrontarsi con la realtà: grosse trasformazioni in prossimità di quell'anno Duemila ormai non lontano e che egli non manca di evocare ricordando la psicologia collettiva di ansie e di paure caratterizzante la fine del primo millennio (47).

(45) Ora in *Cinquant'anni nell'esperienza giuridica*, cit..

(46) *L'Europa e l'unità del diritto*, cit., p. 103.

(47) "l'anno Duemila che si avvicina non è meno carico di mistero e di attesa

Ma l'evocazione medievale gli serve per opporre il clima psicologico di fine Novecento contrassegnato da sentite e non infondate speranze. La crisi percepita e segnalata serve a Trabucchi per togliere il civilista dal guscio della sua pigrizia culturale, una pigrizia che lo ha troppo accompagnato per tutto l'itinerario della modernità dai Codici in poi; gli serve per non farlo cadere in comportamenti elusivi ed evasivi, in un momento difficile che impone le fatiche e i disagi connessi ad ogni edificazione nuova. E il suo sguardo va all'Europa in costruzione, giacché è lì che egli trova il modo di fondare solidamente e non retoricamente un sentimento di piena soddisfazione.

In Europa si è profilata, e disegnata via via più nitidamente, una concezione del diritto essenzialmente rinnovata; dove il rinnovamento si è concretizzato in una affrancazione. Stato e legge vi hanno, infatti, perduto il carattere di fondamento necessario e di necessaria manifestazione della giuridicità; risultato che si è potuto ottenere, perché il nascente diritto europeo non ha trovato sulla sua strada, grazie soprattutto all'opera coraggiosa e lungimirante di scienziati e di giudici, le ipoteche culturali e ideologiche che hanno sclerotizzato il diritto degli Stati europei continentali.

Trabucchi, volendo offrire ai suoi uditori non delle parole a vuoto, si domanda da cosa sia formato questo nuovo ordine giuridico, e risponde: norme specifiche, pronuncie giurisprudenziali, ma anche i *principii generali*, i quali non sono chiamati a colmare lacune ma, al contrario, costituiscono “una trama giuridica di fondo” (48). E commenta ribadendo una sua risalente convinzione: “Troviamo ancora una volta riemergere dalla storia che credevamo lontana il ‘ubi cessat statutum, locum habet ius civile’ ” (49).

Il riferimento è alla grande unità giuridica medievale, prima realizzazione storica di una unità giuridica europea, quando i Principi con le loro leggi particolari e le città libere con i loro statuti non solo non pretendevano di esaurire la giuridicità ma erano consapevoli di potersi limitare a regolare unicamente quanto a loro abbiso-

dell'anno Mille al culmine di quel Medioevo che pur rappresentò una delle epoche costruttrici della storia umana” (*L'Europa e l'unità del diritto*, cit., p. 103).

(48) *L'Europa e l'unità del diritto*, cit., p. 98.

(49) *Loc. ult. cit.*.

gnava, essendo circolante in tutto il continente e penetrante entro tutte le frontiere politiche senza bisogno di autorizzazione da parte dei detentori del potere la maestosa ricchezza dello *ius commune*, edificato da glossatori e commentatori — ossia da scienziati, giudici, notai, avvocati, insomma dai giuristi — sulle fondazioni del *Corpus giustiniano* e del diritto canonico; un diritto lentissimamente elaborato dai giuristi nella lunga durata, in grado di prevedere tutto e di assorbire tutte le esigenze, perché si trattava di tecniche basate su un ordinamento razionale della vita sociale ed economica, e consistente in principii per loro natura universali ma elasticissimi nell'adattarsi alle progredienti circostanze storiche.

E il Nostro torna a riproporre quell'ordine giuridico a più strati che non abbiamo mancato di sottolineare all'inizio di questo discorso; al di sotto dello strato dominato spesso dall'accidentale, dall'episodico, dal contingente, e che è il regno dei legislatori, v'è una dimensione giuridica che maggiormente si avvicina a una pura razionalità: "che cos'è questo *ius civile* che si presenta con un carattere quasi naturale di razionalità? Esso è costituito da principii universalmente accolti di diritto, che ritroviamo come espressione di razionalità e anche di civiltà e ci richiamano il nuovo tipo di *diritto naturale che vive nella storia*"⁽⁵⁰⁾ (il corsivo è mio), una razionalità che è "essenziale caratteristica della tradizione giuridica europea"⁽⁵¹⁾. Quel diritto naturale — non geometricamente cristallizzato ma verificato nella storia e a contenuto storico —, di cui Trabucchi ha parlato vivacemente nel vecchio discorso ai Giuristi Cattolici, ritorna quale respiro del diritto positivo, di ogni diritto positivo, quale garanzia per ogni diritto positivo di essere specchio d'una civiltà, di essere storia vivente.

