

per la storia
del pensiero
giuridico
moderno

52

T.I

2023

IL DIRITTO COME FORMA
DELL'ESPERIENZA

Per Paolo Grossi

QUADERNI
FIORENTINI

UNIVERSITA' DI FIRENZE
CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO



QUADERNI FIORENTINI

PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

Fondati nel 1972 da PAOLO GROSSI

Registrato il 29.11.1983 al n. 3176 presso
la Cancelleria del Tribunale Civile e Penale
di Firenze.

Dir. Responsabile: GIOVANNI CAZZETTA

Stampato da Galli Edizioni S.r.l. - Varese

QUADERNI FIORENTINI

QUADERNI FIORENTINI

PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

Fondati nel 1972 da PAOLO GROSSI

Redattore: GIOVANNI CAZZETTA

Consiglio di Redazione:

FEDERIGO BAMBI, VITTORIA BARSOTTI,
PAOLO CAPPELLINI, PIETRO COSTA,
MICHELE PIFFERI, GIOVANNI ROSSI, LUCA
MANNORI, BERNARDO SORDI, IRENE
STOLZI, GIOVANNI TARLI BARBIERI,
RAFFAELE VOLANTE – FRANCESCO
VERTOVA (Segretario di Redazione)

Consiglio Scientifico:

ALEJANDRO AGÜERO (Cordoba); CLARA
ÁLVAREZ ALONSO (Madrid); PIO CARONI
(Bern); ARNO DAL RI JR. (Santa Catarina);
THOMAS DUVE (Frankfurt am Main); RAFAEL
ESTRADA MICHEL (Ciudad de México);
RICARDO MARCELO FONSECA (Curitiba);
JEAN-LOUIS HALPÉRIN (Paris); CARLOS
HERRERA (Paris); TAMAR HERZOG (Harvard);
RICHARD HYLAND (Camden); LUCIEN
JAUME (Paris); LUIGI LACCHÈ (Macerata);
MARTA LORENTE SARIÑENA (Madrid);
MICHELE LUMINATI (Luzern); LAURENT
MAYALI (Berkeley); STEFANO MANNONI
(Firenze); MASSIMO MECCARELLI (Macerata);
JEAN-LOUIS MESTRE (Aix-En-Provence);
DAG MICHALSEN (Oslo); FRANCESCO
PALAZZO (Firenze); CLAES PETERSON
(Stockholm); CARLOS PETIT (Huelva); HEIKKI
PIHLAJAMÄKI (Helsinki); JOACHIM RÜCKERT
(Frankfurt am Main); MICHEL TROPER
(Paris); JOSEPH WEILER (New York); JAMES
WHITMAN (New Haven); LIHONG ZHANG
(Shanghai)

I testi inviati alla redazione sono sottoposti
a referee anonimo da parte di due esperti
selezionati dal Consiglio di Redazione.
Responsabile del processo di valutazione è
il Redattore.

La Sede della Redazione è in FIRENZE
(50129) - piazza Indipendenza, 9
quaderni.fiorentini@centropgm.unifi.it
www.quadernifiorentini.eu

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

52
(2023)

Il diritto come forma dell'esperienza

Per Paolo Grossi

TOMO I

ISBN 9788828857648

ISSN 0392-1867

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. Milano - 2023
Via Monte Rosa, 91 - 20149 MILANO - www.giuffrefrancislefebvre.it

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

Stampato da Galli Edizioni S.r.l. - Varese

GIOVANNI CAZZETTA

« LA NOMINAZIONE DELLE COSE »
SAPERE GIURIDICO E FORME DELL'ESPERIENZA
(PAGINA INTRODUTTIVA)

1. Oltre l'orizzonte: il realismo immaginativo di Paolo Grossi. — 2. Fondazioni teoriche. — 3. Pluralità e unità: l'officina delle cose e il laboratorio sapienziale. — 4. Pensare 'per casi'? Ordine giuridico medievale e « pos-modernità ». — 5. Comprendere il presente, ripensare la modernità. — 6. Decodificare il Novecento giuridico. — 7. Oltre la modernità, oltre la legalità. — 8. Potere, poteri e processi di transizione storica: la questione della politica. — 9. L'attrazione del reale e la nominazione delle cose.

Poco più di vent'anni fa, in ripetuti incontri clandestini in un luogo appartato dell'Italia centrale, ci interrogammo a lungo su come costruire un libro per un unico destinatario, punto di unione dei nostri incontri e di quei nostri incontri. Diversi com'eravamo per età, posizione accademica, Università di appartenenza, provavamo a individuare un tema attorno a cui tentare di tessere un ordito comune per un omaggio che risultasse gradito. La difficoltà principale era data dal dono. Anni prima — dieci anni prima — eravamo stati invitati, con richiesta amichevole e ferma, a non prendere « né oggi, né domani, né posdomani » alcuna iniziativa accademica 'in onore', a respingere qualsiasi forma di celebrazione: « da amico, chiedo ad amici veri di farmi l'unico, vero, gradito regalo: il silenzio assoluto ». Ordo iuris. *Storia e forme dell'esperienza giuridica*, il volume che nacque dagli incontri clandestini sull'Isola Maggiore del Lago Trasimeno, intese onorare l'impegno con un'affettuosa ribellione (simbolicamente richiamata dall'immagine della *Narrenschiff* sulla coperta del libro): « Raccogliere i nostri saggi in questo libro — si affermava in chiusura dell'*Introduzione* — non ha niente a che fare con retoriche celebrative ed omaggi rituali, ma significa per noi (per ciascuno singolarmente e per tutti) ritrovare nelle pagine scritte i segni e gli echi di un colloquio ininterrotto ». Il titolo del volume

segnalava, del resto, un tema che univa ciascuno singolarmente e tutti al Maestro: il problema della valenza ordinante del diritto, del rapporto tra la molteplicità di azioni, interessi, aspettative della vita quotidiana e l'*ordo iuris*, con la sua tensione all'immobilità e la sua inevitabile, storica, mutevolezza nel dare forma, forme, all'esperienza.

Ripercorrendo l'ampia e unitaria opera scientifica dello storico e del giurista, *oggi* è ancora con riferimento al 'diritto come forma dell'esperienza' che riteniamo si possa e si debba continuare a dialogare con Paolo Grossi. Queste pagine *per Paolo Grossi* intendono essere la prosecuzione di una ricerca comune e di un confronto critico, l'unico sempre apprezzato, l'unico vero, *fra giuristi* (come amava ripetere) nei *suoi* « Quaderni fiorentini ».

1. *Oltre l'orizzonte: il realismo immaginativo di Paolo Grossi.*

Esperienza giuridica e scienza giuridica sono due cardini del pensiero di Paolo Grossi. Da una parte 'il reale' (la terra, i mutevoli volti dell'esperienza, l'officina delle cose), dall'altra la scienza giuridica (il sapere giuridico, il laboratorio sapienziale, la costruzione del sistema, l'*interpretatio*): due profili distinti ma in continua ricerca di unione.

Il messaggio è martellante nelle pagine di Grossi: l'adesione allo « schema mentale dell'esperienza giuridica » consente allo storico di cogliere la dimensione giuridica oltre il comando e la norma, consente di disincagliare il diritto dal potere politico per recuperarlo alla sua storicità; cogliere la complessità dell'esperienza non significa tuttavia fotografare l'esistente inseguendo « un pulviscolo di regole », ma rintracciare valori profondi, in grado di dar forma a un ordine, a una civiltà, significa dunque far scienza, cogliere la dimensione relativamente autonoma del diritto. Il concepire l'ordinamento « più come esperienza che come norma », il diritto « più come organizzazione che come legge » è, dunque, chiave privilegiata per una piena comprensione storica e, al tempo stesso, « salvifico » recupero del diritto alla dimensione della storicità e della complessità, pressante invito ad abbandonare visioni rigide e mitologiche per ritrovare la realtà del diritto nella scansione naturale dell'esperienza sociale nel suo continuo divenire.

L'idea dell'inerenza del diritto al reale è visione previa del giuridico che, mentre descrive cose ed eventi, afferma quello che il diritto è, quello che il diritto non può che naturalmente essere in quanto espressione della vita, dell'inesauribile varietà di interessi e bisogni presenti nell'esperienza, in una fattualità non irreggimentabile in astratte e algide geometrie. Quello di Grossi non è però un realismo prosaico ma un realismo immaginativo che assume il possibile nel reale e non esita a invocare la fantasia. L'attenzione per la complessità del reale e i mutevoli volti dell'esperienza ricerca, oltre la quotidianità, oltre i semplici meccanismi organizzativi, « radici profonde », « valori essenziali d'una società », nella convinzione che « il giuridico è esso stesso civiltà vivente d'una comunità storica » (*Pensiero giuridico. Appunti per una voce enciclopedica*, 1988). Ed è alla scienza giuridica — una *scientia iuris* parte della realtà e chiamata a rappresentare la realtà — che spetta il compito di *invenire* il carattere 'autentico' della dimensione giuridica, oltre la linea dell'orizzonte imposta dalla volontà di un estemporaneo detentore del potere politico. Sorretta dal costante richiamo alla storicità del diritto, la consapevolezza del reale è coscienza del cambiamento, costante e accorato invito al giurista a smettere le vesti dell'esegeta.

La *Prefazione a Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale* (1968) fonde assieme lettura dell'esperienza e necessità di un rinnovamento del giuridico in una pagina programmatica: cogliere il reale, « la vita del diritto che scorre senza cesure al livello dell'esperienza », significa restituire il diritto alla storia spogliandolo dalle incrostazioni formali: « La storicità del diritto sarà per il giurista l'unica certezza salda, proprio perché la società avverte di non poter più correre il rischio grave d'uno iato fra diritto e coscienza sociale, fra diritto e cultura ».

Nel *Corso* del 1968 sono già ben assestate le idee-forza del progetto grossiano: il riferimento al concetto capogrossiano di esperienza giuridica è punto di convergenza di storicizzazione e antiformalismo, offre una precisa idea della funzione della scienza giuridica e suggerisce tempi e modi di costruzione della storia del diritto: « Se il diritto non è (soltanto) 'norma', ma è 'esperienza', lo storico del diritto dovrà cessare di guardare agli istituti giuridici come a forme che si sviluppano per partenogenesi e attraversano i secoli conser-

vando una loro sostanziale continuità, ma dovrà considerarli come cangianti cristallizzazioni (l'ossimoro è apparente) di una precisa, contestualizzata dinamica storico-sociale » (Pietro Costa).

La storia del diritto di Grossi — scrive Francesco De Sanctis — non ci dice semplicemente che il diritto *ha* una storia ma che *il diritto è storia* e come storia manifesta la sua 'onticità'. Inevitabilmente ogni pagina rivendica il suo carattere descrittivo e prescrittivo. Non può che proporre, non può che essere — chiarisce Umberto Breccia — contemporaneamente le due cose assieme: se il diritto è lì che « attende sempre di essere conosciuto e riconosciuto, trovato e ritrovato, al culmine di una *inventio*, in quanto fenomeno complesso, irriducibile a una dimensione oggettivamente e soggettivamente parziale e insulare », se è munito di una sua forza intrinseca, che non trae da una forza più alta, avremo che la giuridicità offerta dalla narrazione di Grossi avrà come sua « salda prerogativa » « il dover essere sempre descritta e prescritta ».

2. *Fondazioni teoriche.*

I saggi qui racchiusi, con le loro prospettive (grazie al cielo) diverse tra loro, disegnano un quadro sostanzialmente unitario del percorso scientifico di Paolo Grossi muovendo dagli anni di formazione e di ricerca di fondazioni teoriche.

Il mondo dell'associazionismo cattolico nella Firenze degli anni Cinquanta e le suggestioni della prospettiva comunitaria presenti nelle correnti di pensiero poste a sostenere « L'Ultima » — Rivista fiorentina « di poesia e metasofia », pubblicata tra il 1946 e il 1962 — sono al centro dell'attenzione dei saggi di Carlo Fantappiè e Paolo Cappellini. Analizzando le letture del giovane studioso, Fantappiè ricostruisce un quadro dell'influenza del pensiero cattolico nell'uomo e nel giurista (due profili ben distinti perché Grossi non si presenta — né mai si è presentato — come un 'giurista cattolico'), segue 'gli incontri' con Gabriel Marcel e Maurice Blondel, Jacques Maritain e Giorgio La Pira. È il « senso del mistero » ad offrire profondità di sguardo: « 'mistero' — scrive Fantappiè — è ricerca, ritrovamento, riconoscimento dei significati della vita e della realtà che si trasforma in un canone epistemologico, costante invito ad andare alla radice delle cose per cogliere i nessi strutturali della

realtà umana, sociale, naturale che ci circonda ». Le pagine di Grossi confermano puntualmente tale lettura: « Quando il diritto è un mistero — scrive, commentando Gény — significa che è collocato nella realtà più profonda della società e che il giurista può individuarne le radici scavando ben oltre lo spessore minimo della legge, dell'atto amministrativo, dell'artificio e del velame delle forme. Quando il diritto è mistero, l'esegesi non può che vanificarsi. Il mistero esige comprensione, non spiegazioni ».

Movendo dalle pagine de « L'Ultima », Paolo Cappellini coglie una visione storiografica cattolicamente ispirata, attenta allo sviluppo del soggetto, un umanesimo inteso in senso dinamico, valore assoluto e allo stesso tempo condizione da conquistare, meta 'ultima' (e dunque *umanesimo ultimo*, piuttosto che *integrale*, secondo la formula di Maritain). Una prospettiva questa che, saldandosi con l'appartenenza (ontica) del diritto alle strutture della società, offre un'idea della storia come 'attuazione' (« non vi è ripetizione storica ma attuazione ») densa di sviluppi nella lettura grossiana della temporalità e della postmodernità.

Il concetto di 'esperienza giuridica' consente allo storico di affinare lo sguardo 'eliminando i velami': il colloquio con Capograssi, seguito da vicino da Pietro Costa, è decisivo nel definire i fondamenti teorici della storiografia grossiana. Per il filosofo di Sulmona comprendere il diritto nell'esperienza significa adeguare il diritto alla « legge interna al fatto [...] per ritrovarci dentro il processo concreto della vita, [...] la] realtà perentoria di cui il fatto è la espressione e l'incarnazione », leggere l'ordine fattuale, la normatività del fatto, i valori oggettivamente iscritti 'nei processi', intrinseci alle relazioni tra il soggetto e la comunità, tra i soggetti e la terra (*Agricoltura, diritto, proprietà*, 1952). Una realtà questa che Grossi ritrova nei suoi studi sul medioevo e nei suoi colloqui con i cultori del diritto agrario. A ragione, dunque, Antonio Iannarelli individua nel dialogo costante intrattenuto da Grossi con il diritto agrario e con i suoi cultori « un momento fondativo e costitutivo delle radici più profonde del suo complessivo magistero scientifico ». L'unione con la terra, la fattualità, la rilevanza della consuetudine connotano il diritto in senso anti-legalistico e anti-individualistico, rendendolo espressione *concreta* dell'esperienza. Un mondo 'altro' che Grossi coglie storicamente affinando lo sguardo con lo strumentario offerto

dagli studi di antropologia ed etnologia, in particolare quelli di Lucien Lévy-Bruhl, che consentono di cogliere una dimensione giuridica modellata senza filtri sulla realtà esteriore; un ordinamento in cui « il ‘diritto’ dei soggetti diviene nient’altro che una semplice deduzione del ‘diritto’ della terra » senza ridursi però — nel farsi dell’esperienza giuridica — in una mera « contemplazione » delle cose (Francesco Saverio Nisio).

L’attrazione del reale sposta il centro di gravità del diritto nella società stessa: la visione sociocentrica non è mai però ‘contemplazione’, è sempre accompagnata infatti dalla necessità di andar oltre la fotografia indistinta ‘pulviscolare’ del sociale per individuare una *dimensione ordinante*. È essenziale, da questo punto di vista, il confronto con Santi Romano; un confronto che, nella prospettiva di Grossi, salda il nesso tra ‘esperienza’ e ‘scienza’ nella visione ordinamentale. Se il diritto è espressione della società, se si presenta nella sua veste primigenia di ordinamento, se è « ordinamento più che norma; ordinamento prima di norma » (Tommaso Greco), spetterà alla scienza giuridica ricercare il diritto *oltre* la norma, comprendendo (e riscattando) la grezza fattualità del reale, scorrendo in essa un ordine.

« Il passaggio dalla norma all’ordinamento è, per Grossi, un passaggio dal lessico del potere a quello del diritto ». Dovremo ritornare sul rapporto tra diritto e potere, un tema cruciale nella costruzione grossiana della modernità e della ‘pos-modernità’ del diritto. Qui preme rilevare — come suggerisce Greco — che la critica radicale al nesso tra diritto e politica costruito nella modernità ha un suo fondamento teorico nella « scelta ordinamentale », che — contro il normativismo, contro lo statalismo — esige un *recupero per il diritto, il ritorno al diritto*.

Scaturisce da questo impianto (dalla scelta istituzionalista e ordinamentale, dal rifiuto del normativismo e del volontarismo) l’invito costante a *ripensare le fonti del diritto* oltre il monismo statalista e le mitologie della modernità, oltre la visione di un diritto ridotto a semplice espressione di una volontà potestativa: « Ripensare le fonti del diritto significa recuperarne la storicità, renderle espressione della giuridicità iscritta nella vita sociale »; significa spostare « l’asse portante dell’ordinamento dalla legge all’interpretazione », « dalla dimensione della validità a quella della fattualità »

senza arrestarsi però alla « constatazione della pluralità », continuando cioè a ricercare nessi tra unità e pluralità (Baldassare Pastore).

Espressione di una giuridicità naturalmente radicata nella profondità del sociale, la dimensione giuridica disegnata da Grossi appare ‘di per sé’ costituzionale: intesa come sintonia tra società e ordinamento giuridico, essa « appartiene fin da subito alle categorie costituzionalistiche » (Orlando Roselli) e reclama — contro le astrazioni e le gerarchie imposte dalla modernità giuridica, oltre la legalità legale — il ritorno del diritto alla realtà dell’esperienza.

3. *Pluralità e unità: l’officina delle cose e il laboratorio sapienziale.*

La nozione di esperienza giuridica — con la costellazione di riferimenti teorici che la sostengono — appare perfetta per disegnare una storia del diritto in grado di invenire la realtà del diritto: « i concetti capograssiani, da un lato, valgono come strumenti di decifrazione di un processo storico che dal medioevo perviene fino al presente e, dall’altro lato, traggono da quel processo (secondo la necessaria, ‘gadameriana’, circolarità di ogni operazione ermeneutica) continue e persuasive conferme ‘sperimentali’ » (Pietro Costa). È in particolare dallo studio delle ‘situazioni reali’ nel medioevo che Grossi trae conferme dell’approccio prescelto: la tipicità di quell’esperienza è colta, al di là delle datazioni ufficiali, nella crisi del mondo antico, nel diritto volgare che si sviluppa nelle province dell’Impero Romano, un diritto sempre più dimentico di sofisticati e rigidi schemi formali, sempre più sottratto a un potere centrale incapace di rendere effettiva l’astratta validità dei suoi comandi. Il ‘vuoto politico’ (l’incompiutezza del potere politico, l’incapacità dei poteri presenti nella società di trasformarsi in Stato, di avere la ‘vocazione totalizzante’ propria dello Stato) fa emergere un nuovo diritto legato alla materialità dell’esistenza, alle strutture portanti del macrocosmo, alle comunità, alle consuetudini. Fattualità, naturalismo, reicentrismo che saranno poi raffinati ma non traditi nel passaggio dall’officina della prassi al laboratorio sapienziale, all’*interpretatio* dei glossatori e commentatori.

Il percorso che conduce Grossi a definire l’esperienza giuridica medievale è graduale ma al tempo stesso fortemente unitario: Clau-

dia Storti ne indaga le matrici culturali, storicizzando l'itinerario che dai primi scritti porta, nel 1995, all'*Ordine giuridico medievale*. Lo studio sulle abbazie benedettine (1957) pone già in evidenza rilevanti acquisizioni: il ruolo ordinante della comunità (l'uguaglianza dei *fratres* fondata su una *mediocritas* cosciente, da intendersi come *simplicitas* e *humilitas* al servizio della *societas*), l'assenza del lusso dell'individualismo, l'immediatezza del rapporto con la terra, la presenza di un ordine naturale scritto nelle cose. La società medievale è « naturalmente giuridica », « è lo stesso ordine giuridico che vive », che si afferma nel *continuum* che lega naturalismo giuridico altomedievale e laboratorio sapienziale.

Il medioevo sapienziale è caratterizzato da un'intensa circolazione di studenti e di maestri, di libri che generano altri libri e che sono « testimoni autentici e vivi » di una realtà nuova che resta tuttavia ancora mondo dell'oralità e della memoria (Giacomo Pace). Un mondo proteso a fissare nessi tra il reale e la nominazione delle cose con le parole e al di là delle parole: nel medioevo — scrive Francesco Migliorino ribaltando « il paradigma del soggettivismo » — « la cultura tutta si sostanziava in forme simboliche per racchiudere la sua esperienza [...] oltre a *nominare* le cose, le parole contribuiscono anche a *farle*. Il diritto non è solo un insieme di norme destinate a regolare i rapporti sociali, non è il mero rispecchiamento dei valori creati da altre sfere dell'attività culturale, esso in realtà 'immagina la società' ancor prima di ordinarla e organizzarla ».