Immagino quale sorpresa sia stata il contatto con il neonominato giudice italiano da parte di quei giudici veterani che avevano temuto la voce fossilizzante di un arido e astratto civilista erede di Demolombe e di Laurent! Trabucchi deve averli sorpresi, esattamente per la sua libertà intellettuale alla prima grande prova della Corte di Giustizia, il famoso caso 26/1962 Van Gend & Loos sfociante in uno dei più decisivi contributi alla formazione del diritto

⁽⁵⁰⁾ *L'Europa e l'unità del diritto*, cit., p. 98.

⁽⁵¹⁾ *Loc. ult. cit.*.

europeo, la sentenza del 5 febbraio 1963 e su cui non mancherà di attardarsi Paolo Gori.

Io mi limito a sottolineare l'approccio metodologico del giudice Trabucchi, così come mi appare da una sua 'Note a Mm. les Juges', che ricavo dalla eccellente Tesi dottorale di Giuseppe Perini, da noi già precedentemente citata, consultata e utilizzata grazie al cortese consenso dell'autore. Nella *Note* rivolta ai colleghi durante la istruzione della pratica, il Nostro dichiara espressamente che non si potrà non tendere a un fine, e cioè "parvenir à une construction juridique fondamentale" al di là del testo dell'articolo 12 ma conforme allo spirito del 'Trattato', giacché "ce qu' on nous a demandé de faire, ce n'est pas d'interpréter le texte en soi déjà très clair et simple d'une disposition du Traité, mais d'éclaircir la signification du système sous-jacent à cette simple disposition" (52).

In altre parole, come si è accennato anche più sopra, nel pensiero del civilista italiano era da sempre chiara la percezione che il diritto non si esauriva in testi, in Codici, in comandi autorevoli, ma che, invisibile perché sotterraneo ma presente e reale, corre un flusso continuo, ininterrotto, fatto di razionalità e di tradizione, una realtà di radici, e pertanto straordinariamente forte e stabile, che il positivismo giuridico ha trascurato e calpestato ma della quale ormai il nuovo giurista, nel 1962, non può disinteressarsi se non correndo il rischio di un pericoloso inaridimento.

Nel '62 il nuovo diritto europeo si inaugura portando ben inscritta in sé l'impronta, la cifra culturale di un singolare civilista europeo, un civilista che ama riconoscersi nel clima aperto e anti-formalistico della nuova Europa giuridica.

9. Il discorso del '75 all'Istituto Veneto non è — né vuole essere — ristretto al nascente diritto europeo, ma investe tutto l'ordine giuridico nei decenni di fine millennio. Il diritto comunitario è, nella visione trabucchiana, solo un laboratorio precoce, una anticipazione di quello che sarà il divenire prossimo del diritto.

(52) Cfr. PERINI, *Alberto Trabucchi giurista europeo*, Tesi Università di Padova — Dottorato di ricerca in Filosofia del diritto, cit. — Documentazione giurisprudenziale allegata, T. I Sentenza della Corte di Giustizia del 5 febbraio 1963.

Ecco una frase eloquente: “la concezione moderna del diritto ha fatto molti progressi rispetto all’angusta prospettiva di una rigida limitazione al diritto legale. Diremo, anzi, che proprio la creazione di queste fonti del diritto del tutto nuove, come è avvenuto per le Comunità Europee, ha contribuito all’apertura verso il riconoscimento di altre fonti efficienti della produzione giuridica” (53).

L’Europa è qui concepita come un’officina, dove, in grazia di fondazioni nuove, si è potuto avere una libertà di azione giusproduttiva impensabile all’interno dei singoli Stati, compromessi da fondazioni vecchie e invecchiate ma irremovibili nella loro valenza pressoché mitologica.

Credo che sia da rinvenire, nella frase or ora trascritta e gremita di futuro, il volto del Trabucchi autentico: giurista storicista, immerso nel suo tempo senza restarne prigioniero, lettore attento — questo sì — dei segni dei tempi, ossia lettore di un tempo colto in una prospezione dinamica. Le sue fondazioni etiche e culturali lo rendevano immune dai misonismi dei mediocri, e per questo è stato anticipatore e costruttore; per questo la sua alta testimonianza di giurista non è dimenticabile (54).

(53) *L’Europa e l’unità del diritto*, cit., p. 99.

(54) Ci sembra che il discorso del ’75 venga a concludere la fase creativa del pensiero giuridico e dell’azione giudiziale di Trabucchi. Egli resterà fermissimo nelle scelte fondamentali maturate sino ad allora, ma si limiterà a ribadire con decisione le proprie convinzioni. Un esempio è offerto dalla Relazione lincea del 1991 (cfr. *I principi generali del diritto nell’esperienza comunitaria*, in *I principi generali del diritto* (Roma, 27-29 maggio 1991) (Atti dei Convegni Lincei, 96), Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1992), Relazione pubblicata anche in *Rivista di diritto civile*, XXXVII (1991).

INDICE SOMMARIO

<i>Prefazione</i>	vii
Omaggio a Edoardo Ruffini (discorrendo di una singolare esperienza di studio e di due libri singolari)	1
Giangastone Bolla e la cultura giuridica italiana del Novecento	13
Un giurista solitario: Enrico Finzi.	19
Il giurista Giorgio La Pira.	47
‘Il Professore’ e ‘Via Laura’ (Giorgio La Pira e la Facoltà giuridica fiorentina)	69
Storia di esperienze giuridiche e tradizione romanistica (a proposito della rinnovata e definitiva « Introduzione allo studio del diritto romano » di Riccardo Orestano)	81
La cultura giuridica di Giovanni Zucconi	103
« Il coraggio della moderazione » (Specularità dell’itinerario riflessivo di Vittorio Polacco)	131
Omaggio ad Angelo Falzea	189
Ripensare Gény	217
Assolutismo giuridico e diritto privato. Lungo l’itinerario scientifico di Raymond Saleilles	269
Un grande giurista del nostro tempo. Franz Wieacker (1908-1994)	339
L’itinerario scientifico di Enrico Bassanelli.	363
Alla ricerca di frammenti di verità (omaggio a Francisco Tomás y Valiente)	385
Il disagio di un ‘legislatore’ (Filippo Vassalli e le aporie dell’assolutismo giuridico)	415
Le aporie dell’assolutismo giuridico (Ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)	445
Mario Nigro giurista	505
Una lettura degli ‘Scritti’ di Paolo Frezza	515
Salvatore Pugliatti giurista inquieto.	531

Ricordo di Adriano Cavanna	557
Ovidio Capitani e la dimensione giuridica	571
Gli assetti collettivi nella riflessione di Guido Cervati	585
Un personaggio, una terra: gli spaziosi confini di Cesare Ruperto	597
Ricordo di Mario Sbriccoli	611
Enrico Opocher nella cultura giuridica del Novecento italiano	621
Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi	641
Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti	669
Gino Giugni nella scienza giuridica italiana del Novecento	689
Alberto Trabucchi civilista europeo	713

UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

PUBBLICAZIONI

QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- Vol. 1 (1972), 8°, p. 486
Vol. 2 (1973), 8°, p. 798
Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041
Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140
Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648
Vol. 8 (1979), 8°, p. 564
Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590
Vol. 10 (1981), 8°, p. 584
Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200
Vol. 13 (1984), 8°, p. 782
Vol. 14 (1985), 8°, p. 646
Vol. 15 (1986), 8°, p. 748
Vol. 16 (1987) - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718
Vol. 17 (1988), 8°, p. 640
Vol. 18 (1989), 8°, p. 744
Vol. 19 (1990), 8°, p. 736
Vol. 20 (1991) - François Gény e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 588
Vol. 21 (1992), 8°, p. 750
Vol. 22 (1993) - Per Federico Cammeo, 8°, p. 706
Vol. 23 (1994), 8°, p. 554
Vol. 24 (1995), 8°, p. 620
Vol. 25 (1996), 8°, p. 810
Vol. 26 (1997), 8°, p. 744
Vol. 27 (1998), 8°, p. 590
Vol. 28 (1999) - Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica, due tomi in 8°, p. 1180
Vol. 29 (2000), 8°, p. 578
Vol. 30 (2001), due tomi in 8°, p. 988
Vol. 31 (2002) - L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive, due tomi in 8°, p. 950
Vol. 32 (2003), 8°, p. 796
Vol. 33-34 (2004-2005) - L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1408
Vol. 35 (2006), due tomi in 8°, p. 1120
Vol. 36 (2007), due tomi in 8°, p. 1562