Grazie a un confronto ravvicinato con le *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune* (1960) Carlos Petit conferma la complessiva unitarietà del pensiero di Grossi. Il suo 'medioevo del dinero' è pensato in relazione e in opposizione alla modernità, al nominalismo di Pothier, all'« assolutismo monetario »: « La categoría del *assolutismo* valía en estas páginas por feudo, regalía, nominalismo... pero también por ley moderna del Estado ». L'intervento del potere sulla società, turbando un ordine autosufficiente, si presenta in ogni caso come assolutistico: il tema per un verso anticipa il concetto di assolutismo giuridico, per altro verso propone già netta la scelta di privilegiare la *scientia iuris* per leggere l'ordinamento giuridico. Aspetti uniti assieme dall'esigenza del presente, segnalata da Filippo Vassalli, di 'richiamare il diritto ai giuristi';

un'istanza questa che spinge a far emergere specularmente — come sottolinea Petit richiamando una recensione del 1995 di Francisco Tomás y Valiente all'*Ordine giuridico medievale* — un medioevo in cui tutto è armonico e perfetto e « todo es armónico y perfecto porque Grossi se sitúa en el mundo de las ideas y del pensamiento »: « ¿Dónde están los conflictos, las luchas de unos ordenamientos por imponerse sobre otros, las pugnas entre poderes temporales y espirituales, dotados éstos también de su estructura temporal? ».

4. *Pensare 'per casi'? Ordine giuridico medievale e « pos-modernità ».*

Certo, come più voci ribadiscono in questo volume e come Grossi stesso ha più volte ripetuto, il medioevo non può e non vuole essere un modello di ordine sociale e giuridico trapiantabile — a dispetto della storia e della geografia — in epoche e luoghi diversi. Tuttavia, proprio perché, come ci ricorda Costa, « i tempi storici non devono essere confusi con i tempi del calendario », si può anche affermare che sono le stesse scansioni temporali tracciate da Grossi ad offrire suggestioni per porre in connessione la complessità del medioevo e il venir meno della visione assolutistica del diritto nella 'pos-modernità': la fine della modernità è per Grossi *ritorno* di fattualità, di pluralismo, di complessità; ritorno di una visione integrale del diritto.

Thomas Duve non ha dubbi nel sostenere che il diritto medievale non rappresenta per Grossi un tipo storico qualsiasi. È con riferimento all'esperienza giuridica medievale, infatti, che la sua idea di diritto, la sua teoria storica del diritto, si cristallizza in modo evidente. A provarlo è la critica alla modernità, al riduzionismo moderno che ha immiserito quel diritto, *il diritto*, nella sola dimensione legislativa. Da questo punto di vista gli « elementi comuni » tra il diritto del medioevo e la « pos-modernità », intesa come *ritorno al diritto*, appaiono numerosi: la relazione tra unità e pluralità; la valorizzazione dei giuristi, dell'*interpretatio*, della giurisprudenza nella produzione del diritto; la considerazione del diritto come affare dei giuristi e non dei politici. Comunque la si valuti, tale 'teoria storica del diritto' — conclude Duve — offre suggerimenti preziosi per scrivere oggi una *legal history* « oltre la modernità ».

Non si tratta, però, di proporre il diritto medievale come modello, ma più semplicemente di ‘fare storia’, comparazione diacronica; si tratta di comprendere — chiosa Cappellini — il messaggio profondo di un *altro tempo*, conservando la consapevolezza che in ogni caso « il futuro resta totalmente da costruire ».

Senza squilli di tromba è allora possibile ricavare dal medioevo ‘lezioni’ (De Sanctis è lapidario: « il Medioevo è una lezione di umiltà istituzionale rispetto all’arroganza del soggettivismo moderno »), suggerimenti, suggestioni, per comprendere il presente, gettando un ponte tra medioevo e postmodernità. Se scompare lo spettro di un antistorico disegno di un medioevo prossimo venturo, resta tuttavia il problema posto dalle ‘interferenze della modernità’, il problema, diciamo così, della valutazione dello spazio collocato sotto la campata del ponte.

Michele Pifferi muove dalla casistica medievale verso la modernità, guardando al dibattito penalistico del presente, al ‘ritorno’ — perfino in ambito penalistico, il settore più tenacemente legato al comando del sovrano e vincolato al principio di legalità — di un approccio che muove dal caso per trovare la regola, per giungere alla ‘giusta’ disciplina. Le suggestioni per la comparazione non mancano, e non poche scaturiscono dalla lettura grossiana delle *Somme penitenziali* (1966); pagine in cui si insiste sulla « provvidenzialità del metodo casistico » che, rifuggendo « da ogni costruzione astratta, teoretica che la logica tende a irrigidire », si apre « ai dati dell’esperienza », alla concretezza del fatto e alle fragilità umane. « Il *pensare per casi* — scrive Pifferi — è un metodo di ragionamento che rifiuta categorie generali di responsabilità astrattamente definite a priori e conduce, invece, a valutare in ogni circostanza il nesso tra evento e coscienza dell’individuo, tra dimensione esterna ed interna ». Il *pensare per casi* suggerisce, insomma, l’idea di un diritto capace di aderire effettivamente al reale. Sul fondo resta l’interrogativo di quanto possa ‘il diritto penale casistico’ andar oltre la modernità giuridica, oltre le astrazioni (e le garanzie) segnate dall’alleanza tra scienza della legislazione e illuminismo.

La rappresentazione giuridica di tipo casistico consente di guardare il giuridico ‘dal basso’, proponendo una genesi fattuale e, inevitabilmente, particolaristica del diritto. La più fattuale, la più particolaristica tra le fonti del diritto medioevale è, del resto, la

consuetudine, una fonte cui Grossi attribuisce senza esitazione una valenza costituzionale. Sulla stessa linea, anche l'attenzione dedicata per decenni alle 'atipiche' proprietà collettive, difese per la specificità di ogni singola comunità, di ogni singola situazione, dal livellamento imposto dalla modernità (Raffaele Volante).

I fatti — sintetizza Maria Rosaria Ferrarese — sono i protagonisti dell'immaginario giuridico di Grossi e questo comporta « una rappresentazione giuridica in gran parte di tipo casistico, che contempla soluzioni ai problemi il più possibile aderenti alle singole questioni e situazioni ». La fattualità — la vicinanza del giuridico alla società, in tutte le sue varie espressioni — è il ponte che unisce il diritto medioevale e la 'pos-modernità'. Priva di varietà, incapace di aderire ai fatti, la modernità resta tagliata fuori: « nella scena giuridica allestita nella modernità mancavano i colori accesi delle scene di pittura fiamminga di Bruegel dedicate alla vita quotidiana, e i volti di artigiani e contadini in abiti di lavoro che davano un tono vissuto a quelle tele. Nel diritto moderno tutti quei colori sembravano spegnersi in un grigiore statalista che Grossi giudicava un impoverimento ».

5. *Comprendere il presente, ripensare la modernità.*

Il paesaggio in bianco e nero della modernità si afferma piallando i particolari e uniformando le tessere del mosaico medioevale; si afferma togliendo, riducendo, appiattendo, polarizzando. L'individualismo, l'affermazione di una mentalità (di una visione del mondo, di un'antropologia) individualistica, detta la direzione di marcia: fa svanire l'attitudine all'umiltà del singolo di fronte al mondo delle cose e ai gruppi, genera la pretesa di dominare e, persino, di creare l'ordine. Una gestazione lunga quella della modernità: mostra i suoi primi segni in pieno Medioevo (si pensi alle pagine dedicate — sulla scia degli studi Michel Villey — al volontarismo francescano, all'apparente paradosso del trionfo dell'individualismo possessivo generato dal pensiero di frati che *volevano* soltanto essere poveri), si manifesta con la tensione del sovrano a impadronirsi del diritto, a ridurlo a pura espressione della sua volontà, raggiunge il suo apogeo con « l'assolutismo giuridico » della codificazione civilistica, consacrazione dell'incontro di individuali-

smo e statalismo nel liberalismo borghese. La *creazione* legislativa del diritto rende il paesaggio uguale, privo dei particolari, dei colori, della 'carnalità', del diritto radicato nell'esperienza.

Osservata sempre dall'esterno, dal prima e dal dopo, la modernità disegnata da Grossi è temporanea compressione del reale in attesa della riespansione del diritto, del *ritorno al diritto*: non si realizza mai appieno come esperienza giuridica, non può farlo perché l'artificialità della legge — lontana com'è dalla « realtà di radici appartenente alla natura stessa del corpo sociale » — non mette (soltanto) in discussione l'ordine medievale, ma la stessa categoria interpretativa utilizzata per cogliere i tempi della storia.

L'accostamento alla storia del diritto moderno muove da un'istanza di comprensione, « *compréhension* la parola chiave della conoscenza storica »: Aurelio Cernigliaro tratteggia con cura l'influenza di Henri-Irénée Marrou sul pensiero di Grossi e i colloqui, gli incontri (insiste in particolare sul confronto con Franz Wieacker) che spingono a trasformare in progetto *per la storia del pensiero giuridico moderno* il senso di insoddisfazione nei confronti della separazioni tra storia e diritto, di una storia racchiusa nei confini della nazione e dell'erudizione, di un diritto condannato al formalismo. Le istanze del *Corso* del '68 sono ribadite nella prima *Pagina introduttiva* dei *Quaderni*: l'urgenza di affermare una storia del diritto *moderno* mira esplicitamente a colmare « lo iato fra diritto e coscienza sociale, fra diritto e cultura ».

La realizzazione del *progetto* impone lo studio della modernità, lo sguardo critico alla modernità. Le pagine di Grossi sono un continuo invito a ripensare la modernità, a considerarla — come scrive Clara Álvarez — a partire dalla postmodernità, movendo da una ricostruzione in cui modernità e postmodernità sono in un rapporto di imprescindibile e inseparabile complementarità e opposizione. I caratteri della modernità (l'antropocentrismo e l'individualismo; lo statalismo, la presenza 'in alto' di un soggetto politico con una vocazione totalizzante; la negazione del pluralismo e l'assunzione della legge a unica fonte del diritto) separano diritto e società, pongono una frattura tra l'ordine iscritto nelle cose e l'ordine voluto; un ordine quest'ultimo inevitabilmente assolutistico. L'analisi della modernità nasce dalla postmodernità (« el análisis de Grossi de la modernidad se lleva a efecto adaptando un discurso metajurídico

pertenecente al campo de la posmodernidad »); è — afferma Alvarez, misurando prossimità e distanze tra il pensiero grossiano e le teorie postmoderne — il discorso di un intellettuale che *contro* la modernità disegna un nuovo umanesimo caratterizzato dal richiamo a valori comunitari, dal ritorno del diritto alla concretezza.

Pensare il presente impone di ripensare la modernità: in questa chiave Giuseppe Duso intesse un fitto dialogo con l'opera di Grossi per affidare « un compito nuovo » alla filosofia politica (e al diritto), per « reinventare la democrazia ». Al centro dell'attenzione è ancora la visione del 'moderno', il confronto tra modernità e postmodernità. Duso radicalizza la rappresentazione grossiana, rendendo più stridenti i contrasti « tra la logica legittimante della costituzione formale e la concreta realtà costituzionale », più evidenti « le aporie del dispositivo moderno ». Lo sguardo storico affrancato dai paraocchi imposti dalla modernità diviene così il presupposto indispensabile per ripensare la politica e il diritto, per superare la centralità del fattore politico-rappresentativo e affermare una 'costituzione senza Stato', per pensare la democrazia oltre l'orizzonte della sovranità.

Luca Mannori affronta direttamente il problema della modernità, della costruzione del moderno, nell'opera di Grossi, mettendone a fuoco in dense pagine critiche 'il regime di storicità'. Il moderno di Grossi si presenta « come una sorta di universo rovesciato », costruito « in maniera speculare » rispetto all'assetto reicentrico del medioevo. Preparata da una gestazione lunghissima, la modernità nasce imperfetta, contraddittoria, e dura lo spazio di un mattino: « Un epocale processo di trasformazione civile avrebbe generato, come proprio esito, una modernità giuridica così fragile e breve da entrare in crisi al primo incrinarsi dell'ordine 'borghese', lasciando il posto a sua volta ad uno scenario in cui riaffiorano irresistibilmente parecchi tratti del medioevo perduto ».

Guardando dall'alto del ponte teso tra medioevo e postmodernità, Grossi ricerca risposte alle domande specifiche rivolte alle sue fonti: la modernità che vede — la dimensione potestativa statale, l'abbraccio soffocante del potere politico nei confronti della dimensione giuridica — è quella che infrange il giuridico in un insieme di « insularità sovrane », entità potenti e fragili strette tra un prima e un dopo. Se il futuro, dopo la modernità, è già oltre lo Stato, il passato resta incerto, muta con le domande che gli poniamo, presentandosi

ora più vicino, ora più lontano. Diego Quaglioni si interroga sul punto di discontinuità con il medioevo e, leggendo teologia, politica e diritto in Paolo Sarpi, mette a fuoco il « monismo ordinamentale del grande servita », il contributo alla rielaborazione, oltre Bodin, di una dottrina moderna della sovranità. Per quanto semplici, i caratteri e i tempi della modernità non sono tuttavia univoci: le scorciatoie esemplificatrici rischiano di offrire una storia impoverita del suo affermarsi, della sua presenza o assenza. Tamar Herzog allarga lo sguardo e decostruisce l'idea di una modernità giuridica manifestatasi in maniera più evidente oltreoceano, nello Stato coloniale, nella dimensione dell'Impero, ove la legislazione reale accentrata avrebbe incontrato minori resistenze.

Il momento in cui la modernità giuridica 'si compie' si ha, per Grossi, con la codificazione civilistica: punto di approdo del processo di statalizzazione del diritto e di riduzione del giurista a 'mero esegeta', « sempre più ridotto al rango passivo di aggiustatore tecnico di meccanismi alla cui produzione egli è e si sente totalmente estraneo ». Nata in provocatoria risposta ai festeggiamenti per il bicentenario della Rivoluzione francese, la tesi dell'*assolutismo giuridico* rafforza nel presente il progetto di storicizzazione del diritto, la necessità di superare legicentrismo e statalismo. L'urgenza del presente impone, diciamo così, di assolutizzare l'assolutismo giuridico, distogliendo lo sguardo dalle permanenze, dalle differenze tra il codice e la semplice legge. Pio Caroni, continuando un franco dialogo amicale, sottolinea l'estraneità del codice svizzero all'assolutismo giuridico e, spostando l'attenzione sulla società e gli interpreti destinatari del messaggio del Codice, invita a sostituire l'immagine della rottura drastica con quella di un processo di cambiamento « lungo, laborioso, controverso ». Anche per Stefano Solimano l'assolutismo del legislatore non può che esser letto alla luce della *Wirkungsgeschichte*, « immergendolo nel flusso della storia, nell'atto cioè del suo inveroamento, nel suo 'farsi' all'interno della società del XIX secolo ». E così anche Jean-Louis Halperin che relativizza l'assolutismo giuridico grossiano ponendo in relazione norme, idee giuridiche ed esperienza sociale, guardando all'opera della giurisprudenza e alle voci protese a « *réduire l'empire de la codification* ».

Nessuno nega tuttavia la ‘portata euristica’ dello schema interpretativo proposto da Grossi. Ricardo Fonseca insiste sul ‘potenziale giuridico’ del concetto, sulla possibilità di utilizzarlo anche in un contesto diverso come quello brasiliano perché « assolutismo giuridico » è, prima di tutto, una mentalità sempre pronta a far ritorno e a occupare il cuore e la mente del giurista.

6. *Decodificare il Novecento giuridico.*

La modernità riduce la complessità del giuridico: astrazione, formalismo, normativismo, positivismo sono strumenti incapaci di leggere il sociale, forme che non abbracciano l’oggetto, enunciati senza corrispondenza con la sostanza delle cose: « Per Grossi — scrive Francesco De Sanctis — la Modernità è come un’onda irresistibile che spazza, con la sua concentrata, violenta, intenzionata *reductio ad unum*, il multiverso ordinamentale accumulatosi in secoli di auto-organizzazione sociale e giurisprudenza teorica e pratica. Onda che, però, esaurita la sua potenza di ‘lavacro’ istituzionale, comincia a farsi risacca, dando vita a correnti retroagenti, a riflussi, a riemersioni da cui riaffiora il molteplice istituzionale (pluralismo), l’eterogeneo giuridico (varietà di fonti), l’incerto teleologico (imprevedibilità), l’incalcolabile esistenziale (incertezza) rimasti provvisoriamente sommersi. Questo è il mondo del Post ».

Il Novecento giuridico è parte della modernità e, oltre la modernità, è nel *mondo del Post*: il ‘secolo lungo’ è punto di arrivo di inquietudini presenti già a fine Ottocento nelle pagine di « giuristi eretici », attenti a registrare lo iato tra le formule astratte della codificazione e la concreta realtà sociale (esemplare in tal senso il percorso di Cesare Vivante tracciato da Ferdinando Mazzarella); è crisi del progetto giuridico della modernità che si congiunge con l’odierna crisi delle fonti; è secolo di fertili intuizioni e disagi ricostruttivi, di ricerca di un difficile (impossibile?) equilibrio tra politica e ‘autonomia’ del giuridico (come mostra Laura Moscati seguendo l’apporto della Facoltà giuridica fiorentina al Codice civile del 1942); è secolo della « demitizzazione della modernità », del ritorno al diritto e, conseguentemente, « secolo della liberazione del giurista » (Giovanni Chiodi). L’opposizione tra modernità e post-modernità è nel Novecento il punto di gravitazione di una serie di

coppie concettuali che individuano campi di tensione che Grossi utilizza per leggere i segni del cambiamento, per scardinare *le mitologie giuridiche della modernità*, per individuare le voci fuori dal coro dei « giuristi più originali, più visionari, più pronti a varcare i confini e ad ampliare lo sguardo sui nuovi fenomeni economici e sociali, a riformare, se non a rivoluzionare, il metodo » (Chiodi).

Demitizzare per Grossi significa storicizzare la modernità, farle perdere il carattere di presunta oggettività: seguendo il tema cruciale delle comunità intermedie, Irene Stolzi considera gli « sguardi irri- tuali » con cui Grossi invita a riscoprire la complessità dell'ordine giuridico attraverso la ricerca storica. La critica della sistematica distruzione rivoluzionaria e ottocentesca delle comunità intermedie da un lato mostra il paesaggio giuridico impoverito dell'Ottocento, dall'altro indica la necessità di voltar pagina per leggere la realtà del Novecento con occhiali nuovi. 'Una chiave di decodifica' del Novecento è senz'altro offerta dal percorso analizzato da Alberto Spinoza, quello del passaggio dalla legge ai principi, dalla norma ai principi: non si tratta per Grossi di un avvicendamento congiunturale tra fonti giuridiche ma di un cambiamento epocale che implica una vera e propria « inversione di valori » rispetto al passato.

Per mettere a fuoco il contrasto *tra moderno e posmoderno* Grossi considera principalmente *il diritto civile*. Il passaggio *dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, che campeggia nel titolo del suo ultimo libro, indica quello che *il diritto* è, quello che il diritto deve tornare ad essere, *recuperando* la sua intrinseca storicità, ristabilendo « coerenza fra forme giuridiche e sostanza sociale ». Seguendo gli scritti del 'Grossi penalista', Marco Miletto si chiede fino a che punto tale progetto possa essere assunto nel diritto penale. L'interrogativo è cruciale. Legato com'è alla sovranità, al comando, alla dimensione imperativa, il diritto penale (diritto 'voluto' 'creato' 'imposto' dal legislatore) rappresenta l'estremizzazione della modernità giuridica, la dimensione « più attigua alla statalità, alla legalità legale, alla chiusura del giuridico entro la muraglia del formalismo e dello statalismo ». Ma è davvero possibile spingersi 'oltre la muraglia' nel diritto penale, prescindendo dai valori, dai principi, dalle garanzie derivanti dall'illuminismo? Fino a che punto è possibile allentare il nesso tra politica e diritto? Può davvero la « pos-modernità » fare a meno della modernità?

7. *Oltre la modernità, oltre la legalità.*

Nelle pagine di Grossi *'pos-moderno'* e *recupero del diritto* si muovono assieme non solo *oltre* la modernità, ma anche decisamente *contro* la modernità. Secondo Maria Rosaria Ferrarese la netta contrapposizione tra i due mondi giuridici risponde a una strategia di comunicazione scientifica: il ribaltamento del paradigma esistente pone su basi diverse, per lo più antitetiche rispetto alla concezione moderna, un nuovo ordine. In questa posizione *'militante'* «l'immaginario giuridico grossiano» è sostenuto da due elementi: la globalizzazione e il costituzionalismo novecentesco. Evidenziando l'affermarsi di un diritto *'indipendente'* dagli Stati e legato alla società, un ordine in cui l'*interpretatio* torna a svolgere un ruolo centrale nel dar forma all'esperienza, entrambi i fattori svolgono un ruolo decisivo nel radicalizzare la contrapposizione tra modernità e postmodernità.

La costituzione postmoderna tratteggiata da Grossi è *'attenta alle cose'*, non è in continuità con le *'Carte dei diritti'* sette-ottocentesche, non è espressione di astratto volontarismo (dell'astratto volontarismo della modernità) ma di *«conoscenza»* della realtà: «i Costituenti non vollero creare alcunché, ma *leggere* nel sostrato valoriale della nuova realtà democratica italiana»; la costituzione stessa è *«interpretazione/invenzione»* del diritto radicato nella realtà; e di conseguenza le fonti del diritto sono tutte accomunate entro una visione pluralistica, *«tutte accomunate da un riscoperto carattere inventivo»*, con tutti i protagonisti del mondo giuridico (legislatore, giurisprudenza, scienza, prassi) parimenti coinvolti in una costruzione corale dell'ordine. Respingendo la pretesa dello Stato *«di giganteschiare nella sua esclusività di unico soggetto politico e unico creatore di diritto»*, Grossi richiede con forza *'la lettura'* dei principi di pluralismo e autonomia riconosciuti dalla Costituzione: basti pensare — da questo punto di vista — alle pagine polemiche dedicate all'inattuazione dell'autonomia universitaria considerate nel saggio di Giovanni Tarli Barbieri.

Come nota Lorenzo Ornaghi, l'interpretazione della Costituzione italiana proposta da Grossi converge con le sue riflessioni storiche sul *«trasformarsi e deperire della modernità»*: una convergenza che trova il suo suggello nella *lectio doctoralis* tenuta nell'Uni-

versità di Macerata nel 2013, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno*, un testo in cui Grossi disegna « senza alcun chiaroscuro » una costituzione che, demolendo « la muraglia cinese costruita fra società e diritto durante la modernità », opera la *riscoperta* della « natura autentica » del diritto come « ordinamento della società », di « quella onticità che lo statalismo moderno aveva, per un verso, depauperato e, per un altro verso, profondamente alterato ». Insistendo sullo stesso testo, Luigi Lacché considera il percorso che porta Grossi alla ‘invenzione’ della Costituzione: « partito dal problema dell’ordine giuridico come esperienza ha concluso il suo lungo e fertile viaggio giungendo alla mèta della Costituzione da leggere non solo come tavola fondamentale dei valori e dei principii ma anche come la maggiore testimonianza di quella radicale rivoluzione novecentesca che aveva contribuito a trasformare la nostra percezione del diritto e della stessa scienza giuridica ».

L’invito « sorprendente e quasi provocatorio » ad andare *oltre la legalità* « arriva lentamente, da lontano, *lungo la linea*, come amava dire »: Bernardo Sordi segue il percorso che porta a quell’approdo, alla ricerca di un nuovo equilibrio tra *Gesetz und Recht*, e di un ruolo *inventivo* per gli interpreti, in primo luogo i giudici, chiamati al corale lavoro di attivazione dell’ordinamento: « Non si tratta — precisa Sordi — di ricadere nell’alternativa savigniana tra un legicentrismo da rifiutare e un modello sofocratico da vagheggiare, [...] ma di scoprire nuovi percorsi integrativi della legittimazione del potere »; si tratta di immaginare che « un’altra legalità non solo è possibile, ma è necessaria e va intesa, sul piano dei principii, come un tessuto di supporto e integrazione delle attuali inadeguatezze del principio, delle sue insufficienze garantistiche, non contro un meccanismo rappresentativo di cui, nonostante le vistose inadeguatezze, non possiamo fare a meno, ma per una più sincera inventariazione delle plurime giuridicità del presente e delle connesse necessità di garanzia ».

È proprio della possibilità di giungere a uno sviluppo ‘corale’ delle garanzie costituzionali e dei diritti andando oltre la legalità che dubita, invece, Lopez y Lopez, nel suo dialogo critico con il pensiero di Grossi volto a un « *mejor entendimiento de las cosas* »: la vicinanza del giudice al caso concreto non può essere intesa in modo

automatico come più giusta, né si può dare per scontato che ‘oltre la legalità’ si realizzi effettivamente una corrispondenza non artificiosa tra forma e sostanza. Gli interrogativi si moltiplicano: la marginalizzazione della legge offre davvero una buona notizia ai fini della realizzazione dei diritti? È davvero possibile sostenere l’uguaglianza sostanziale, nucleo fondante dello Stato sociale, senza la legge, senza la *interpositio legislatoris*, confidando nella debole incidenza della *Drittwirkung der Grundrechte*? E ancora: senza alterare il principio democratico, è davvero possibile rinunciare alla « hetero determinación fundamental de la actividad judicial », rinunciare all’idea di una limitazione del potere giudiziario, ritenendolo per definizione ‘salvifico’?

Sebastián Martín considera *le origini politiche del controllo di costituzionalità* e pone sul piano storico interrogativi non dissimili, mettendo in discussione la linearità del passaggio dalla supremazia ottocentesca del legislatore al nuovo scenario ‘giudiziale’. Ribaltando la configurazione grossiana, Martín fa presente che *oltre la legalità* è incombente il rischio del rovesciamento dell’assolutismo giuridico in un non meno pericoloso assolutismo giudiziario.

Difficile, quindi, sfuggire alle contrapposizioni. Forse — come suggerisce Cappellini — è necessario modificare la prospettiva e considerare che andar ‘oltre la legalità’ può leggersi come invito a una « legalità ‘globale’ », in grado di coinvolgere legislatore e giurisprudenza nell’affermazione della *rule of law*, nell’affermazione di un primato del diritto.

8. *Potere, poteri e processi di transizione storica: la questione della politica.*

La lettura grossiana della « pos-modernità della Costituzione » muove da una visione che viene da lontano, radicata nei fondamenti teorici del suo pensiero. Se il diritto è forma dell’esperienza, se l’ordinamento è naturalmente iscritto nelle cose, se compito del giudice (dei giuristi, così come del costituente) è *soltanto* quello di leggere la realtà delle cose, di immergersi nell’esperienza, non si potrà che negare lo spazio occupato dal diritto derivante da un potere accentrato, qualunque esso sia. In questa rappresentazione la politica resta sempre ai margini, il nesso tra diritto e politica, tra

diritto e potere, non è mai tematizzato sino in fondo. La politica (il potere statale, lo Stato) ora è posta in primo piano, la sua visibilità — esasperata dall'ambizione assolutistica del sovrano di dominare tutte le relazioni sociali — nega e assorbe il diritto; ora invece diviene invisibile, assorbita com'è nel magma della corrispondenza tra diritto ed esperienza. Ovviamente, l'*interpretatio* (l'*inventio*) è operazione attraversata da un'intrinseca politicità, essa però è una politicità ordinata dall'*essere* del diritto, dalla capacità della scienza giuridica di leggere il divenire della vita e dell'esperienza, di saper dar voce alle relazioni plurali poste a sorreggere l'ordinamento.

La questione del rapporto tra diritto e politica è un punto nevralgico della costruzione storico-giuridica grossiana. Continuando un colloquio tanto affettuoso quanto fermo nel marcare la distanza delle posizioni, Massimo Luciani concentra l'attenzione sul potere costituente, sul problema della fondazione dell'ordine costituzionale, sottolineando l'assenza nel discorso di Grossi del riferimento a « una decisione fondativa ». Un'assenza questa che, secondo Luciani, impedisce di spiegare 'i passaggi rivoluzionari' e, paradossalmente, non consente a Grossi di cogliere appieno *il momento* storico di affermazione della Costituzione; *un momento di fondazione* che è (anche) scelta politica, « necessario dispiegamento del potere costituente, potere nel quale è sempre presente un elemento di artificialità e di contingente soggettivismo politico ».

Di ordine diverso, ma pur sempre centrate sulla questione della politica, sono le considerazioni di Lorenzo Ornaghi riguardo alla lettura grossiana dei processi di transizione. Quando i processi di transizione storica divengono più veloci e scomposti, anche il potere politico si trasforma: nel passaggio dal moderno al 'pos-moderno' occorre pertanto assumere che anche il potere politico « è scosso nelle funzioni distributive e in quelle produttive di ulteriore potere », innescando processi che « intersecano e interferiscono con i mutamenti della società e con quelli dell'unità politico-statale ». Se così è, non si può allora ritenere — come in fondo fa Grossi — che le costituzioni dell'età 'pos-moderna' siano immuni « dal rischio di essere usate per materializzare (nuovamente, e in contingenze storiche, peraltro, ormai avverse a ogni pretesa di 'compiutezza' del potere) la supremazia della politica nei confronti della società ».

Per altro verso è la stessa idea grossiana di una « fattualità » naturalmente lontana dalla politica a suscitare perplessità: « la fattualità giuridica tace sulle strutture di potere, che oggi sono non solo quelle pubbliche, ma anche e soprattutto quelle private, che restano in gran parte invisibili » (Ferrarese).

Da più parti, dunque, si considera la questione della politica come il punto fragile della complessiva ricostruzione storico-giuridica di Grossi; una ricostruzione che non riesce a scorgere compiutamente il cambiamento rivoluzionario, il potere costituente (il volere un ordine diverso), le trasformazioni del potere politico nelle fasi di transizione storica, le interrelazioni tra il potere accentrato e la microfisica dei poteri sociali, tra la complessa articolazione istituzionale del potere centrale e l'interazione sociale complessiva. La « reticenza » a un confronto con questi profili si spiega, secondo Pietro Costa, con riferimento « alla specificità della 'domanda' su cui Grossi ha insistito, senza deviazioni, in tutto l'arco della sua parabola euristica »; una domanda che « non riguarda i rapporti fra il potere e il diritto, fra il comando e la norma, fra la forza e l'obbedienza, ma si concentra sulla sociogenesi del fenomeno giuridico, sull'inerenza delle forme giuridiche all'esperienza ».

9. *L'attrazione del reale e la nominazione delle cose.*

L'interesse di Paolo Grossi per il diritto canonico e il diritto agrario, un interesse costante mantenuto nel corso della sua intera vita scientifica, fa emergere un tratto tipizzante, forse *il* tratto tipizzante, del suo approccio al giuridico: il realismo immaginativo, l'attrazione per il reale costantemente protesa ad *andar oltre*.

L'esperienza giuridica medievale disegnata da Grossi è caratterizzata, come sappiamo, da una profonda unitarietà, da una sostanziale continuità tra alto e basso medioevo, tra la fattualità e il naturalismo giuridico altomedievale e il medioevo sapienziale. La continuità è assicurata dalla *scientia iuris* che 'sa leggere' e legge 'i fatti' inforcando occhiali giusti, andando *oltre* il testo antico, *oltre* la rigidità della norma, interpretandola, elasticizzandola, tradendola, per garantire l'inerenza del diritto al reale. L'*aequitas*, la valvola di sicurezza dell'ordinamento medievale, unendo terra e cielo, consente di dar forma giuridica all'inesauribile varietà del reale: il

giurista deve *cercare di garantire la giustizia del caso concreto, tenere sempre conto della fragilità degli uomini, considerare le condizioni varie delle persone, delle motivazioni, dei tempi e dei luoghi*. La decretale di Onorio III è per Grossi monito continuo proveniente da quel mondo «altro» a cogliere la sostanza del reale alzando lo sguardo, guardando oltre la rigidità della legge.

Di fronte al bianco e nero del diritto della modernità, il diritto canonico, assieme al diritto agrario, assume non a caso il ruolo di *contromodello*, di *rovescio* del positivismo, del legalismo e del formalismo (Carlo Fantappiè). Il diritto moderno, che non sa 'andare oltre', non può comprendere 'la terra', cogliere le diversità, dar forma effettiva all'esperienza. «La assoluta *alterità*, la marcata *alienità*» (Antonio Iannarelli) delle proprietà collettive rispetto all'individualismo e allo statalismo sono prova provata di una modernità miope e uniformante che nega ogni forma di pluralismo. La necessità di far emergere e difendere «la storia fragile» degli assetti fondiari collettivi significa per Grossi difendere 'una alterità', un diritto 'altro', connotato da una sua 'strutturale atipicità' e per questo impossibile da schiacciare entro le categorie formali della modernità (Raffaele Volante).

Non c'è da stupirsi allora del fatto che Grossi consideri l'emersione del diritto agrario un'espressione della postmodernità giuridica (*Fattualità del diritto pos-moderno: l'emersione di un diritto "agrario" in Italia*, 2016). A render «pos-moderno» il diritto agrario è la lotta per l'autonomia portata avanti dagli agraristi ai primi del Novecento, è la rivolta contro le uniformanti categorie civilistiche, la considerazione di soggetti concreti 'in carne e ossa', la propensione a prospettare, *oltre* la piatta superficie del paesaggio giuridico generale e astratto della modernità, «un paesaggio giuridico agrario connotato di diversità, di particolarismo, di specialità». Il diritto agrario è naturalmente vocato «a prendersi carico delle cose nella loro diversità strutturale, [...] a prendersi carico di tutte le creature carnali coinvolte nel mondo agrario».

Lasciarsi attrarre dal reale, prendersi carico della diversità degli eventi, dei paesaggi, delle creature viventi, della terra. Saper riconoscere, invenire, le cose, saperle nominare andando *oltre*. Profili non disgiungibili nel realismo immaginativo di Paolo Grossi. Lasciti consegnati nei suoi libri in epigrafi affidate a poeti che gli

erano cari: l'*appartenenza alla terra* richiamata nel verso di Ungaretti premesso a *Il dominio e le cose*; la *nominazione delle cose, delle cose e degli eventi*, dei versi di Mario Luzi anteposti all'*Invenzione del diritto*, e qui rubati per tentare di racchiudere in un distico una voce, una presenza.

*** **

Nella terribile estate dello scorso anno ci hanno lasciato Maurizio Fioravanti e Bartolomé Clavero. A Maurizio sarà dedicato il volume 139 della *Biblioteca* che raccoglierà gli Atti della giornata di studi in sua memoria, tenuta lo scorso 10 marzo al 'Centro di studi': *Lo Stato costituzionale: radici e prospettive*; a Bartolomé, che con i suoi scritti ha accompagnato e sorretto anno dopo anno i *Quaderni*, alla sua storiografia 'militante', è dedicato il ricordo di Pietro Costa inserito nella sezione *Testimonianze*.

*Modelli e dimensioni:
storicità del diritto e dialogo con i giuristi*

CARLO FANTAPPIÈ

LE INFLUENZE DEL CATTOLICESIMO FIORENTINO E DEL DIRITTO CANONICO NELL'OPERA DI PAOLO GROSSI

« Il guaio è che abbiamo una maledetta ignoranza del diritto canonico, elaborato dalla Chiesa Romana con assidua opera in tutti i venti secoli della sua storia » ⁽¹⁾.

1. Paolo Grossi e il « senso del mistero ». — 2. Gli stimoli intellettuali dell'ambiente cattolico fiorentino. — 2.1. Il « Chiostro Nuovo » e le figure di riferimento. — 2.2. Il legame con la rivista « L'Ultima ». — 2.3. I « Convegni per la pace e la civiltà cristiana ». — 3. Verso la definizione del metodo. — 3.1. La categoria di « esperienza giuridica ». — 3.2. La connessione fra diritto e teologia. — 3.3. La dimensione storico-antropologica del diritto. — 3.4. La concezione pluralista e personalista dello Stato. — 4. L'incidenza del diritto canonico sul modello di diritto. — 4.1. L'ordinamento canonico come ordinamento autonomo. — 4.2. I caratteri differenziali del diritto canonico rispetto al diritto dello Stato. — 4.3. Il diritto canonico come « mentalità giuridica ». — 5. Conclusioni.

Leggendo il titolo del presente saggio, più d'un lettore si potrebbe porre alcune domande sulla pertinenza e sull'utilità del suo contenuto. Quale tipo di influsso, se non assai limitato e settoriale, può avere esercitato il diritto canonico nella costruzione dottrinale di Paolo Grossi? E, inoltre, che parte significativa possono avere avuto le idee dei cenacoli religiosi fiorentini in un campo estraneo o almeno collaterale come quello da lui praticato della storia del diritto?

Queste domande, per quanto legittime, non si confrontano, però, con due elementi, e cioè il fatto che Grossi ha ripetutamente dichiarato il suo debito intellettuale verso il diritto della Chiesa e

⁽¹⁾ P. GROSSI, *La vita nel diritto*, Napoli, 2012, p. 35. Il presente saggio è stato scritto in segno di personale riconoscenza per la vicinanza e l'incoraggiamento ricevuto da Paolo Grossi.

che, nelle sue interviste autobiografiche, non ha mancato di sottolineare gli stimoli intellettuali provenienti dal cattolicesimo fiorentino. D'altra parte, pretendere di ricondurre le sue posizioni a una determinata prospettiva è quanto mai fuorviante in rapporto alla 'apertura' di orizzonti o alla 'circolarità' della sua cultura giuridica ed extragiuridica. Mi sembra allora che la migliore via percorribile, nella ricostruzione del percorso intellettuale di Grossi, sia quella di porre in relazione fra loro le diverse tessere del mosaico che hanno concorso alla configurazione della sua impostazione scientifica durante il periodo che va all'incirca dal 1952 fino al 1968.

1. *Paolo Grossi e il «senso del mistero».*

Sembra pacifico che non si possano separare le opere dallo studioso che le ha create. E lo studioso porta in sé, oltre il bagaglio scientifico di cui è fornito, tutta la sua *humanitas*. Questa, nel caso di Paolo Grossi, era particolarmente ricca e sfaccettata: in lui convivevano e si armonizzavano il docente, lo studioso, il maestro, l'accademico, l'uomo di Stato, ecc. Ma chi lo ha conosciuto e frequentato non può esimersi dal tener conto che la sua personalità era segnata da idee forti e solide. Come ha notato Antonio Padoa Schioppa, «Paolo Grossi era una persona dalle convinzioni ideali radicate, non solo sul fondamento della sua intensa fede religiosa ma anche quanto al ruolo del diritto nella società» (2). Aggiungerei, anticipando le conclusioni, che la sua personalità era segnata da un duplice connotato apparentemente contraddittorio: era, infatti, al contempo profondamente religiosa ed estremamente laica, anche in rapporto al suo atteggiamento verso le istituzioni dello Stato e verso la politica.

Per comprendere il suo profilo di *homo religiosus*, mi sembra utile ricordare una frase in lui usuale nelle conversazioni che ab-

(2) A. PADOA SCHIOPPA, *Ricordo di Paolo Grossi*, in «Italian Review of Legal History», 8 (2022), 19, p. 639. Si è anche notato che «i punti intellettuali di contatto» fra Grossi ed altri giuristi, come ad esempio Giorgio Berti, «possono essere visti come affioramenti di una comune visione della vita, della storia, dell'itinerario della storia verso un approdo metastorico» (E. MAURO, *Dialogo su Giorgio Berti con Paolo Grossi*, in «Diritto pubblico», 2011, 3, p. 1033).

biamo avuto, la quale assumeva quasi un carattere programmatico: « Siamo circondati dal mistero ». Per quel che posso comprendere, in prima battuta « mistero » aveva per lui un'accezione diversa sia da « irrazionale » sia da « sacro ». Si poneva sul terreno della concreta esperienza di vita, stava a significare il superamento di un ristretto concetto di ragione, l'attitudine costante all'ascolto, l'apertura del soggetto alla complessità dell'esperienza. In questo senso « mistero » è ricerca, ritrovamento, riconoscimento dei significati della vita e della realtà. Prima ancora di essere un rinvio alla trascendenza, il « mistero » si trasforma in un « canone metodico »: rappresenta non l'esclusione della conoscenza bensì un invito ad andare alla radice delle cose per cogliere i nessi strutturali della realtà umana, sociale, naturale che ci circonda.

Si può supporre che in Grossi il concetto di « mistero » abbia avuto una precisa fonte, perché da lui più volte evocata: la conoscenza personale e la passione per le opere di Gabriel Marcel. Non a caso il tema fondamentale della riflessione di questo filosofo esistenzialista cattolico è, come ci dice il titolo di una sua opera, *Le Mystère de l'Etre* del 1951, dove egli svolge la differenza fra « problema », come un dato oggettivabile ed esterno, e « mistero », come una realtà « la cui essenza è [...] di non essere tutto intero davanti a me » e, dunque, come qualcosa « in cui mi trovo coinvolto », che rinvia alla dimensione della trascendenza e annulla la distinzione ontologica tra il soggetto e l'oggetto ⁽³⁾. « Il mistero è perciò metaproblematico, non può essere dimostrato, ma soltanto riconosciuto e ricondotto alla questione del fondamento dell'esistenza » ⁽⁴⁾. Proprio partendo da questi presupposti antidealistici e antipositivistici, la filosofia di Marcel rifiutava un concetto astratto di uomo e vedeva l'esistenza come incarnazione.