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- 1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972
Atti, a cura di Paolo Grossi
(1973), 8°, p. 484

- 2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna
(1974), 8°, p. 399
- 3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico
Vol. I: Da Hobbes a Bentham
(1974), 8°, p. XIII-414
- 4 Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO
GIURIDICO ITALIANO
(1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, « UN ALTRO MODO DI POSSEDERE »
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
Vol. I (1980), 8°, p. 560
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTO-
CENTO TEDESCO
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDEN-
TALE
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465
- 10 Gioele Solari, SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259
- 11/12 CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527
- 13 LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO
LAICO
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124
- 15 Emanuele Castrucci, TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, I SOGGETTI E LE NORME
(1984), 8°, p. IV-204
- 17 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8°, p. XII-638

- 18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8°, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
II. Dal sistema alla teoria generale
(1985), 8°, p. XII-416
- 20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE
La formazione della nozione di interesse legittimo
(1985), 8°, p. 483
- 21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento
(1986), 8°, p. IV-476
- 22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985
A cura di Paolo Grossi
(1986), 8°, p. VIII-466
- 23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950
(1986), 8°, p. XV-230
- 24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
II. La scoperta del diritto amministrativo
(1987), 8°, p. VIII-254
- 25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra
(1987), 8°, p. 378
- 26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat
(1987), 8°, p. VIII-88
- 27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896
(1988), 8°, p. IX-206
- 28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987
A cura di Paolo Grossi
(1988), 8°, p. VI-87
- 29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES
A cura di André-Jean Arnaud
(1988), 8°, p. IV-144
- 30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani
(1989), 8°, p. CXXVIII-766
- 31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO TEDESCA
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro
(1989), 8°, p. 195

- 32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro
A cura di Paolo Barile
(1990), 8°, p. 556
- 33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi
(1990), 8°, p. 644
- 34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036
- 36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA
I ricordi degli onorari
(1991), 8°, p. XXII-396
- 37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina
(1991), 8°, p. 424
- 38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)
(1991), 8°, p. X-536
- 39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA
Antropología católica de la economía moderna
(1991), 8°, p. VI-259
- 40 Giovanni Cazzetta, RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE
DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)
(1991), 8°, p. IV-564
- 41 Paolo Grossi, IL DOMINIO E LE COSE
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali
(1992), 8°, p. 755
- 42 L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO
Strumenti, destinatari, prospettive
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992
A cura di Paolo Grossi
(1993), 8°, p. VIII-440
- 43 PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio
A cura di Carlo Mansuino
(1994), 8°, p. XIV-368
- 44 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I
(1994), 8°, p. XXII-603
- 45 Luca Mannori, IL SOVRANO TUTORE
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)
(1994), 8°, p. VIII-486
- 46 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II
(1996), 8°, p. XVI-448