Certamente questa impostazione filosofica, se era del tutto opposta alla visione formalistica del diritto come oggettivazione di norme, risultava però assai congruente a una concezione relazionale del diritto, come manifestazione-rivelazione dell'essenza della vita sociale nell'esperienza concreta dei rapporti che legano persone e

⁽³⁾ G. MARCEL, *Le Mystère de l'Etre*, 2 voll., I. *Réflexion et Mystère*; II. *Foi et Réalité*, Paris, 1951.

⁽⁴⁾ P. LIA, *Mistero*, in *Enciclopedia Filosofica*, vol. VIII, Milano, 2006, p. 7472.

beni. In questo senso il « senso del mistero » in Grossi era un *habitus* conoscitivo che investiva la dimensione giuridica e, al contempo, interessava la dimensione speculativa e religiosa.

Ora, nell'itinerario formativo di Grossi la categoria del mistero di Gabriel Marcel non è una monade; si congiunge con una serie di altri autori e testi, il primo dei quali è *L'Action* di Maurice Blondel, da lui personalmente studiata ai tempi del liceo. La fenomenologia dell'azione è posta dal filosofo francese al centro dell'analisi dell'esperienza umana per cogliere ciò che vi è di contraddittorio, di inesplicabile e di misterioso. L'azione, infatti, rinvia sempre a un senso di ulteriorità (« il centro dell'azione individuale risulta trasposto all'infinito ») e di trascendenza (nasconde dentro di sé « un fine trascendente in rapporto a tutti gli elementi inconsapevoli o consapevoli » che la costituiscono) ⁽⁵⁾.

Il concetto di mistero si collega poi fortemente con il pensiero di Giuseppe Capograssi. Nella lettura che ne dà Grossi, il « senso del mistero » parte dal concetto di esperienza giuridica e investe la storia non solo nella sua totalità di epoche e di tempi, ma nella sua proiezione trascendente, è insomma espressione della dialettica fra tempo ed eternità ⁽⁶⁾.

Infine la categoria di mistero è rilevante anche negli scritti di François Génys, altro autore caro a Grossi. Il merito di questo giurista francese consiste nell'aver recuperato « un ruolo creativo del giurista, nella consapevolezza che il diritto è connesso alla ricchezza della vita e della storia e che il giurista a null'altro deve cercar di giungere se non 'au centre du grand mystère du droit' ». Un'espressione, quest'ultima, che veniva così commentata da Grossi: « Quando il diritto è un mistero, significa che è collocato nella realtà più profonda della società e che il giurista può individuarne le radici scavando ben oltre lo spessore minimo della legge, dell'atto amministrativo, dell'artificio e del velame delle forme. Quando il diritto è

⁽⁵⁾ M. BLONDEL, *L'Action. Essai d'une critique de la vie et d'une science de la pratique*, Paris, 1893, pp. 277 e 288 (ed. it. a cura di S. Sorrentino, Cinisello Balsamo, 1993, pp. 376 e 388).

⁽⁶⁾ P. GROSSI, *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi*, in ID., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, I, Milano, 2008, p. 645.

mistero, l'esegesi non può che vanificarsi. Il mistero esige comprensione, non spiegazioni » (7).

È chiaro che il riferimento al pensiero di Gabriel Marcel non è fortuito né irrilevante: nella memoria autobiografica di Grossi esso trova la sua precisa collocazione nel contesto culturale e religioso della Firenze degli anni Cinquanta del secolo scorso (8). Un *milieu* che ritengo di fondamentale importanza per capire sia gli stimoli intellettuali sia l'impostazione metodologica del futuro storico del diritto e giurista.

2. *Gli stimoli intellettuali dell'ambiente cattolico fiorentino.*

Nel *Dialogo* con Guido Alpa del 2011, Grossi non esita a definire il clima culturale fiorentino dell'immediato dopoguerra in termini alati: « europeo, arioso, apertissimo », in particolare egli sottolinea che la « Firenze religiosa » « viveva allora una avventura singolare e feconda, e il rovetto ardente — per riprendere la bella e nota espressione di Jemolo mutuata dal Libro dell'*Esodo* — vi bruciava ancora con fiamma viva » (9). Grossi aggiunge un'indicazione biografica per noi preziosa: « Un contributo non secondario mi venne anche, in quegli anni germinativi, dalla mia assidua frequentazione di un Circolo culturale di ispirazione cattolica (ma aperto a un sostanziale pluralismo), 'Il Chiostro Nuovo', al quale era iscritto mio padre ». E aggiunge: « Quel Circolo [...] fungeva da palestra per alcune vivaci avanguardie cattoliche » (10).

(7) P. GROSSI, *Storia sociale e dimensione giuridica*, in *Festschrift für Hans Thieme zu seinem 80. Geburtstag*, hrsg. von K. Kroeschell, Sigmaringen, 1986, p. 171 nota 28. Cfr. anche P. GROSSI, *Ripensare Gény*, in ID., *Nobiltà del diritto*, I, cit., p. 241. Grossi conosceva bene anche *Ultima verba*, dove Gény esprimeva la sua filosofia religiosa (libretto tradotto in Italia da Giovanni Ambrosetti e pubblicato a Roma nel 1956 con prefazione di Felice Battaglia).

(8) Sulla rilevanza della relazione fra « sapere » e « luoghi » in Grossi si veda M. TIMOTEO, *Grammatiche del diritto. In dialogo con Paolo Grossi*, Bologna, 2020.

(9) *Dialogo con Paolo Grossi*, in Paolo Grossi, *Alla ricerca dell'ordine giuridico*, a cura di G. Alpa, Roma-Bari, 2011, pp. 241-242.

(10) Ivi, p. 242. Su questo cenacolo v. M. ADRIANI, *Firenze religiosa. Il XX secolo*, Firenze, 1994, pp. 215-216. Saggi importanti sulla *Firenze religiosa del Novecento* sono contenuti nel fascicolo di « Religioni e Società », 10 (1995), 22-23, a cura di P. De Marco,

2.1. *Il « Chiostro Nuovo » e le figure di riferimento.*

Va detto che questo cenacolo culturale, sorto diversi anni prima con un'intonazione artistico-letteraria, ai primi anni Cinquanta si era aperto al dibattito culturale e sociale. Nelle parole che gli dedica nel suo *Viaggio in Italia* del 1957, Guido Piovene rileva alcuni cambiamenti significativi, come la sua attrazione nell'orbita di La Pira, la centralità della problematica sulla storia, lo spostamento dell'asse culturale verso i problemi sociali e politici, il legame stretto fra i suoi membri e due riviste fiorentine: « L'Ultima » e « San Marco » (11). Da parte sua, un acuto testimone oculare, Maurilio Adriani, nota come, negli anni dal 1954 al 1961, il « Chiostro Nuovo » fu un luogo ideale dove emersero fermenti innovatori e riformistici facilitati dai « frequenti incontri, colloqui, dibattiti settimanali e mensili, sempre preceduti e accompagnati da una forte nota meditativa ma anche segnati da quel crisma dell'attenzione al configurarsi della condizione spirituale della Città, spesso attraverso il confronto (quasi mai altrove tentato) coi capitoli più densi e più inquietanti della cultura extra-italiana » (12).

In questo cenacolo fiorentino convenivano personaggi di notevole statura culturale europea, come lo storico saggista Daniel Rops, che vi espose la distinzione fra la « cristianità » e il « Cristianesimo », il ricordato filosofo esistenzialista Gabriel Marcel (un « amabilissimo vegliardo » con cui Grossi ebbe « il piacere [...] di parlare ampiamente »), lo scrittore François Mauriac (dei cui romanzi Grossi era lettore), il fondatore del personalismo cristiano Emmanuel Mounier, i principali esponenti della cosiddetta *théologie nouvelle* (in specie il gesuita Jean Daniélou), ma anche il teologo-scienziato Teilhard de Chardin (le cui opere furono lette con notevole interesse da Grossi (13)).

L. Martini, A. Nesti. Cfr. anche G. SCIRÈ, *La democrazia alla prova. Cattolici e laici nell'Italia repubblicana degli anni Cinquanta e Sessanta*, Roma, 2005.

(11) G. PIOVENE, *Viaggio in Italia*, Milano, 1957, p. 286.

(12) ADRIANI, *Firenze religiosa*, cit., p. 215.

(13) Si veda l'importante citazione « Le passé m'a révélé la construction de l'avenir » tratta da *La vision du passé* (Paris, 1957) che conclude il saggio *Il punto e la linea (l'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)*, in P. GROSSI, *Società*,

Accanto a questo *parterre* eccezionale di pensatori di origine prevalentemente francese, non vanno trascurate altre figure di riferimento, le quali rendevano la Firenze di quegli anni — nota sempre Piovene — « tra le città più vivaci d'Italia », anzi « la città culturale per eccellenza » (14).

Oltre a Giorgio La Pira, di cui dirò, Grossi ricorda di avere ascoltato al « Chiostro Nuovo » « per la prima volta » e di esserne rimasto « assolutamente conquistato » due figure centrali del cattolicesimo democratico italiano di quegli anni, ossia Dossetti e Lazzati (15). Vi sono poi diverse figure sacerdotali di notevole caratura con cui Grossi entrò in relazione in quegli anni. Vanno certamente ricordati il suo insegnante di religione e confessore don Raffaele Bensi — definito « una delle presenze più consapevoli e più vigili della Chiesa fiorentina nel secondo dopoguerra » (16) — nella cui canonica di San Michelino conoscerà anche don Lorenzo Milani (a cui Grossi resterà sempre legato da un vincolo di solidarietà pur senza frequentarlo direttamente, grazie alla sua insegnante di tedesco Marianne Andre (17)); don Giulio Facibeni e la sua Opera della Madonnina del Grappa, con la quale Grossi resterà sempre in contatto; don Divo Barsotti, riscopritore e grande divulgatore della teologia e della spiritualità ortodossa dell'Otto-Novecento; il padre servita, poeta e teologo, David Maria Turoldo e l'altro padre servita Giovanni Vannucci, studioso della liturgia orientale e fondatore

Diritto, Stato. Un recupero per il diritto, Milano, 2006, p. 25. Altrove il pensatore francese è definito un « grande mentore » (GROSSI, *Nobiltà del diritto*, I, cit., p. 214).

(14) PIOVENE, *Viaggio in Italia*, cit., p. 287.

(15) *Dialogo con Paolo Grossi*, cit., p. 243. Non ho trovato, nelle opere di Grossi, accenni a Lazzati; di Dossetti, però, volle recensire gli scritti canonistici e farne un breve ritratto in terza persona (ora in P. GROSSI, *Scritti canonistici*, a cura di C. Fantappiè, Milano, 2013, p. 280). *Una Costituzione da vivere. Breviario di valori per italiani di ogni età* (Bologna, 2018) porta la seguente decida: « A Giuseppe Dossetti, giurista illuminato, costituente lungimirante, ricordandolo con ammirazione ».

(16) P. GROSSI, 'Il Professore' e 'Via Laura' (Giorgio La Pira e la Facoltà giuridica fiorentina), in *Id.*, *Nobiltà del diritto*, I, cit., p. 70.

(17) A. Langer ha rievocato questa figura femminile in un suo articolo consultabile in <https://www.alexanderlanger.org/it/151/490>.

nella campagna del Chianti di un eremo rivolto a far rivivere l'ideale monastico dei padri del deserto ⁽¹⁸⁾.

2.2. *Il legame con la rivista « L'Ultima ».*

Grossi ci riferisce anche che, per mezzo del « Chiostro Nuovo », entrò in contatto « con la fucina di idee e di proposte della rivista 'L'Ultima', una rivista — egli aggiunge — oggi completamente dimenticata ma che ebbe — nella sua non breve vita dal 1946 al 1962 — il merito non secondario di avviare il tentativo di fornire uno spessore culturale alle avanguardie cattoliche fiorentine [...] » ⁽¹⁹⁾.

Il primo indirizzo culturale della rivista era stato impresso da un intellettuale singolare e pressoché sconosciuto quale Ferdinando Tirinnanzi (figura su cui Grossi mi aveva chiesto ragguagli bibliografici perché ne era rimasto affascinato), in stretta comunione d'intenti con Giovanni Papini. Quel programma, guidato e condotto dal direttore Adolfo Oxilia, si può riassumere nel neologismo « metasofia » creato da Papini: un concetto indeterminato e nebuloso che, in sostanza, voleva significare il superamento della filosofia razziocinante, la centralità dell'esperienza poetica e l'apertura al mistico ⁽²⁰⁾. *Teologia e poesia* erano concepite in una relazione armonica superiore alla ragione, costituivano i due poli fondamentali attorno a cui ruotava nei suoi inizi la rivista ⁽²¹⁾. Ma tale binomio, di derivazione hoelderliniana, rinviava ad un terzo polo (la *profezia*) destinato a modificare i precedenti equilibri della rivista a favore delle problematiche storiche e del rapporto fra Tradizione e Mo-

⁽¹⁸⁾ Andrebbe anche ricordato il padre scolpio Ernesto Balducci, insieme a Mario Gozzini futuro fondatore di « Testimonianze », con cui Grossi non si sentì in particolare sintonia, a stare a quanto mi ha talvolta riferito.

⁽¹⁹⁾ *Dialogo con Paolo Grossi*, cit., p. 243.

⁽²⁰⁾ Per i caratteri della rivista v. M. GOZZINI, *Memoria de « L'Ultima »*, in « Religioni e Società », 10 (1995), 22-23, pp. 132-147; F. MILANA, *Piccole Apocalissi. Sergio Quinzio 1945-1970*, in *Sergio Quinzio. Apocalittica e modernità*, a cura di G. Trotta, Milano, 1998, p. 31 e ss.; L. MARTINI, *La laicità nella profezia. Cultura e fede in Ernesto Balducci*, Roma, 2002, pp. 73-76.

⁽²¹⁾ Non va dimenticata la grande passione di Grossi per la letteratura e la poesia francesi: nella lista degli autori letti compaiono Sartre, Camus, Eluard, Prévert, Mauriac e Claudel.

dernità. Dagli inizi degli anni Cinquanta «L'Ultima» appare segnata da un duplice movimento culturale e sociale. Da un lato il forte interesse verso la gnosi, il misticismo dell'Oriente da parte di Silvano Panunzio o verso la tradizione teologica ortodossa da parte di Divo Barsotti (con aperture notevoli sul piano ecumenico all'ebraismo, all'islam, all'induismo, ma anche, nel caso di Panunzio e di Attilio Mordini, con compromissioni ideologiche pesanti in senso antidemocratico e reazionario⁽²²⁾). Dall'altro lato la tendenza che si potrebbe definire storico-escatologica di Mario Gozzini che, sulla scia di La Pira e di Dossetti, reinterpretava l'ispirazione incarnazionistica e profetica del cristianesimo in rapporto con i problemi della contemporaneità e rifletteva sulle responsabilità politiche dei cristiani pervenendo, nel 1953, al rifiuto della «contrapposizione frontale» fra cristiani e comunisti⁽²³⁾.

Ciò provocò una spaccatura fra le due anime della rivista intorno al 1957 e al 1958: quella che esaltava la Tradizione in quanto tale e assumeva un'attitudine di contrasto alla Modernità, e quella che si rifaceva ai maestri del cattolicesimo democratico francese Maritain e Mounier e alla *nouvelle théologie*. Nei ricordi di Grossi si trova un'eco significativa di quello scontro ideologico: «Restai sorpreso e affascinato da un ciclo di conferenze affidato dal Circolo [del Chiostro Nuovo] agli 'ultimi', e ricordo la dialettica accesa delle discussioni seguite alle conferenze di Adolfo Oxilia (il direttore della rivista), di Mario Gozzini, il futuro parlamentare della sinistra indipendente, nonché di altri collaboratori ordinari»⁽²⁴⁾.

2.3. I «Convegni per la pace e la civiltà cristiana».

Oltre i dibattiti del «Chiostro Nuovo» e de «L'Ultima», furono i Convegni internazionali ideati e organizzati a Firenze da

(22) Già nel 1949 Panunzio si fece teorico del distacco degli italiani «dalle concezioni democratiche od oligarchiche» e del loro ritorno a una «aristocrazia spirituale, intellettuale e sacrale» (G. PALLANTI, «L'Ultima». *Scrittori, artisti e teologi tra cattocomunismo e fascismo*, Firenze, 2016, p. 76).

(23) GOZZINI, *Memoria de «L'Ultima»*, cit., p. 145. Cfr. anche L. MARTINI, *Chiesa e cultura cattolica a Firenze nel Novecento*, Roma, 2009, pp. 255-291.

(24) *Dialogo con Paolo Grossi*, cit., p. 243. Cfr. anche PIOVENE, *Viaggio in Italia*, cit., p. 286.

Giorgio La Pira fra il 1952 il 1956 a spostare il baricentro delle problematiche delle « avanguardie cattoliche » (25). È importante notare che La Pira, nonostante qualche tergiversazione, non auspicava un ritorno alla civiltà medievale, bensì un'idea di « civiltà cristiana » come « un sistema non chiuso, un sistema aperto » ossia un sistema capace « di tutti gli aggiornamenti più audaci che sono conformi al valore infinito dell'uomo ed al connesso valore infinito della intrinseca comunione tra gli uomini » (26).

Nei suoi scritti Grossi rievoca con stupore e passione la partecipazione a questi Convegni (27), senza però offrire indicazioni sulle tematiche che lo avevano colpito o sulle idee che lo avevano attratto. Un fatto mi pare indiscutibile: pur avendo una finalità politica quale la costruzione della pace mondiale, essi ponevano al centro delle discussioni il rapporto fra *cristianesimo, civiltà e storia*, qualcosa dunque di assai complesso che si articolava in una serie di problemi relativamente autonomi: l'articolazione fra vangelo, cristianesimo e civiltà; la differenza fra cristianesimo e cristianità; la distinzione fra ordine spirituale e ordine temporale.

Al di là dell'indubbio allargamento degli orizzonti culturali che questi convegni lapiriani suscitarono sul giovane Grossi, possiamo provare ad individuare alcune questioni generali capaci di influenzare in modo duraturo la sua impostazione di storico del diritto canonico e del diritto dell'Europa.

Anzitutto ascoltando Marcel, Journet, Daniélou, Gilson, Grossi ha preso le distanze dalla visione neomedievalista della « civiltà cristiana » ancora dominante nel mondo cattolico (28). A

(25) Cfr. P.L. BALLINI, *I Convegni internazionali per la pace e la civiltà cristiana (1952-1956). La presenza francese. Temi e voci di un dibattito*, in *Giorgio La Pira e la Francia. Temi e percorsi di ricerca. Da Maritain a De Gaulle*, Firenze, 2005, pp. 22-46.

(26) G. LA PIRA, *Discorso di apertura*, in *Civiltà e pace. Atti del primo Convegno internazionale per la civiltà e la pace cristiana, Firenze, 23-28 giugno 1952*, Firenze, 1952, p. 14.

(27) P. GROSSI, *Le 'architetture' di Giorgio la Pira*, in « Nuova Antologia », 154 (2019), p. 36; ID., *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, Bologna, 2008, p. 38.

(28) Basti ricordare quanto asseriva Marcel sulla necessità di distaccarsi da una concezione unitaria o progressiva della civiltà e di evitare una loro strumentalizzazione ideologica. La sua idea è che « vi siano civiltà non soltanto distinte ma irriducibili, che possono coesistere, ma anche avvicinarsi in condizioni complesse e tragiche » (G. MARCEL, *Civiltà e cristianesimo*, in *Civiltà e pace*, cit., p. 39).

questa concezione, contraddistinta da un rapporto atemporale fra rivelazione e cultura, i convegni lapiriani sostituiscono un approccio storicistico e interculturale di grande rilievo. Mediante la loro frequentazione, Grossi deve aver compreso precocemente l'esigenza di *storicizzare le civiltà e le loro epoche*, passando poi ad applicare questo canone ermeneutico alla dimensione storico-giuridica. Le implicazioni di questo ammaestramento si possono vedere nel rifiuto di ogni forma di assolutizzazione di un'epoca o di una civiltà rispetto a un'altra, nel rifiuto di una concezione positivista oppure nichilista della storia, nel rifiuto della polarizzazione fra modernità e tradizione, nel rifiuto dell'univocità della dimensione della continuità o discontinuità nella comprensione storica ⁽²⁹⁾.

Un secondo aspetto importante mi sembra il riconoscimento della necessità delle *mediazioni* nel rapporto fra cristianesimo e culture, il che implicava l'affermazione di una dialettica fra eternità e storia, fra la trascendenza del Cristo e le manifestazioni della Chiesa e del cristianesimo. Questa tematica verrà sviluppata da Jean Daniélou nel convegno del 1954 su « cultura e rivelazione » per distinguere senza opporre, dietro l'insegnamento di Maritain, queste due realtà ed affermare che la rivelazione « ha bisogno di incarnarsi per manifestarsi socialmente », ma « non si identifica con nessuna di tali 'incarnazioni' e quindi sarebbe un errore volerla immobilizzare dentro una di esse — sia che si tratti della cristianità medievale che del cristianesimo borghese » ⁽³⁰⁾.

Tale affermazione, peraltro, aveva una ripercussione diretta sulla concezione del diritto canonico e del suo ruolo nella Chiesa in rapporto al vangelo. Come vedremo, Grossi ha sempre rifiutato il purismo carismatico ed escatologico che aveva condotto nelle di-

⁽²⁹⁾ Tutti questi aspetti metodologici troveranno il loro punto di coagulo nella secca risposta di Grossi all'interpretazione in senso conservatrice o addirittura tradizionalista della sua opera esibita da Vincenzo Ferrone in un convegno torinese del 2004. La replica di Grossi risulta, a mio avviso, essenziale per comprendere in un'ottica coerente le sue posizioni alla luce delle consapevolezze maturate dai dibattiti fiorentini del 1952-1956. Cfr. *Chiesa cattolica e modernità*, a cura di F. Bolgiani, V. Ferrone, F. Margiotta Broglio, Bologna, 2004, pp. 40-43 (Ferrone) e 161-168 (Grossi).

⁽³⁰⁾ J. DANIELOU, *Cultura e Rivelazione*, in *Cultura e rivelazione. Atti del terzo Convegno internazionale per la pace e la civiltà cristiana*, Firenze, 20-26 giugno 1954, Firenze, 1955, pp. 72-75.

verse epoche a disprezzare il diritto canonico tanto da parte protestante quanto da parte di certe correnti cattoliche. Ma tale affermazione aveva anche un effetto più lato nel reimpostare il problema dell'inculturazione del diritto della Chiesa nel mondo greco, nel diritto romano come anche nei diritti germanici ⁽³¹⁾.

Si veniva così precisando un terzo aspetto, ugualmente rilevante nel concepire il rapporto fra teologia e storia: quello del *rifuto della legittimazione sacrale* delle varie espressioni o epoche della cristianità (Journet) e della condanna delle nuove forme di *temporalismo cristiano* (Gilson) ⁽³²⁾. Il risultato era un appello pressante all'impegno sociale dei credenti in piena sintonia con le scelte politiche di La Pira: « Dobbiamo essere più zelanti di qualunque altro nel preparare una società migliore e più giusta » ⁽³³⁾.

Alla luce di queste affermazioni è plausibile pensare che i convegni lapiriani abbiano inciso anche sulla maturazione di una *visione sociale e latamente politica* di Grossi, la quale era certamente aderente ai principi cristiani ma decisamente lontana da ogni forma di integralismo o di confessionalismo. Al riguardo si possono intuire facilmente le ripercussioni della distinzione fra « cristianesimo » e « cristianità » nelle conferenze di Marcel, Journet, Daniélou e Gilson, che abbiamo sopra rievocato, se la poniamo in rapporto con l'altra distinzione, non meno decisiva, fra « ordine spirituale » e « ordine temporale », i cui riflessi, anche sul piano dei principi della Costituzione italiana (art. 7), erano allora più che evidenti.

3. *Verso la definizione del metodo: elementi e dimensioni fondanti.*

A questo punto, per comprendere i riflessi e le implicazioni che le acquisizioni culturali compiute nel *milieu* fiorentino degli anni 1952-1956 hanno avuto sul pensiero di Paolo Grossi, mi sembra

⁽³¹⁾ Su questo aspetto è agevole cogliere una discriminante fra la posizione di Marcel e di La Pira, che giungono a parlare di « un rapporto strettissimo fra questa cultura greco-romana e l'incarnazione », e quella della fazione degli « Ultimi », ancorata alla visione gnostico-mistica, per cui la patristica orientale conserva più fedelmente il soffio originario del cristianesimo.

⁽³²⁾ C. JOURNET, *Essenza della civiltà cristiana*, in *Civiltà e pace*, cit., p. 78; É. GILSON, *Rivelazione e unità*, in *Cultura e rivelazione*, cit., p. 201.

⁽³³⁾ Ivi, p. 200.

doveroso, da un lato, analizzare gli elementi portanti di metodo che entreranno a far parte della sua impostazione di ricerca e, dall'altro, indagare come essi siano stati integrati da altre dimensioni che troveranno sviluppo nelle opere del periodo 1963-1968.

3.1. *La categoria di « esperienza giuridica ».*

Nel pensiero di Grossi il concetto di « esperienza giuridica » riveste, com'è noto, un ruolo fondativo. Tuttavia non è stato forse messo in sufficiente evidenza come tale nozione, risultato del confronto con diversi autori ⁽³⁴⁾, trovi il suo punto di partenza ne *L'Action* di Maurice Blondel, un testo, a mio avviso, fondamentale per comprendere le 'basi filosofiche' del futuro giurista e storico del diritto su diversi piani ⁽³⁵⁾.

L'azione possiede, per Blondel, la caratteristica peculiare di rinviare sempre a un senso di ulteriorità, di mistero, di trascendenza. E Grossi sembra riepilogare il senso essenziale di quest'opera proprio in questi termini: « l'azione umana in continuo superamento; l'uomo impegnato a superare se stesso in un itinerario di crescita interiore » ⁽³⁶⁾.

Ma l'azione, in virtù del suo carattere per così dire eccentrico rispetto a sé stessa, tende a proiettarsi nella sfera sociale e giuridica: « scaturita in un primo tempo dall'intenzione assolutamente personale dell'agente, a poco a poco si è incorporata la famiglia e la città, per prendere il volo nell'intera umanità » ⁽³⁷⁾. Il movimento dell'azione viene dunque a edificare il 'rapporto sociale' come costitutivo della volontà personale e lo estende a sfere di senso sempre più ampie e superiori, fino all'identificazione ultima dell'azione indivi-

⁽³⁴⁾ Una indicazione preziosa degli autori meditati da Grossi su questa tematica in *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1995, p. 23 nota 4. Per una disamina delle diverse dottrine, v. F. CERRONE, *Sull'esperienza giuridica: Capograssi, Orestano, Giuliani*, in « *Diritto pubblico* », 2016, 3, pp. 963-1017.

⁽³⁵⁾ Grossi ricorda che quest'opera gli procurò « parecchie difficoltà » le quali « furono però ripagate da un messaggio intellettualmente e moralmente forte » (*Incontro con Paolo Grossi*, a cura di I. Belloni e E. Ripepe, Pisa, 2007, p. 21).

⁽³⁶⁾ *Ibidem*.

⁽³⁷⁾ BLONDEL, *L'Action*, cit. p. 277 (ed. Sorrentino, p. 375).

duale e dell'azione di tutta la specie ⁽³⁸⁾. Da queste premesse Blondel trae alcune conclusioni rimarchevoli per l'antropologia giuridica: *a*) la vacuità e l'infondatezza della *posizione individualistica*; *b*) la postulazione della *socialità del diritto*; *c*) l'affermazione della *complessità degli elementi non razionali* che entrano nella fenomenologia dell'azione.

Se la corrispondenza delle prime due tesi con quelle del pensiero di Grossi risulta evidente, non meno rilevante di riflessi si presenta l'ultima. Blondel vi perviene da molto lontano, affrontando la grande problematica della divisione delle « scienze deduttive » e delle « scienze sperimentali o della natura » e mettendo in evidenza la « incoerenza delle scienze positive e la mediazione dell'azione » ⁽³⁹⁾. Il suo intento è riconciliare la filosofia con la vita, superando una visione astratta e formalistica.

Per capire i riflessi giuridici di questo problema bisogna risalire al pensiero di François Géný, il quale aveva precocemente recepito *L'Action* sia per opporsi alla concezione razionalistica del pensiero, considerata riduttiva della complessità della vita, sia per integrare e combinare la ragione con altre forze e componenti come l'intuizione, il sentimento, la fede allo scopo — aggiunge Grossi — « di penetrare, al di là dello schermo dei testi normativi e delle semplici forme, la vita del diritto nella sua essenza » ⁽⁴⁰⁾.

« La vita del diritto »! Una formula sintetica dal valore altamente programmatico, che da Blondel conduce Grossi a Capograssi (siamo nel 1963) ⁽⁴¹⁾, e che intende esaltare il legame ontologico fra *diritto e vita*. A tale riguardo il volume su *Le situazioni reali* del 1968 segna, come dai più sottolineato, un importante anello di passaggio perché in esso Grossi, dopo aver respinto « la riduzione del diritto a tecnica », la quale involge « una separazione fra diritto ed espe-

⁽³⁸⁾ *Ibidem* (ed. Sorrentino, p. 376).

⁽³⁹⁾ *Ivi*, pp. 51-86 (ed. Sorrentino, pp. 143-179).

⁽⁴⁰⁾ GROSSI, *Ripensare Géný*, cit., pp. 240-241.

⁽⁴¹⁾ Impressionante la concordanza di conclusioni che Capograssi e Grossi hanno tratto dalla lettura di Blondel (cfr. G. CAPOGRASSI, *Analisi dell'esperienza comune*, in *Id.*, *Opere*, II, Milano, 1959, p. 20).

rienza » « di per sé innaturale e addirittura suicida » (42), afferma l'identificazione di « *diritto e storia* ». Non solo. Da un lato egli sostiene che le due coppie concettuali « diritto e vita » e « diritto e storia » si risolvono l'un nell'altra, sono del tutto intercambiabili (43), dall'altro indica nella « esperienza giuridica » la categoria che fa da ponte e che ricomprende sinteticamente i due piani della vita e del diritto.

Per completare il quadro degli autori che hanno influito sulla visione del diritto in Grossi, mi sembra poi opportuno richiamare, per la sua importanza, un volume da lui ricordato di Georges Gurvitch (44).

Secondo questo sociologo russo naturalizzato francese il diritto, a meno che non si fondi su un principio metagiuridico, sorge dalla comunità stessa: è la *società* nel suo strato ancora disorganizzato che crea il diritto e, solamente dopo essersi radicato nel « dato » sociale, esso dà luogo all'organizzazione giuridica che è qualcosa di « costruito », secondo lo schema di Gény. Queste società creatrici di regole giuridiche definite « fatti normativi » corrispondono in sostanza a ciò che Hauriou chiama « istituzioni ».

Oltre a ricondurre la genesi del diritto alla società anziché nello Stato, Gurvitch afferma con notevole forza la tesi del *pluralismo giuridico*, fondandolo sui vari tipi di società e gruppi sociali che elaborano i propri « ordinamenti » a seconda delle loro esigenze e finalità (45).

Infine questo pensatore elabora un'analisi delle diverse tipologie di esperienze per cogliere la specificità della « realtà giuridica ». Quest'ultima si presenta come il prodotto della dialettica fra l'« irrazionale » e il « razionale », fra l'« inorganizzato » e l'« orga-

(42) P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Milano, 1968, p. VIII. « La vita del diritto » formerà l'oggetto della seconda parte della *Prima lezione di diritto* del 2003 e sarà il titolo di una « lectio magistralis » napoletana del 2012.

(43) « Operare un ampio ed aperto contatto con la storia [...] assume quindi il significato di un contatto con la vita stessa del diritto che scorre senza cesure al livello dell'esperienza » (GROSSI, *Le situazioni reali*, cit., p. VIII).

(44) G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, 1937.

(45) Cfr. C.M. HERRERA, *Pluralismo giuridico, diritto sociale, politica. Sul progetto politico di Georges Gurvitch*, in « Quaderni fiorentini », 50 (2021), pp. 283-306.

nizzato », fra il « dato » e il « costruito », fra l'« esperienza morale » e l'« esperienza giuridica ». L'« esperienza », che si esprime allo stato grezzo in forma collettiva, multiforme ed immediata, ha poi necessità di un processo di epurazione e di riduzione fenomenologica, per essere trasportata in giudizi e concetti.

Sebbene mescolati fra loro, diritto e morale tendono a differenziarsi: l'esperienza morale mediante l'azione è orientata verso il superamento delle proprie realizzazioni; l'esperienza giuridica tende a solidificarsi, ad affermare il già fatto e il realizzato per garantire sicurezza e stabilità. Di qui la distinzione, che tornerà preziosa anche per il pensiero di Grossi, fra la « durata » dell'esperienza morale (creatrice e continua — tempo qualitativo) e la « durata » dell'esperienza giuridica (discontinua — tempo quantitativo e qualitativo).

Oltretutto le tesi esposte da questo sociologo nel libro del 1937 permettono di confermare e integrare la linearità e coerenza del reticolo delle letture di Grossi: da un lato ribadiscono la centralità de *L'Action* di Blondel, dall'altro evocano le opere di Henri Bergson, un altro autore che non ha mancato di esercitare un certo influsso su Grossi, come confermano le tesi di Gurvitch sulla dialettica fra religione-morale e diritto, e sulla distinzione fra il concetto di « tempo » e di « durata »⁽⁴⁶⁾.

Il processo di storicizzazione delle esperienze giuridiche, maturato attraverso la lettura del Croce filosofo della storia e del Capograssi filosofo della scienza giuridica⁽⁴⁷⁾, comporta il riferimento ai concetti, fra loro correlativi, di « totalità », « tipicità » e « isolabilità », i quali ne segnano le rispettive articolazioni. Sulla base del primo « lo storico è [...] sempre storico di una totalità, perché ricostruttore di una vita, e la vita è sempre una totalità identifican-

(46) Basti il richiamo alle due opere principali di H. BERGSON, *Les deux sources de la morale et de la religion*, Paris, 1932, e *L'évolution créatrice*, Paris, 1941. Vanno poi considerati altri due saggi di G. GURVITCH indicati da Grossi sul tema a lui caro del « tempo storico »: *Continuité et discontinuité en histoire et sociologie* (in « Annales ESC », 12, 1957, p. 73 e ss.) e *La multiplicité des temps sociaux* (Paris, 1958, poi ripreso nel secondo tomo delle differenti edizioni de *La vocation actuelle de la sociologie*, Paris, 1950 e ss.).

(47) B. CROCE, *La storia come pensiero e come azione* (1938), Roma-Bari, 1966; G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1962, p. 607.

dosi con la interezza d'una esperienza » (48). In rapporto al secondo le varie « esperienze storiche » risultano « legate da molteplici vincoli e quasi in osmosi continua l'una con l'altra ». In base al terzo « il diritto, organizzazione plastica e mobilissima del sottofondo sociale, vive atteggiamenti tipici a seconda delle forze che animano questo sottofondo, tanto che ogni esperienza giuridica può e deve essere autonomamente valutata, tenendo fermo, da un lato che essa si situa nella storia a contatto vivo e vitale con esperienze precedenti, dall'altro, che essa ha un contenuto specifico perfettamente isolabile » (49).

3.2. *La connessione fra diritto e teologia.*

Uno dei profili meno indagati nelle ricostruzioni del pensiero di Paolo Grossi concerne le implicazioni dell'intreccio che si è venuto instaurando da millenni fra il diritto e la teologia (morale e dogmatica).

Non sappiamo come sia maturata in lui questa consapevolezza: certamente l'ascolto a Firenze delle conferenze di studiosi del livello di Journet, Gilson, Daniélou lo ha indirizzato su questa strada; la frequentazione poi di romanisti come Giorgio La Pira e Paolo Frezza, assai interessati ai rapporti fra il Nuovo Testamento, la teologia dei Padri e il diritto romano, ha esercitato una sicura influenza (50); infine il confronto, come dirò, con le tesi di Michel Villey lo avrà confermato nella rilevanza della problematica.

Si badi bene: l'intuizione delle interazioni reciproche fra la teologia, la filosofia e il diritto non va intesa nel senso dell'affermazione della dipendenza ontologica del diritto dalla teologia oppure nel senso della derivazione dei modelli giuridici da un processo di secolarizzazione. Tale intuizione va invece inquadrata nella prospet-

(48) GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca*, cit., p. 36.

(49) GROSSI, *Le situazioni reali*, cit., pp. 4 e 14, dove si afferma in modo reciso che « il diritto è qualcosa di più e di ulteriore rispetto a una indistinta realtà sociale; è una forma di questa realtà, un momento autonomo della sua esperienza storica, un ordine che la società costruisce come suo valore ». Per l'analoga tesi della « autonomia del diritto » in CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, cit., p. 6.

(50) Cfr. P. GROSSI, *Il giurista Giorgio La Pira*, in ID., *Nobiltà del diritto*, I, cit., pp. 76-77; ID., *Una lettura degli 'Scritti' di Paolo Frezza*, ivi, pp. 521-522.

tiva metodologica di comprendere epoca per epoca e volta per volta, i rapporti intrinseci che si vennero stabilendo fra la dimensione del diritto, una determinata visione filosofica dell'uomo e una generale concezione teologica del cosmo e della Chiesa.

Più propriamente nel pensiero di Grossi la connessione diritto-teologia assume una duplice valenza: teorica e storica. Sul terreno dottrinale diviene un presupposto essenziale per ammettere l'esistenza di ordinamenti extrastatali a base religiosa, per riconoscere l'esistenza di un reale pluralismo ordinamentale e, infine, per fondare un pluralismo normativo all'interno di un ordinamento come quello canonico. Nel tratteggiare l'ordinamento della Chiesa primitiva nel 1958, Grossi nota, infatti, che la « indistinzione tra teologia e diritto e, in ogni caso questa prevalenza della teologia sul diritto [...] costituiscono il dato fondamentale di questo ordinamento, che non può tuttavia, secondo quanto abbiamo creduto di dimostrare, non essere definito giuridico »⁽⁵¹⁾.

Con quest'ultima notazione rivolta ad affermare la « giuridicità » dell'ordinamento canonico, Grossi polemizzava con tutta la tradizione giuridica risorgimentale che aveva negato recisamente tale carattere distintivo sulla base del presupposto che quello della Chiesa era uno 'pseudodiritto', una teologia mascherata dalla veste del diritto (un'affermazione questa condivisa dai giuristi liberali come dai giuristi di matrice giurisdizionalista e che aveva trovato il suo alfiere in Francesco Scaduto, con la sola ma relevantissima eccezione di Francesco Ruffini).

Ma, a ben vedere, la negazione della « giuridicità » del diritto canonico altro non era che la conseguenza di una scelta preliminare sul complesso versante della concezione stessa del diritto. Da una visione « positivista » o anche « dogmatica » ne veniva inevitabilmente la negazione di qualunque dimensione esterna o trascendente al diritto inteso come norma oppure la pretesa di rifugiarsi in un formalismo astratto che esaltava la purezza del suo concetto. In un caso e nell'altro ciò aveva condotto alla netta separazione del diritto sia dalla teologia sia dalla morale.

(51) P. GROSSI, *Unanimitas*, in Id., *Scritti canonistici*, cit., p. 43.

Ora se nei primi anni Sessanta v'era una certezza ormai ben fondata in Grossi, questa era che « il diritto è una realtà impura, perché carnale, perché è una dimensione della storia umana e in questa si inserisce; né può essere una realtà semplice, anzi complessa, perché complesso è il corpo vivente della società alla quale il diritto stesso incessantemente si riferisce » (52).

Si capisce, quindi, la critica da lui rivolta a due filosofi prestigiosi come Bertrando Spaventa e Benedetto Croce che, con motivazioni differenti, proiettavano nel passato una separazione inesistente fra il diritto, la morale e la teologia (53). Un'attitudine decisamente « antistorica » proprio « per la incomprendione che essa tradisce di una determinata struttura socio-politica e di un determinato atteggiamento intellettuale cui sono totalmente estranee censure e distinzioni care alla nostra consapevolezza di moderni [...] » (54).

Qui emerge la seconda valenza dell'intreccio fra teologia e diritto ossia la sua utilità ermeneutica generale per lo storico. Infatti per Grossi « l'approccio culturale con il diritto canonico e la teologia morale » esige che essi vadano « 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 » (55).

Un'asserzione al contempo innovativa e illuminante, giacché pochi storici del diritto, ancora agli inizi degli anni Sessanta del secolo scorso, erano disposti ad ammettere l'indispensabilità della conoscenza del dato teologico per comprendere il dato giuridico, e

(52) Prendo questo concetto ripetutamente espresso dal saggio *Storicità del diritto*, ora in GROSSI, *Società, Diritto, Stato*, cit., p. 115.

(53) P. GROSSI, *Somme penitenziali, diritto canonico, diritto comune*, in ID., *Scritti canonistici*, cit., p. 135. In particolare Grossi critica la loro « incomprendione » del legame e del ruolo storico avuto dall'etica scolastica nell'epoca medievale quando morale e diritto erano sostanzialmente congiunti.

(54) *Ibidem*.

(55) P. GROSSI, *Omaggio a Edoardo Ruffini (discorrendo di una singolare esperienza di studio e di due libri singolari)*, in ID., *Nobiltà del diritto*, I, cit., p. 8. Per contrasto Grossi loderà l'interesse del medievista Capitani per la storia del diritto canonico (*Ovidio Capitani e la dimensione giuridica*, ivi, p. 579).

quelli che la ammettevano lo facevano in modo meramente strumentale.

Si capisce che la vera novità di Grossi su questo punto era l'aver considerato la dimensione teologica sullo stesso piano della dimensione strettamente giuridica e non averla posta come estrinseca ad essa, ossia il fatto di averle equiparate sul piano epistemologico e interconnesse nella concreta esplorazione storica.