- 47 Bartolomé Clavero, TOMÁS Y VALIENTE
Una biografía intelectual
(1996), 8°, p. XXXVI-374
- 48 Costantino Mortati, L'ORDINAMENTO DEL GOVERNO NEL NUOVO DIRITTO PUBBLICO ITALIANO
Ristampa inalterata, con una prefazione di Enzo Cheli
(2000), 8°, p. X-234
- 49 Costantino Mortati, LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky
(1998), 8°, p. XXXVIII-212
- 50 GIURISTI E LEGISLATORI
Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-28 settembre 1996
A cura di Paolo Grossi
(1997), 8°, p. VIII-530
- 51 Pio Caroni, SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE
(1998), 8°, p. XX-270
- 52 Paolo Grossi, ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO
(1998), 8°, p. X-474
- 53 Giovanni Cazzetta, PRÆSUMITUR SEDUCTA
Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna
(1999), 8°, p. IV-426
- 54 Stefano Mannoni, POTENZA E RAGIONE
La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)
(1999), 8°, p. IV-276
- 55/56 Sergio Caruso, LA MIGLIOR LEGGE DEL REGNO
Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden
(1584-1654)
Tomo I (2001), 8°, p. IV-432
Tomo II (2001), 8°, p. IV-433-1024
- 57 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf
(2001), 8°, p. VIII-106
- 58/59 Maurizio Fioravanti, LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO
Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento
Tomo I (2001), 8°, p. XXII-572
Tomo II (2001), 8°, p. IV-573-918
- 60 Raffaele Volante, IL SISTEMA CONTRATTUALE DEL DIRITTO COMUNE CLASSICO
Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani
(2001), 8°, p. IV-502
- 61 CODICI
Una riflessione di fine millennio
Atti dell'incontro di studio - Firenze, 26-28 ottobre 2000
A cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi
(2002), 8°, p. VIII-604

- 62 Pietro Costa, IURISDICTION
Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)
Ristampa
(2002), 8°, p. XCVI-412
- 63 Mario Piccinini, TRA LEGGE E CONTRATTO
Una lettura di *Ancient Law* di Henry S. Maine
(2003), 8°, p. XVI-286
- 64 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO
Tomo I (1910-1927)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2005), 8°, p. XVIII-592
- 65 Ferdinando Mazzarella, NEL SEGNO DEI TEMPI
Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale
(2005), 8°, p. 530
- 66 Michele Pifferi, GENERALIA DELICTORUM
Il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale
(2006), 8°, p. 468
- 67 Maria Rosa Di Simone, PERCORSI DEL DIRITTO TRA AUSTRIA E ITALIA
(SECOLI XVII-XX)
(2006), 8°, p. XII-374
- 68 Franco Cipriani, SCRITTI IN ONORE DEI PATRES
(2006), 8°, p. XIV-502
- 69 Piero Fiorelli, INTORNO ALLE PAROLE DEL DIRITTO
(2008), 8°, p. XXXII-548
- 70 Paolo Grossi, SOCIETÀ, DIRITTO, STATO
Un recupero per il diritto
(2006), 8°, p. XX-346
- 71 Irene Stolzi, L'ORDINE CORPORATIVO
Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista
(2007), 8°, p. IV-464
- 72 Hasso Hofmann, RAPPRESENTANZA - RAPPRESENTAZIONE
Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento
(2007), 8°, p. XL-586
- 73 Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, GOVERNO E PARTITI NEL PENSIERO
BRITANNICO (1690-1832)
(2007), 8°, p. VIII-156
- 74 Giovanni Cazzetta, SCIENZA GIURIDICA E TRASFORMAZIONI SOCIALI
Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento
(2007), 8°, p. X-388
- 75 Manuela Mustari, IL LUNGO VIAGGIO VERSO LA "REALITÀ"
Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile
(2007), 8°, p. VI-284
- 76 Carlo Fantappiè, CHIESA ROMANA E MODERNITÀ GIURIDICA
Tomo I L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903), (2008), 8°, p. XLVI-520
Tomo II Il *codex iuris canonici* (1917), (2008), 8°, p. IV-521-1282
- 77 Rafael D. García Pérez, ANTES LEYES QUE REYES
Cultura jurídica y constitución política en la edad moderna (Navarra, 1512-1808)
(2008), 8°, p. XII-546

- 78 Luciano Martone, DIRITTO D'OLTREMARE
Legge e ordine per le Colonie del Regno d'Italia
(2008), 8°, p. X-228
- 79 Michael Stolleis, STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA
I. Pubblicità dell'impero e scienza di polizia 1600-1800
(2008), 8°, p. X-632
- 80 Paolo Grossi, NOBILTÀ DEL DIRITTO
Profili di giuristi
(2008), 8°, p. XII-742

Per Informazioni e Acquisti

Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano
Tel. 02/380.892.90 - Fax 02/380.095.82
<http://www.giuffre.it>

Centri di documentazione e di distribuzione Giuffrè

STAMPATO CON I TIPI
DELLA TIPOGRAFIA
«MORI & C. S.p.A.»
VARESE

€ 74,00

2400-37

ISBN 88-14-14119-3



9 788814 141195