Tutto ciò implicava però, nella mente di Grossi, un'opera di *storicizzazione* dei contenuti della teologia nelle sue diverse partizioni (dogmatica, ecclesiologia, morale sociale, ecc.). Su questo aspetto la sua posizione collimava con quella espressa dal filosofo e storico del diritto francese Michel Villey, un altro notevole pensatore da cui Grossi trarrà un fruttuoso alimento di idee. Proprio Villey, nei suoi libri e specialmente nelle stimolanti « Archives de philosophie du droit » da lui dirette, dedicherà tanto spazio e tante risorse per illustrare quelle che lui chiamava le « incidenze teologiche » nella costruzione della scienza giuridica. Ma con un'avvertenza metodologica assai forte, e cioè che tali influenze dottrinali devono venire sempre ricollocate nel loro contesto storico-culturale e mai assunte — come avveniva nella neoscolastica contemporanea — quali verità statiche o presupposti *a priori* ⁽⁵⁶⁾.

Sgombrata la strada da antichi pregiudizi antistorici oppure da rinnovati programmi restaurativi, Grossi può dedicarsi a rintracciare nella storia del diritto le concrete connessioni fra teologia e diritto nelle diverse epoche. Innanzi tutto sottolinea, fin dai primi secoli del cristianesimo, la funzione positiva che esse rivestono ai fini dell'evo-

⁽⁵⁶⁾ Nel volume *Leçons d'histoire de la philosophie du droit* (Paris 1962), che Grossi aveva certamente presente, insieme con l'altro, più noto su *La formation de la pensée juridique moderne. Cours d'histoire de la philosophie du droit, 1961-1966* (Paris, 1968), Villey si opponeva, da un lato, ad una concezione ipostatica del diritto naturale cristiano, dall'altro riteneva ormai superata la concezione neotomista del diritto, la quale aveva dato luogo a « un sistema di diritto statico » (posizione assunta in Italia da Giovanni Ambrosetti e da Francesco Olgiati, i quali avevano comunque esercitato una funzione critica verso il positivismo giuridico tedesco di fine Ottocento e il normativismo di Kelsen). Da notare che, se il programma di Grossi convergeva con quello di Villey sull'esigenza metodologica della « storicità del diritto », se ne distaccava però su alcune specifiche interpretazioni storiche ritenute unilaterali ed esagerate (cfr. GROSSI, *Scritti canonistici*, cit., p. 285).

luzione dell'ordinamento canonico; mostra poi come nel sistema del diritto canonico classico « questa miscelazione teologico-giuridica, che si mostrava così coerente con le esigenze di un ordinamento in continuo divenire o, per meglio dire, in continuo accrescimento, doveva essere prepotentemente sollecitata dalla grande esperienza pluralistica che la Chiesa vive fino al XIV secolo »⁽⁵⁷⁾; infine si dedica a sottolineare un non meno rimarchevole influsso di tale rapporto fra teologia e diritto nel corso dell'età moderna: « saranno i grandi trattatisti *de justitia et jure*, nel loro tentativo brillante e riuscito, di rivedere le posizioni tomiste e dar vita a una 'Seconda Scolastica', a costituire, nel Cinquecento e nel Seicento, la coscienza più acuita nel mondo del diritto e, nel tempo stesso, la più solida forza evolutiva per l'ordinamento »⁽⁵⁸⁾.

3.3. *La dimensione storico-antropologica del diritto.*

L'individuazione del connubio fra diritto-morale-teologia e la sua concreta investigazione sul terreno storico-giuridico sono accompagnate, nel percorso di ricerca di Grossi, da una riflessione sempre più intensa, penetrante e ampia, per un verso, sullo statuto epistemologico della storia e, per un altro, sui legami strutturali fra diritto e antropologia. Non ci troviamo davanti a divagazioni culturali, bensì a due sviluppi pienamente coerenti con l'assunto principale, poco sopra richiamato, dell'equivalenza fra diritto e storia e fra diritto e vita.

Nella messa a punto del metodo storiografico di Grossi, una pietra miliare è rappresentata dal volume di Henri Marrou sulla conoscenza storica. Da questa lettura, fatta nell'edizione originale francese, appena fresca di stampa, nel 1954, Grossi ha tratto, come ho sottolineato in altra sede, almeno tre guadagni: una visione prospettica del passato in rapporto al presente; il rifiuto di ridurre la storia a erudizione e a somma di fatti; la limitatezza della nostra capacità conoscitiva rispetto alla complessità e alla singolarità della

⁽⁵⁷⁾ GROSSI, *Somme penitenziali*, cit., pp. 127-128.

⁽⁵⁸⁾ Ivi, p. 153.

realtà storica, con la conseguente diffidenza verso concetti generali e astratti ⁽⁵⁹⁾.

Questa grande lezione di metodo completa e sistematizza letture personali precedenti, come quella di Croce e di Dilthey sullo storicismo e, al contempo, favorisce l'interesse verso i fondatori delle « Annales » ⁽⁶⁰⁾, Lucien Febvre e Marc Bloch. Questi maestri della « nouvelle histoire » permettono a Grossi di impadronirsi di una gnoseologia della scienza della storia che superasse le strettoie del positivismo e coniugasse una base positiva, un sapere intuitivo e una visione d'insieme del paesaggio storico ⁽⁶¹⁾. Come dirà molti anni dopo, la sua aspirazione ideale era quella di « guardare dietro il documento per scoprire le trame, tutte le trame, di una società intiera e, più ancora di una civiltà » ⁽⁶²⁾. Il che significava aprire la storia e il diritto a tutte le altre scienze umane, sviluppando una suggestione metodologica peraltro proveniente da uno storico del diritto canonico e sociologo da lui tanto ammirato come Gabriel Le Bras ⁽⁶³⁾.

Sulla scorta di queste premesse e letture si comprende come Grossi sia stato invogliato ad ampliare lo spettro dei suoi interessi culturali verso la filosofia della religione (G. Van der Leew), l'antropologia e psicologia sociale (L. Lévy-Bruhl, M. Mauss), la sociologia del diritto, specialmente francese (G. Gurvitch, G. Le Bras) con qualche significativa integrazione dell'antica tradizione inglese (H. S. Maine) ⁽⁶⁴⁾.

La scelta di impiegare le categorie antropologiche per comprendere la storia del diritto — databile fra il 1963 e il 1968 — introduce nel pensiero di Grossi un nuovo « canone metodico ». Si trattava di porre in luce « il vincolo profondo fra diritto e mentalità,

⁽⁵⁹⁾ C. FANTAPPIÈ, *Introduzione*, a GROSSI, *Scritti canonistici*, cit., p. 12.

⁽⁶⁰⁾ Per la collocazione della attitudine di Marrou in rapporto a Croce, Dilthey, Febvre e Bloch, v. C. VIOLANTE, *Prefazione*, in H.-I. MARROU, *La conoscenza storica*, Bologna, 1969, p. XVIII.

⁽⁶¹⁾ GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca*, cit., pp. 35-36.

⁽⁶²⁾ GROSSI, *Storia sociale e dimensione giuridica*, cit., p. 168.

⁽⁶³⁾ I *Prologomènes* alla *Histoire du droit et des institutions de l'Église en Occident* di Le Bras risalivano al 1955.

⁽⁶⁴⁾ Per l'impiego di Grossi della categoria « mentalità primitiva », v. F.S. NISIO, *Lucien Lévy-Bruhl. Filosofia, scienze sociali, giustizia*, Milano, 2019, pp. 317-328.

le grandi scelte antropologiche di una civiltà storica dietro gli strumenti giuridici della vita quotidiana dei privati, un peculiarissimo rapporto diritto/fatti e la fattualità dell'esperienza giuridica medievale » (65).

Sarebbe superfluo ed estraneo al mio tema scendere nella disamina delle nuove categorie ermeneutiche formulate da Grossi (« primitivismo », « naturalismo », « volontarismo », « reicentrismo », « partecipazione », ecc.). Quel che mi preme osservare è il delinearci e l'assestarsi, nella sua metodologia, di una dimensione *storico-antropologica* quale fattore essenziale per comprendere correttamente la vicenda storica del diritto in Occidente e fissarne i grandi tornanti o le fasi di continuità e di discontinuità.

Una speciale applicazione di questi presupposti filosofico-antropologici che incidono sulla costruzione della scienza giuridica si avrà nelle indagini sulle trasformazioni dell'« idea di proprietà » fra medioevo ed età moderna nonché sulle modalità dell'affermazione del « diritto soggettivo di proprietà » nel Cinque-Seicento (66). Non è un caso che per Grossi questi passaggi nodali, sotto il profilo della « ridefinizione » della proprietà e delle « fondazioni antropologiche », siano debitori in senso stretto del particolare intreccio fra il campo dell'antropologia teologica e il campo del diritto (visione volontaristica francescana e seconda scolastica). Una delle sue tesi forti, in questa direzione, è che la fecondazione reciproca fra la riflessione dei teologi e quella dei giuristi si rivelerà densa di conseguenze per l'edificazione dell'intero sistema giuridico privatistico della modernità (67).

Questa attenzione ai *mutamenti antropologici* risulterà poi presente in tutte le piccole o grandi opere di sintesi. Pensiamo al rilievo che, ne *L'ordine giuridico medievale*, hanno alcune idee-forza dell'antropologia teologica sulla concezione del diritto: quella di *ordo* creaturale divino, quella di « tutto » e « parte » che fonda il

(65) GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca*, cit., p. 62.

(66) GROSSI, *Le situazioni reali*, cit., e ID., *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992.

(67) Si collocano in questa prospettiva l'importante convegno su *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno* del 1972, nonché le indagini di Paolo Cappellini sulla genesi del concetto di negozio giuridico.

pluralismo istituzionale e giuridico, quella dell'imperfezione dell'uomo e della valorizzazione della comunità come espressione della necessaria socialità per raggiungere la realizzazione della persona, ecc. ⁽⁶⁸⁾. Oppure pensiamo alla descrizione delle tappe antropologiche più rilevanti che, nel volumetto *Dalla società di società alla insularità dello Stato fra medioevo ed età moderna*, segnano il passaggio dall'«universo medievale» all'«universo moderno» ⁽⁶⁹⁾ come «un processo di sempre maggiore *individualizzazione*» che trova un ancoraggio filosofico e teologico nei maestri della scuola francescana. Ma forse lo sviluppo più organico di tali presupposti è dato coglierlo ne *L'Europa del diritto*, dove alle trasformazioni antropologiche e alle fratture ideologiche sono dedicati, per ciascuna «esperienza giuridica», autonomi paragrafi per evidenziare quanto esse abbiano inciso nella concezione del diritto ⁽⁷⁰⁾.

3.4. *La concezione pluralista e personalista dello Stato.*

La frequentazione delle «avanguardie cattoliche» fiorentine ha rappresentato un periodo essenziale per la maturazione non soltanto culturale e religiosa ma anche sociale e politica del pensiero di Grossi.

Se vogliamo indagare più a fondo sulla sua visione della persona, della società, della politica e dello Stato, oltre al rapporto personale con Giorgio La Pira e alla partecipazione ai Convegni sulla pace e la civiltà cristiana, dobbiamo far luce sull'influenza di un altro autore allora decisivo nelle discussioni sul rapporto fra persona e diritto, fra diritto e politica, fra politica e Stato. Intendo riferirmi a Jacques Maritain, che Grossi ha letto direttamente oppure ne ha recepito le idee per il tramite di La Pira.

⁽⁶⁸⁾ Grossi asseconda le intuizioni del domenicano L. LACHANCE, *L'humanisme politique de saint Thomas d'Aquin. Individu et État* (Paris, 1939 e 1964), ma, nel contempo, ne critica l'impostazione, perché confonde l'umanesimo medievale di Tommaso e quello moderno sui diritti dell'uomo.

⁽⁶⁹⁾ Al riguardo sarebbe da operare il confronto con le tesi di G. DE LAGARDE (*La naissance de l'esprit laïque, au déclin du Moyen Âge*, Paris, 1956² e ss.), di P. PIOVANI (*Giusnaturalismo ed etica moderna*, Bari, 1961, p. 95 e ss.) e di VILLEY (*La formation de la pensée juridique moderne*, cit.).

⁽⁷⁰⁾ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, pp. 16-18, 67-74, 83-96.

Sappiamo infatti che le principali acquisizioni politiche di quei Convegni — ossia le distinzioni fra « cristianesimo » e « cristianità » e fra « ordine spirituale » e « ordine temporale » — trovavano la loro ispirazione prossima nel volume *Umanesimo integrale* (1936), e che da esso il Sindaco di Firenze aveva tratto la gran parte della sua proposta ideologico-sociale.

In ogni caso il richiamo a Maritain da parte di Grossi sembra avere avuto, come per molti altri intellettuali cattolici della sua generazione, un rilievo formativo più vasto meritevole di essere sviscerato (71).

Intanto nell'opera-manifesto del filosofo francese, Grossi trovava già fissati alcuni principi teorici essenziali che saranno storicizzati nel corso delle sue indagini. Pensiamo all'idea della *struttura pluralistica della società*, che Maritain concepiva già come un'estensione dell'esperienza della *civitas* medievale e in opposizione alle varie concezioni totalitarie a lui contemporanee. Maritain proponeva « una città pluralistica, che riunisce nella sua unità organica una diversità di gruppi e di strutture sociali incarnanti libertà positive », sulla scorta del presupposto che « la società civile non è composta solo di individui, ma di società particolari formate da questi; e una città pluralistica riconosce a tali società particolari una autonomia profonda il più possibile, e diversifica la propria struttura interna secondo le convenienze tipiche alla loro natura » (72). Maritain riteneva anche che il principio pluralista dovesse esprimersi, oltre che nell'articolazione sociale, sotto forma di un « pluralismo economico » e di un « pluralismo giuridico » (73).

Un'altra idea-forza della visione maritainiana, che si riscontra ampiamente nelle opere di Grossi, è la critica ai due estremi opposti dell'*individualismo* e dell'*assolutismo dello Stato*, con il conseguente recupero del rapporto di sintesi che intercorre fra la persona e la

(71) Considerando che la storia del diritto è un campo disciplinare assai collaterale alla filosofia teoretica, non meraviglia la povertà di riscontri bibliografici da parte di Grossi a Maritain (cfr. GROSSI, *Le situazioni reali*, cit., p. VII; ID., *Uno storico del diritto alla ricerca*, cit., p. 35).

(72) J. MARITAIN, *Umanesimo integrale*, Roma, 1946, p. 132.

(73) Ivi, pp. 132-138.

comunità, fra il bene individuale e il bene comune (74). Tutti elementi caratterizzanti la visione tomista insieme con la relazione fra la parte e il tutto, fondatrice della « *funzione promozionale* » del diritto (75).

Del resto, anche il Grossi costituzionalista che critica la nozione di individuo astratto, propria del giusnaturalismo, nutre il favore verso la persona nella sua concretezza e valorizza i corpi intermedi accantonati dalla modernità giuridica, non potrà fare a meno di rinviare all'insegnamento e al contributo di La Pira e, in modo implicito, alla visione pluralista della società e delle sue articolazioni sociali propria di Maritain (76).

Non va, infine, dimenticato che sia l'idea principe del pensiero di Grossi, quella di *ordo* (ordine giuridico/ordinamento) sia l'altra idea connessa di *inventio* (indicante la « funzione inventiva » del giurista) (77), se avevano trovato la loro base di partenza nella lettura dell'opera principe del razionalista Cartesio (78) e si erano poi integrate con la ricchezza dei significati provenienti dalla tradizione

(74) Grossi caratterizza il medioevo « anche dal punto di vista giuridico, civiltà plurale » e conia la bella locuzione « perfezione della comunità e imperfezione del singolo » in stretto riferimento alla *Summa theologiae* di Tommaso (GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., pp. 195-201). Del resto, in ogni sua opera sono emblematici e copiosi i rinvii ai testi del « genio speculativo » di Tommaso d'Aquino.

(75) Notava Maritain al riguardo che l'uomo « è membro della società a titolo di parte di questa, e ha bisogno delle costrizioni della vita sociale per essere condotto alla sua stessa vita di persona e sostenuta in questa vita »: di qui la necessità e la funzione promozionale del diritto (ivi, pp. 109-111).

(76) Lo fa nel volumetto sulle comunità intermedie dove dedicherà un paragrafo al « ruolo antagonistico di Giorgio La Pira nella redazione dell'articolo 2 » della Costituzione riportando il seguente brano della sua *Relazione introduttiva* nella Commissione dei Settantacinque: « È proprio questa diversa concezione pluralista — pluralismo economico, giuridico, politico — la concezione che corrisponde alla struttura organica del corpo sociale. Perché la realtà di questo corpo sociale non è costituita soltanto di singole persone: le persone sono naturalmente raggruppate in tanti organismi che sono elementi essenziali epperò ineliminabili del corpo sociale: la comunità familiare, quella religiosa, quella professionale — che sono altrettanti elementi costituzionali della società — esistono nel corpo sociale e lo definiscono » (P. GROSSI, *Le comunità intermedie tra moderno e pos-moderno*, a cura di M. Rosboch, Genova, 2015, pp. 70-75; v. anche Id., *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017, p. 69).

(77) Cfr. P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, p. 95 e ss.

(78) *Incontro con Paolo Grossi*, cit., p. 21.

monastica cara al Grossi della tesi sulle abbazie benedettine ⁽⁷⁹⁾, avevano infine trovato un'assonanza significativa in un breve ma succoso testo di Maritain del 1930 riproposto in Italia nel 1966. In esso Maritain precisava che « l'ordine umano non è già tutto fatto nelle cose e nella natura, è un ordine di libertà, e non è soltanto da constatare e da ricevere: lo si deve anche fare » e che è proprio « nel divenire e nelle sue condizioni continuamente evolvendosi che l'*invenzione dell'ordine* ci è richiesta » ⁽⁸⁰⁾.

Chiudo questa sezione della mia indagine sull'itinerario scientifico di Grossi con alcune parole di sintesi. Alla luce di quel che precede, quel « lavacro epistemologico » da lui ritenuto compito essenziale fin dagli inizi della sua riflessione — e a cui egli fa spessissimo riferimento —, si configura come la combinazione creativa di due fattori intellettuali determinanti. In primo luogo una selezione di autori e di letture che gli hanno permesso, in un confronto ideale, di ricomporre organicamente le diverse tessere di un mosaico composito. In secondo luogo la partecipazione appassionata alle « avanguardie cattoliche » fiorentine e l'assimilazione di alcuni principi e categorie essenziali della più avanzata cultura filosofica, teologica e politica cattolica degli anni Cinquanta.

Chi volesse poi verificare l'esito complessivo della metodologica giuridica che Grossi è andato costruendo dal 1952 al 1968, lo può fare nel volume su *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, un punto di approdo dove si trovano ormai assimilate e assestate le seguenti idee-forza: 1) la nozione di « esperienza giuridica » frutto di una riflessione stratificata di autori; 2) la centralità degli « istituti giuridici » intesi alla maniera di Pietro Piovani come forme di cristallizzazione della vita sociale, risultato dell'incontro

⁽⁷⁹⁾ È noto che nello studio di Grossi a Villa Ruspoli, accanto al ritratto di san Girolamo, era collocato un quadretto contenente la riproduzione dell'adagio: « Servate ordinem fratres et ordo servabit vos ». Cfr. P. CAPPELLINI, *Il diritto come esperienza. Ricordando Paolo Grossi*, in « Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche », 13 (2022), p. 49.

⁽⁸⁰⁾ Maritain così proseguiva: « l'ordine umano si fa con la storia, e, per essere quel che deve, esige di essere continuamente creato con uno sforzo di ragione e di volontà, d'immaginazione e di virtù, strappando alla malizia del tempo e forgiando con le risorse del tempo ciò che conviene al bene temporale e al bene eterno dell'essere umano » (J. MARITAIN, *La nozione di ordine* [1930], in ID., *Strutture politiche e libertà*, Brescia, 1968, p. 63).

delle intenzioni-azioni individuali finalizzate verso uno scopo convergente e durevole ⁽⁸¹⁾; 3) la necessità di « storicizzare » tali istituti senza tuttavia perdere la specificità del dato giuridico; 4) la critica alle categorie della dogmatica moderna come condizione per comprendere le esperienze giuridiche del passato (qui si avverte l'apporto di Emilio Betti per la sua capacità di unire profilo storico e definizioni giuridiche).

4. *L'incidenza del diritto canonico sul modello di diritto.*

Non c'è dubbio che le letture filosofiche degli anni liceali e la partecipazione intensa e appassionata al dibattito culturale del mondo cattolico fiorentino abbiano orientato l'attenzione della « matricola » Grossi nella Facoltà di Giurisprudenza verso il diritto canonico come quella materia che più delle altre si legava alle sue problematiche esistenziali.

A rafforzare quest'interesse intellettuale interviene l'incontro con una figura carismatica di docente, Pietro Agostino d'Avack. Egli lo ricorda come il primo dei suoi indimenticabili « incontri » che avrebbe compiuto nella sua vita di studioso alla ricerca di sé stesso ⁽⁸²⁾ e da cui avrebbe tratto insegnamenti che esorbitavano dalla specifica disciplina di cui questi era titolare (propriamente il « diritto ecclesiastico » secondo la nomenclatura ministeriale).

Pur venendo prestissimo a mancare il rapporto di discepolato con d'Avack, a motivo della sua chiamata nell'Università di Roma, la passione di Grossi per il diritto canonico non si stemperò. Invece di esaurirsi in un fuoco fatuo o restare un innamoramento giovanile cui lasciare il passo ad altre e più mature tematiche, essa divenne uno dei suoi filoni permanenti d'indagine. Ciò grazie alla « comprensione della cifra complessa del diritto canonico » che egli aveva tratto dal magistero di d'Avack ossia quella di « un diritto segnato nel profondo dal fine della pastoraltà, un fine che era diventato mentalità

⁽⁸¹⁾ P. PIOVANI, *La filosofia del diritto come scienza filosofica*, Milano, 1963, p. 168.

⁽⁸²⁾ Sulla funzione degli « incontri ideali » nell'itinerario di ricerca di Grossi v. CAPPELLINI, *Il diritto come esperienza*, cit., pp. 49-50.

giuridica e che si era impastata con la sua proiezione positiva contrassegnandola radicalmente » (83).

L'alta considerazione del diritto della Chiesa come fenomeno giuridico ha avuto l'effetto di imprimere alla lunga operosità di Grossi un forte senso di continuità di ricerca e, al contempo, di pervenire a risultati innovativi mediante una sempre maggiore consapevolezza delle potenziali risorse che esso disponeva (84).

La sua 'vocazione canonista' ha trovato conferme plurime, anche se in modo temporalmente discontinuo, nell'insegnamento di Diritto canonico e di Storia del diritto canonico nell'Università di Firenze, nella lunga serie di scritti canonistici dal 1958 al 2017 (85), nell'impegno a valorizzare il diritto della Chiesa mediante la partecipazione a convegni e la tenuta di lezioni presso vari atenei, e, *last but not least*, nell'esercizio della funzione di giudice del Tribunale Ecclesiastico Regionale Etrusco dal 1996 al 2004 (un'esperienza giudiziaria da lui ritenuta assai proficua e quasi prodromica a quella, ben più complessa e impegnativa, di giudice e poi di presidente della Corte Costituzionale).

4.1. *L'ordinamento canonico come ordinamento autonomo.*

Grossi parla di d'Avack come di una « presenza influentissima per la sua formazione di giurista » (dunque non semplicemente di canonista o di storico del diritto) (86). Per cogliere gli aspetti

(83) GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca*, cit., p. 50.

(84) Grossi identifica le « manifestazioni più mature » di questa sua progressiva attrazione canonistica ne *L'ordine giuridico medievale*, nel saggio sull'*aequitas canonica* del 1998 e nella lezione urbinata del 2003 (ivi, pp. 49-55).

(85) I saggi dal 1958 al 2013 sono stati raccolti nel volume GROSSI, *Scritti canonistici*, cit.; i restanti quattro, che datano dal 2015 al 2017, concernono: *Monachesimo cenobiale. Una nevatura portante della civiltà alto-medievale*, in *Monachesimi d'Oriente e d'Occidente nell'Alto Medioevo*, Spoleto, 2017, pp. 1-32; *Aequitas canonica: tra codice e storia*, in « Jus-online », 2015, 1, pp. 1-13; *Quale certezza per il diritto canonico?*, in *Certezza del diritto e ordinamento canonico. Percorsi di ricerca, nel centenario del Codice piobenedettino, in memoria di Maria Vismara Missiroli*, Torino, 2017; *Luci e ombre di una codificazione canonica. A cento anni dal primo Codex iuris canonici*, in « Il Diritto Ecclesiastico », 128 (2017), pp. 13-24.

(86) GROSSI, *La vita nel diritto*, cit., p. 23; ID., *Uno storico del diritto alla ricerca*, cit., p. 13.

nevalgici di questa incidenza dobbiamo semplicemente seguirlo nella descrizione del corso del suo docente, che era tutto rivolto — egli scrive — « a farci capire la tipicità del diritto canonico, da lui identificato come un ordinamento giuridico originario e originale, convivente con quello dello Stato all'interno di una amplissima pluralità ordinamentale »⁽⁸⁷⁾.

Qui va notato, innanzi tutto, l'evidente continuità fra l'impostazione metodologica di d'Avack e quella di Santi Romano, la quale portava a respingere la dominante visione monista, statalistica e positivista del diritto, secondo una linea che peraltro non era isolata all'interno della Facoltà giuridica fiorentina, essendo stata riproposta qualche anno prima dallo storico Francesco Calasso e confermata poco dopo dal filosofo Pietro Piovani.

E, in secondo luogo, la ricchezza di implicazioni metodologiche, tanto sulla visione complessiva del diritto (concezione istituzionale o ordinamentale, fondazione non statualistica e non positivista, visione pluriordinamentale e pluralistica) quanto sulle peculiarità del diritto canonico in rapporto con gli altri ordinamenti (aspetti su cui mi soffermerò più avanti).

Già nei suoi primi scritti, la storia del diritto canonico è servita a Grossi per saggiare l'originarietà, l'originalità e la specificità dell'ordinamento della Chiesa. Egli conia il concetto di « ordinamento giuridico primitivo della Chiesa »⁽⁸⁸⁾ per indicare « un prevalere teologico sugli elementi giuridico-sociali, nel senso di una indistinzione tra il dato morale e il dato giuridico; dato giuridico che però si va sempre più chiarendo nelle fonti e nella letteratura cristiana come a sé stante »⁽⁸⁹⁾.

La posizione di Grossi si differenzia notevolmente rispetto a due teorie contemporanee tendenti a negare le peculiarità dell'ordinamento della Chiesa e dei suoi concetti oppure a contrapporre il vangelo e le leggi canoniche o anche semplicemente a introdurre una

⁽⁸⁷⁾ GROSSI, *La vita nel diritto*, cit., p. 23.

⁽⁸⁸⁾ Anche Santi Romano aveva parlato di « ordinamenti quasi infanti » per indicare sistemi giuridici allo stato embrionale, poveri di leggi scritte al loro cominciamento ma destinati a irrobustirsi e solidificarsi (S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, ora in ID., *L'«ultimo» Santi Romano*, Milano, 2013, p. 196).

⁽⁸⁹⁾ GROSSI, *Unanimitas*, cit., p. 48.

frattura fra loro. Infatti, da un lato, prende le distanze da chi, come Ruffini Avondo, equipara l'ordinamento canonico a un « ordinamento primitivo » e per giunta influenzato da elementi germanici ⁽⁹⁰⁾. Dall'altro lato, contro le tesi di Sohm e di Saleilles, individua una linea di coerente evoluzione fra l'esistenza storica del Cristo, le norme divine della Scrittura e le norme canoniche emanate dalla Chiesa ⁽⁹¹⁾.

Insomma, in un contesto scientifico ancora venato di pregiudizi positivistici (eccezion fatta per il *Medio Evo del diritto* di Calasso), Grossi coglie ed esalta le peculiarità teologiche dell'ordinamento della Chiesa: oltre la legge scritta, elementi costitutivi dell'ordinamento canonico, che diviene ordinamento-tipo, sono « altri concetti ben precisati e che chiaramente si spiegano in una società teologica come la Chiesa: unità, autorità, gerarchia » ⁽⁹²⁾. Ponendo in evidenza che la genesi dell'ordinamento canonico ha le sue radici nei dogmi di fede ma poi si sviluppa in prescrizioni e istituti mediante una progressiva accentuazione della forma giuridica, egli offre un contributo di prim'ordine anche alla scienza canonistica la quale, dopo la codificazione del 1917, sembrava rincorrere e imitare il modello statale.

4.2. *I caratteri differenziali del diritto canonico rispetto al diritto dello Stato.*

In tutti i suoi scritti Grossi ha lamentato che il diritto canonico da molti secoli sia stato avversato e privato della sua legittimazione per motivi filosofici, teologici o politici. Si comincia col disprezzo espresso degli esponenti dell'umanesimo e dell'umanesimo giuridico in specie, si prosegue con la polemica di Lutero e dei riformatori

⁽⁹⁰⁾ Grossi tiene a mostrare, contro la tesi di Ruffini Avondo, che « l'unanimità canonica è un qualcosa di assolutamente diverso da quella germanica, come assolutamente diversa è la formazione della struttura della Chiesa e del suo sistema di diritto » (ivi, p. 10).

⁽⁹¹⁾ « La certezza del suo diritto, i limiti precisi del suo ordinamento, la sua stessa costituzione, il suo fine, la sua attività [della Chiesa] hanno il loro inequivocabile fondamento nella voce teologica della Bibbia che, assai lentamente, ma altrettanto sicuramente si cristallizza in statuizioni giuridiche » (ivi, p. 49).

⁽⁹²⁾ *Ibidem*.

contro le scelte giuridiche della Chiesa medievale, per arrivare allo Stato assoluto, che trasforma questa progressiva diffidenza in negazione della vigenza dell'ordinamento ⁽⁹³⁾.

A questo riguardo Grossi usa parole forti per qualificare la grande operazione politico-culturale con cui lo Stato liberale italiano ridusse « una grande realtà storica » come la Chiesa romana « all'infimo rango di una delle tante associazioni viventi all'interno di uno Stato », la sottopose del tutto alla sua « volontà normativa » e relegò « nella irrilevanza giuridica » il « peculiarissimo diritto » concorrente agli Stati che essa aveva saputo costruire, « con il tradimento più completo d'una vicenda storica vecchia di quasi duemila anni » ⁽⁹⁴⁾.

Non si tratta di una rivisitazione polemica della storia risorgimentale quanto della dolorosa constatazione che il disprezzo e la messa al bando del diritto della Chiesa da parte degli Stati nel corso dell'Ottocento abbiano, almeno indirettamente, favorito un processo di involuzione del diritto in quanto tale, un fraintendimento della sua essenza autentica mediante la sua attrazione/riduzione nell'orbita esclusiva del potere politico dello Stato.

Il diritto canonico si viene così a configurare, nel pensiero di Grossi, insieme col diritto agrario, come un '*contromodello*' rispetto al diritto statale ⁽⁹⁵⁾. Ognuno dei caratteri distintivi dell'ordinamento canonico trova infatti il suo elemento o fattore antinomico e dialettico nell'ordinamento dello Stato. Anzi: Grossi non esita a definire quello canonico « un ordinamento contrassegnato da così

⁽⁹³⁾ GROSSI, *La vita nel diritto*, cit., p. 15, tema ripreso ed ampliato ne *L'Europa del diritto*, cit., pp. 88-90.

⁽⁹⁴⁾ P. GROSSI, *Storicità del diritto*, in ID., *Scritti canonistici*, cit., p. 274.

⁽⁹⁵⁾ Può essere utile segnalare una serie di analogie fra il diritto agrario e il diritto canonico. Entrambi mostrano la pluralità degli ordinamenti giuridici. Entrambi si radicano nell'esperienza primordiale: quella della terra (rapporto fra la persona e le cose) e quella di fede (rapporto fra la persona/*homo viator* e Dio). Entrambi si riferiscono a persone in carne ed ossa, qualificati da uno *status* o da una condizione, e non a modelli astratti come il soggetto unitario del diritto civile. Entrambi esprimono radicate relazioni sociali: nel caso del diritto agrario Grossi adombra un palcoscenico triadico (individuo, comunità, terra) che trova corrispondenza nel diritto canonico (persona, Dio, Chiesa-comunità). Su Grossi e il diritto agrario v. G. CAZZETTA, *L'attrazione del reale. Storicità del diritto nel pensiero di Paolo Grossi*, in *Storia e diritto nell'esperienza dell'Accademia. Ricordo di Paolo Grossi ai Georgofili 18 novembre 2022*, Firenze, 2023, pp. 452-471.

forti peculiarità da renderlo *altro*, cioè profondamente diverso da quello — per esempio — della repubblica italiana »⁽⁹⁶⁾.

Questa « alterità » del diritto canonico non è tanto il risultato di un processo intrapreso dalla Chiesa per differenziarsi e distaccarsi dagli ordinamenti degli Stati, quanto l'esito ultimo di una serie di trasformazioni indotte dall'avvento della « modernità giuridica ». Tale cambio di paradigma, intervenuto fra la concezione medievale e quella moderna del diritto, è stato rappresentato e sintetizzato da Grossi in varie formule: il passaggio dal « primato dell'oggettivo » al « primato del soggettivo »; la « riduzione drastica » della complessità propria dell'ordine giuridico a un « macro-soggetto politico » rappresentato dallo Stato e a un « micro-soggetto » privato rappresentato dagli individui; la restrizione del diritto a « visione potestativa del diritto » (« potere ») o a somma di norme (« legalismo »), come identificazione della legge col « comando » autoritario e generale; la riconduzione delle fonti normative nel testo « per sua natura chiuso e immobile » dei codici.

A valle di queste metamorfosi intervenute nel concetto di diritto, lo storico e il giurista di oggi sono posti nella condizione riflessiva di cogliere le peculiarità, gli istituti caratteristici e diremmo anche singolari del diritto canonico (di una singolarità capace di spaventare un giurista positivo ligio ad una visione legalista del diritto).

Non è arduo seguire Grossi nella descrizione dell'« inventario concettuale » dei tratti differenziali, peraltro fra loro ben combinati e correlati, del diritto canonico. Il primo fondamentale e generale tratto è indicato nella « pastoralità » ossia nella capacità di immedesimarsi pienamente nella « umana fragilità, tratto caratteriale di ogni fedele, che la Chiesa ha l'obbligo di non dimenticare ». Ciò implica tener conto del soggetto nella sua carnalità, dei contesti e delle circostanze in cui si trova, degli intrecci di sentimenti, istinti, interessi, fatti che lo coinvolgono e che divengono rilevanti per il giudice canonico o per il superiore ecclesiastico. La « pastoralità »

(96) GROSSI, *Aequitas canonica: tra codice e storia*, cit., p. 3.

diviene allora il contraltare della legge statale intesa come « comando » indifferenziato, imperioso e rigido ⁽⁹⁷⁾.

Viene poi la « strumentalità » della norma canonica rispetto alla finalità propria del diritto statale di difendere l'ordine giuridico. Questo secondo carattere provoca la diffidenza del diritto canonico sia verso le costruzioni logico-sistematiche, le quali non tengono conto della complessità, della frammentarietà e pluralità della realtà sociale, sia verso l'identificazione del diritto con la legge astratta, generale e rigida ⁽⁹⁸⁾. Questo spiega perché, secondo Grossi, i codici canonici, benché siano imitazioni dei codici statuali, presentino nondimeno rispetto ad essi aspetti anomali, per le loro « aperture verso il passato », per l'equiparazione della consuetudine alla legge ⁽⁹⁹⁾, per l'affermazione della loro incompletezza e conseguente rinvio a « valvole di sicurezza » come i principi generali, l'*aequitas canonica*, lo stile e la prassi della curia romana, l'opinione comune dei maestri ⁽¹⁰⁰⁾.

Infine, come risultante dei primi due tratti differenziali, emerge il terzo connotato della « elasticità » che costituisce il rovescio del positivismo, del legalismo e del formalismo tipici del diritto statale. L'ordinamento canonico valorizza la considerazione del particolare rispetto al primato della norma generale, afferma il primato del soggetto particolare e il peso delle circostanze rispetto alle fattispecie generali. Tutto ciò è reso possibile dall'operatività di una serie di istituti inimmaginabili nel diritto statale come la *dispensatio*, la *tolerantia canonica* e la *dissimulatio*, i quali tutti sono retti e governati dalla *aequitas canonica*.

Quest'ultima « non è una norma, né tanto meno può essere fissata in una norma »; piuttosto è essa stessa « espressione della norma suprema che sta alla base della Chiesa » (il diritto divino), « è lo strumento che realizza l'adeguamento perfetto della forma alla

⁽⁹⁷⁾ GROSSI, *La vita nel diritto*, cit., pp. 37-38.

⁽⁹⁸⁾ GROSSI, *Diritto canonico e cultura giuridica*, in ID., *Scritti canonistici*, cit., p. 235.

⁽⁹⁹⁾ Grossi ha sempre richiamato la *consuetudo* canonica per mostrare il carattere non legalistico del diritto della Chiesa e la sua vocazione ad essere espressione del popolo dei fedeli, oltre che emanazione della gerarchia. Cfr. GROSSI, *Unanimitas*, cit., p. 52.

⁽¹⁰⁰⁾ GROSSI, *Diritto canonico e cultura giuridica*, cit., p. 236.

sostanza » dell'ordinamento ⁽¹⁰¹⁾. Con una frase particolarmente pregnante, Grossi scrive che essa « rappresenta nell'ordine giuridico la perfetta trasposizione di quel personalismo, che è il tratto più tipico della filosofia cristiana » ⁽¹⁰²⁾.

4.3. *Il diritto canonico come « mentalità giuridica ».*

« Il diritto canonico come mentalità giuridica era il mio personale sviluppo della lezione di D'Avack », dichiara Grossi nella sintesi del suo itinerario di ricerca ⁽¹⁰³⁾. Ma cosa voleva significare con quel sintagma innovativo?

Certamente non intendeva restaurare il dominio ideologico e anche politico che la Chiesa aveva esercitato in passato mediante il proprio diritto nelle attuali società contemporanee. Neppure voleva esprimere un giudizio sullo stato attuale del diritto canonico. E allora? La chiave di volta del suo discorso sta nell'affermare il valore intrinseco del « momento comparativo » ovvero la prospettiva di un « confronto dialettico » fra l'ordinamento della Chiesa e quello dello Stato, allo scopo « di segnalare con maggiore intensità la diversità di fondazioni, di approcci, di soluzioni che sono proprie del diritto canonico » ⁽¹⁰⁴⁾. Un'operazione culturale che, egli precisa, non serve solo per « rivedere concezioni chiuse e stantie ancora radicate nella statua interiore del giurista statalista e legalista dei paesi di *civil Law* », ma anche per recuperare la matrice canonistica del *common Law* che risale « all'itinerario storico-giuridico del regno d'Inghilterra tra medioevo e modernità » ⁽¹⁰⁵⁾.

In questo senso diventano rilevanti per Grossi due analogie forti fra il diritto canonico e il diritto anglo-americano. La prima è che il recupero dell'equità canonica, essendo « marcato a fondo dal tentativo di arrivare alla coincidenza fra equo e legittimo », può corroborare « quel ritorno all'equità che *gli* pare un tratto tipizzante — anche se ancora malcerto — del percorso attuale del diritto

⁽¹⁰¹⁾ P. GROSSI, *Aequitas canonica*, in Id., *Scritti canonistici*, cit., p. 220.

⁽¹⁰²⁾ Ivi, p. 222.

⁽¹⁰³⁾ GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca*, cit., p. 50.

⁽¹⁰⁴⁾ GROSSI, *Aequitas canonica: tra codice e storia*, cit., pp. 2-3.

⁽¹⁰⁵⁾ Ivi, pp. 12-13.

italiano »⁽¹⁰⁶⁾. La seconda è che la mentalità canonistica, essendo una « mentalità empirica » che preferisce il particolare, che privilegia le circostanze umane e quelle contestuali, « concretandosi precisamente in un'analisi minuta di tante individualità, eleva a un ruolo centrale e propulsivo dell'ordinamento il giudice assai più del legislatore »⁽¹⁰⁷⁾.

In questa prospettiva Grossi critica « una minimizzazione del diritto canonico nel nòvero delle discipline giuridiche » cui si è pervenuti da tempo sia per la « rozzezza culturale e anche ignoranza, crassa ignoranza » dei giuristi, sia per « una pesante responsabilità degli stessi canonisti », specie di Curia, che si sono preclusi « una reale comprensione del diritto canonico nella sua autentica peculiarità » adagiandosi a « concepire i Codici con lo stesso nefasto culto positivistico con cui da troppo tempo si è guardato, negli Stati moderni, ai testi legislativi »⁽¹⁰⁸⁾.

5. Conclusioni.

Mi sono sforzato di entrare nello 'scrittoio' di Grossi, di indagare il reticolo di letture, di incontri di persone, di partecipazione a cenacoli e a convegni negli anni della sua formazione liceale e universitaria per ripercorrere le principali acquisizioni culturali, gli assestamenti concettuali, anche per fasi successive, la centralità di alcune idee-forza che hanno favorito o contribuito a delineare la sua impostazione metodologica sulla soglia dei suoi trent'anni.

Un primo risultato di questa indagine credo sia stato mettere in evidenza come gli stimoli intellettuali e religiosi ricevuti a contatto delle « avanguardie cattoliche fiorentine » dei primi anni Cinquanta abbiano rappresentato un impulso decisivo per il suo percorso successivo. Da quel particolare *milieu*, Grossi ha tratto un'impostazione problematica della storia, delle connessioni fra religioni e civiltà, delle relazioni fra religione e politica nonché fra teologia, storia e antropologia. Tutte premesse generali in apparenza estranee o assai collaterali al mondo del diritto ma che, invece, si riveleranno

⁽¹⁰⁶⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁰⁷⁾ GROSSI, *Diritto canonico e cultura giuridica*, cit., p. 238.

⁽¹⁰⁸⁾ GROSSI, *Aequitas canonica: tra codice e storia*, cit., pp. 10 e 12.

essenziali nel laboratorio dello storico delle istituzioni e del pensiero giuridico per le molteplici connessioni che vi intercorrono.

A mio avviso il vantaggio culturale per il giovane Grossi, anche in rapporto ai suoi futuri colleghi provenienti dalle fila cattoliche, è stato triplice. Intanto: come studioso credente, non si è lasciato irretire dalla dominante corrente neotomista, ancorata a una visione metafisica della filosofia del diritto, o dal mito ideologico-politico della cristianità medievale. Inoltre: venendo a contatto con le correnti filosofiche e teologiche più avanzate, soprattutto francesi, ha prontamente aderito a una impostazione storicista e laica dei problemi. Infine: la frequentazione personale o l'ascolto di coloro che erano stati i maggiori esponenti del cattolicesimo democratico nella Commissione Costituente lo ha aiutato a maturare una concezione personalista e pluralista dello Stato.

Dai primi anni Cinquanta ai primi anni Sessanta, la sua preoccupazione intellettuale preminente è stata la ricerca di una metodologia storica e giuridica che evitasse i difetti congeniti e collegati del positivismo, dell'impostazione esegetica e dell'erudizione fine a sé stessa. Sotto questo punto di vista il suo itinerario personale si snoda sostanzialmente su due piani interdipendenti: la ricerca di una « gnoseologia della scienza storica » veramente appropriata al campo della storia del diritto, e la elaborazione di una teoria alternativa del diritto fondata sulle categorie di ordinamento e di esperienza giuridica.

Per rispondere alla prima esigenza metodologica si è rivelata essenziale per Grossi la lettura di alcune opere innovative (Marrou, Febvre e Bloch). La dimensione propriamente storiografica è stata poi integrata con la prospettiva storico-antropologica del diritto mediante il contatto con i classici della sociologia del diritto (Maine), della fenomenologia e sociologia religiosa (Van der Leew e Le Bras), della antropologia francese (Lévy-Bruhl, Mauss). Ciò ha permesso a Grossi di focalizzare ed esplicitare le connessioni antropologiche, filosofiche e teologiche fra il diritto e le culture nonché fra gli elementi portanti delle varie « civiltà del diritto » in una prospettiva comparativa.

Invece per ciò che concerne la messa a punto della sua metodologia giuridica sono state determinanti un'altra serie di opere filosofiche e di incontri con autentici maestri del diritto a lui

contemporanei. Si può riscontrare una linea coerente di autori-testi sul concetto di « esperienza giuridica » la quale parte da Blondel e perviene a Capograssi e, più tardi, a Orestano passando per Gény. A questa filiera ideale se ne affianca un'altra ruotante attorno all'idea di diritto come « ordinamento » e come « istituzione », secondo la imprescindibile lezione di Romano, integrata dalla teoria della radice sociale e pluralista del diritto di Gurvitch e dalla nozione di « istituto giuridico » di Piovani ⁽¹⁰⁹⁾.

In rapporto all'elaborazione di queste idee e categorie fondanti la sua teoria giuridica, lo studio del diritto canonico sotto la guida del suo maestro Pietro Agostino d'Avack ha rappresentato per Grossi, più che un interesse costante e trascinante, una *funzione paradigmatica*. Nel suo itinerario scientifico il diritto canonico non solamente ha fornito il più vigoroso riscontro della teoria della pluralità e dell'autonomia degli ordinamenti giuridici ma ha permesso di appurare l'esistenza del pluralismo normativo al proprio interno, con la mescolanza di dogmi teologici, principi filosofici e norme giuridiche. Inoltre tale ordinamento, approfondito da Grossi nella sua genesi e nelle sue trasformazioni storiche (con una particolare attenzione al passaggio nodale della codificazione), ha finito per rappresentare, nella sua metodologia storico-comparativa, il ruolo di 'pietra di paragone', di 'modello' dialettico alternativo a quello statale per i suoi caratteri peculiari quali la « pastoralità », la « strumentalità » e l'« elasticità ».

Non solo. Consapevole della rilevanza non solo storica ma teorica del diritto canonico — in quanto portatore di una visione del tutto peculiare del ruolo della giuridicità —, da ultimo Grossi ha coniato una formula innovativa — il diritto canonico come « mentalità giuridica » — per farne comprendere il ruolo formativo che esso dovrebbe avere per ogni giurista sotto il profilo comparativo.

Ritornando alle riflessioni iniziali sul « senso del mistero » in Grossi è forse possibile dire anche una parola sul rapporto in lui intercorso fra la ricerca scientifica e la sua visione religiosa del mondo. Al pari del cattolicesimo di uno dei suoi principali mentori, Giuseppe Capograssi, quello di Grossi « è presenza costante, sem-

⁽¹⁰⁹⁾ Sull'opzione istituzionalista di Grossi si vedano le notazioni di F. PEDRINI in *Colloquio su Storia, Diritto e Costituzione*, in « Lo Stato », 14 (2020), pp. 225-229.

pre tenacemente nascosta, custodita nell'intimo, rigidamente esclusa dal temporale, mai ostentata, mai mescolata ad elementi di giudizio eterogenei »⁽¹¹⁰⁾. Insomma: in Grossi abbiamo a che vedere con un profilo di studioso che, se ha sempre rivendicato con estrema chiarezza e coerenza di vita di non essere un « giurista cattolico », ha, tuttavia, costantemente affermato, negli incontri pubblici come nelle conversazioni private, di restare sempre un « cattolico » e un « giurista ».

⁽¹¹⁰⁾ P. PIOVANI, *Una analisi esistenziale dell'esperienza comune*, in *La filosofia dell'esperienza comune di Giuseppe Capograssi*, Napoli, 1976, p. 20.

PIETRO COSTA

IL DIRITTO COME 'ESPERIENZA GIURIDICA'
LA FILOSOFIA DI CAPOGRASSI NELLO SPECCHIO
DELLA STORIOGRAFIA GROSSIANA

1. Cenni introduttivi. — 2. Il Corso del 1968: il primato del 'fatto'. — 3. Il diritto come 'esperienza giuridica'. — 4. L' 'esperienza giuridica' come teoria metastoriografica.

1. *Cenni introduttivi.*

Quali sono le convinzioni teoriche, la visione del mondo (e del diritto) condivise da Paolo Grossi? Rispondere a questa domanda può sembrare problematico, dal momento che la sua produzione scientifica non include lavori che si distacchino dalla ricognizione storiografica di temi e autori e possano essere etichettati come saggi di 'pura' teoresi. In realtà, è su precise fondazioni teoriche che riposa la storiografia grossiana e individuarle non è difficile, almeno per due motivi. In primo luogo, il suo lavoro storiografico non è mai 'avalutativo', ma è intriso di apprezzamenti e di condanne che, se da un lato non si sottraggono all'onere di una precisa contestualizzazione storica tenendosi lontano da apologie o da liquidazioni anacronistiche, dall'altro lato esprimono, senza dissimulazioni o reticenze, nel vivo del lavoro storico-ermeneutico, la sua visione della società e del diritto. In secondo luogo — ed è questo l'elemento decisivo — Grossi è stato, nell'arco della sua lunga attività, un attento e coerente interprete di se stesso, esplicitando il filo conduttore e le scelte di fondo della sua pluridecennale attività.

I luoghi nei quali Grossi attende al delicato compito di tracciare le linee della sua biografia intellettuale sono, in primo luogo, le numerose interviste ⁽¹⁾ rilasciate, nel corso dell'ultimo ventennio, a

⁽¹⁾ Penso in particolare a M. MECCARELLI, S. SOLIMANO, *A colloquio con Paolo Grossi*, in « Forum Historiae iuris », 2007; *Incontro con Paolo Grossi*, a cura di I. Bellone,

collegli e amici che lo hanno sollecitato a mettere a fuoco i passaggi chiave della sua riflessione. Non mancano però nemmeno le occasioni nelle quali Grossi dichiara apertamente il suo debito intellettuale nei confronti di alcuni autori. Fra questi, due — Santi Romano e Giuseppe Capograssi — rivestono, a mio avviso, un'importanza peculiare, dal momento che dalla loro riflessione Grossi raccoglie non tanto suggestioni settoriali quanto il seme della sua complessiva visione del diritto: il Romano di Grossi è l'alfiere di un pluralismo giuridico che annuncia l'avvenuto superamento del monismo statualistico ⁽²⁾; e di raggio ancora più ampio è la lezione che Grossi trae dalla filosofia di Capograssi e dalla sua visione del diritto come 'esperienza giuridica'.

Non è un caso che Grossi non ci abbia offerto una semplice ricostruzione storiografica del pensiero di Capograssi, ma abbia intessuto un vero e proprio 'dialogo' con questo appartato ma influente filosofo del diritto. *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi* ⁽³⁾: è questo l'efficace titolo di un saggio in cui Grossi non tanto 'storicizza' il filosofo dell'esperienza giuridica quanto lo indica come un interlocutore che gli era stato indispensabile nel suo lavoro di storico-giurista.

È Grossi stesso, dunque, che ci permette di sorprendere il riflesso delle suggestioni capograssiane nello specchio della sua opera storiografica. Si aggiunga a ciò la possibilità di ricorrere a due

E. Ripepe, Pisa, Plus, 2007; P. GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, Bologna, il Mulino, 2008; Paolo Grossi, a cura di G. Alpa, Roma-Bari, Laterza, 2011; P. GROSSI, *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, Bologna, il Mulino, 2018; F. PEDRINI, *Colloquio su Storia, Diritto e Costituzione. Intervista al Prof. Paolo Grossi (Citille in Chianti, 10 giugno 2020)*, in «Lo Stato», VIII (2020), 14, pp. 211-68.

(2) Il Romano di Grossi — come osserva acutamente Bernardo Sordi — non è soltanto un autore di indiscutibile risalto storico-culturale, ma è anche il creatore di « schemi teorici » rilevanti per il presente; rilevanti, aggiungo, perché consustanziali alla natura 'profonda' del fenomeno giuridico. Cfr. B. SORDI, *Statualità e pluralità nella teoria dell'ordinamento giuridico*, in R. CAVALLO PERIN *et al.*, *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, p. 15, che si riferisce a P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nell'odierna crisi delle fonti*, ora in *Id.*, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 669-688.

(3) P. GROSSI, *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi*, in « Rivista Internazionale di filosofia del diritto », 83 (2006), 1, pp. 13-40.

scritti acuti e approfonditi, che hanno adeguatamente messo a fuoco l'impatto della 'filosofia dell'esperienza giuridica' sulla storiografia di Grossi ⁽⁴⁾ e sarà facile comprendere che questo saggio dovrà, per evitare ripetizioni e ridondanze, limitarsi a una schematica elencazione di temi già largamente esplorati.

2. *Il Corso del 1968: il primato del 'fatto'.*

Il lemma che Grossi precocemente assume come la principale cornice teorica del suo lavoro è 'esperienza giuridica', che compare nel titolo di un 'Corso di storia del diritto' pubblicato nel 1968: *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale* ⁽⁵⁾. È un libro che gode di una rilevanza peculiare nell'itinerario grossiano, in quanto non solo raccoglie i risultati acquisiti nei lavori precedenti ⁽⁶⁾, ma anche li elabora e li immette in un vero e proprio 'programma' euristico: un programma che la prefazione presenta come « il tentativo di ricerca d'un modo nuovo di ripercorrere il problema uomo-cose da un angolo visuale che, pur rigorosamente giuridico, vuole essere tanto aperto sociologicamente da consentire una visione rigorosamente storica di quello » ⁽⁷⁾.

Diritto, sociologia, storia: occorre far leva, per Grossi, sulla loro sinergia per uscir fuori dalle secche di un 'formalismo' che ha ridotto il diritto a « tecnica » e ha provocato la separazione « fra diritto ed esperienza » ⁽⁸⁾. La prefazione è firmata a « Citille in Chianti » (come lo saranno tanti scritti successivi) e la data è l'8 settembre 1968. La data è 'simbolica' e Grossi non manca di

⁽⁴⁾ G. CAZZETTA, *Natura delle cose e superbia del legislatore. Giuseppe Capograssi e il diritto agrario italiano di metà Novecento*, in *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 285-315; ID., *L'attrazione del reale. Storicità del diritto nel pensiero di Paolo Grossi*, in « Rivista di diritto agrario », CI (2022), 3, pp. 418-441.

⁽⁵⁾ P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto*, Padova, Cedam, 1968.

⁽⁶⁾ P. GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1960; ID., *Locatio ad longum tempus. Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune*, Napoli, Morano, 1963.

⁽⁷⁾ GROSSI, *Le situazioni reali*, cit., p. VI.

⁽⁸⁾ Ivi, p. VII.

richiamarsi alle « recenti e spesso puntuali proteste studentesche » nelle quali « abbiamo sentito echeggiare insistentemente » un'insoddisfazione nei confronti del « formalismo giuridico » che impone di considerare il diritto non tanto come « norma » quanto come « esperienza » ⁽⁹⁾.

In quest'ottica, il Sessantotto non è un'esplosione improvvisa, ma è la precipitazione di un clima che era venuto maturando negli anni Sessanta in Italia: dove gli impetuosi, anche se contraddittori, processi di 'modernizzazione' avevano stimolato la scoperta (o la riscoperta) della sociologia, inducendo a rifiutare la *vulgata* giuspositivistica e il suo 'formalistico' isolamento dalle scienze sociali. Basti ricordare, come espressioni del fervido clima di rinnovamento cui si mostrava sensibile la componente più vivace, ancorché minoritaria, della comunità giuridica, la prolusione maceratese di Stefano Rodotà ⁽¹⁰⁾, che, nel 1966, si spendeva a favore di un approccio 'sociologico-funzionalistico' al diritto e la prolusione barese di Nicolò Lipari ⁽¹¹⁾, del 1968, anch'essa ispirata all'esigenza di superare il formalismo facendo del sapere giuridico una vera e propria 'scienza sociale'.

Grossi partecipa di questo clima (e proprio a Macerata, dove Grossi, fra il 1963 e il 1966, è professore ordinario e poi preside, si troverà a insegnare, fra il 1963 e il 1968, e a tenere la prolusione prima ricordata, anche Stefano Rodotà). Non sorprende quindi di trovare, nella Prefazione al Corso del 1968, un'apertura di credito nei confronti della sociologia, alleata naturale nella 'rivolta contro il formalismo'.

Certo, l'antiformalismo non può sfociare nella dissoluzione della specificità del diritto, che deve essere compreso come forma e ordinamento della dinamica storico-sociale. L'esigenza centrale, tanto per lo storico quanto per il sociologo, è intendere la « dialettica » che intercorre « fra dato giuridico e contesto storico [...], fra forma con-

⁽⁹⁾ Ivi, p. VIII.

⁽¹⁰⁾ S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in « Rivista di diritto commerciale », I (1967), pp. 83-99.

⁽¹¹⁾ N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica. Riflessioni sul metodo*, in « Rivista di diritto civile », I (1968), pp. 297-338.

solidata e sostanza sociale » (12). Per dare fondamento e respiro a questa esigenza il concetto capograssiano di ‘esperienza giuridica’ appare a Grossi la formula teorica più efficace e comprensiva. Se il diritto non è (soltanto) ‘norma’, ma è ‘esperienza’, lo storico del diritto dovrà cessare di guardare agli istituti giuridici come a forme che si sviluppano per partenogenesi e attraversano i secoli conservando una loro sostanziale continuità, ma dovrà considerarli come cangianti cristallizzazioni (l’ossimoro è apparente) di una precisa, contestualizzata dinamica storico-sociale. È in questa prospettiva che Grossi rinvia (nel capitolo introduttivo del Corso del 1968) al concetto capograssiano di ‘esperienza giuridica’ (13).

Era uscita nel 1959 l’edizione Giuffrè dell’*opera omnia* di Capograssi. E proprio nei primi anni Sessanta Grossi, stimolato da Pietro Piovani e da Antonio Villani, si dedica alla lettura degli scritti capograssiani: non a una lettura rapsodica, ma a un intenso e prolungato confronto con quella ‘filosofia dell’esperienza giuridica’ (14), che sarebbe divenuta il suo principale retroterra teorico-giuridico. Sarà nel corso del suo complessivo lavoro storiografico che la giovanile immersione nell’opera di Capograssi darà tutti i suoi frutti. È necessario però segnalare un saggio che impressiona Grossi proprio nel momento in cui sta lavorando al Corso del ’68, dedicato alle forme del rapporto uomo-cose nella società medievale: un saggio di Capograssi, sollecitato da Gian Gastone Bolla e pubblicato, nel 1952, nella « Rivista di diritto agrario » (15).

All’Istituto di diritto agrario, fondato da Bolla (16), Grossi aveva partecipato fino dai suoi anni giovanili e ne era divenuto

(12) GROSSI, *Le situazioni reali*, cit., p. 15.

(13) Ivi, p. 4. Né viene omissso il riferimento a uno storico — Riccardo Orestano — che lo aveva preceduto nel valorizzare l’efficacia euristica del concetto di esperienza giuridica (cfr. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1961).

(14) « Da quei colloqui [con Piovani e Villani] 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 » (GROSSI, *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi*, cit., p. 14).

(15) G. CAPOGRASSI, *Agricoltura, diritto, proprietà* (1952), ora in Id., *Opere*, Milano, Giuffrè, 1959, V, pp. 269-31.

(16) A. GERMANÒ, *L’Istituto di diritto agrario internazionale e comparato: la storia*, in « Przegląd Prawa Rolnegom », 20 (2017), 1, pp. 185-232.

Segretario generale nel 1966: non per caso, data la precocità del suo interesse al rapporto fra l'uomo e la terra. L'attenzione nei confronti di questo tema sarà una costante nella produzione storiografica di Grossi: dalla *Locatio ad longum tempus*, del 1963 ⁽¹⁷⁾, ai saggi raccolti, nel 1993, nel *Dominio e le cose* ⁽¹⁸⁾, a « *Un altro modo di possedere* » ⁽¹⁹⁾, fino a un'opera recente, *Il mondo delle terre collettive* ⁽²⁰⁾, dove Grossi ricostruisce lo svolgimento della sua pluridecennale analisi delle forme proprietarie. È comprensibile quindi che il saggio capograssiano sul rapporto fra l'uomo e la terra esercitasse su di lui un influsso peculiare.

Quale sia stato questo influsso e come esso sia stato sviluppato e metabolizzato nella storiografia grossiana lo ha già indicato in modo pienamente convincente (come ricordavo) Giovanni Cazzetta, al cui saggio rinvio ⁽²¹⁾ limitandomi a qualche considerazione generale.

Il saggio di Capograssi non è, ovviamente, un fulmine a ciel sereno. La questione agraria era una delle grandi questioni irrisolte della storia nazionale e aveva mantenuto un'ininterrotta rilevanza fra il primo dopoguerra, il fascismo, la costituzione repubblicana e il secondo dopoguerra ⁽²²⁾. La cultura giuridica se ne era intensamente

⁽¹⁷⁾ GROSSI, *Locatio ad longum tempus*, cit.

⁽¹⁸⁾ P. GROSSI *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1992.

⁽¹⁹⁾ P. GROSSI, « *Un altro modo di possedere* ». *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria*, Milano, Giuffrè, 1977.

⁽²⁰⁾ P. GROSSI, *Il mondo delle terre collettive. Itinerari giuridici tra ieri e domani*, Macerata, Quodlibet, 2019.

⁽²¹⁾ CAZZETTA, *L'attrazione del reale*, cit.

⁽²²⁾ Cfr. A. IANNARELLI, *La cultura agrarista tra codificazione e costituzione (1935-1952)*, in « *Quaderni fiorentini* », 28 (1999), pp. 632-712; *Miracolo economico italiano*, a cura di A. Cardini, Bologna, il Mulino, 2006; E. BERNARDI, *La riforma agraria in Italia e gli Stati Uniti: guerra fredda, Piano Marshall e interventi per il Mezzogiorno negli anni del centrismo degasperiano*, Bologna, il Mulino, 2006; N. GABELLIERI, *La Riforma Agraria italiana tra piccola proprietà, usi civici e gestione consortile (1951-65)*, in « *Quaderni storici* », 52 (2017), 2, pp. 471-96; *Agricoltura e Costituzione. Una costituzione per l'agricoltura*, a cura di E. Cristiani, A. Di Lauro, E. Sirsi, Pisa, University Press, 2019; E. BERNARDI, *La Coldiretti e la storia d'Italia: rappresentanza e partecipazione dal dopoguerra agli anni Ottanta*, Roma, Donzelli, 2020.

occupata ⁽²³⁾ intrecciando il problema dell'autonomia della giovane disciplina agraristica con l'esigenza di ripensare la proprietà per lasciarsi alle spalle il cosiddetto 'individualismo' ottocentesco. Il dibattito ferve negli anni Trenta, si intreccia con le strategie retoriche del fascismo e prosegue nella cornice del secondo dopoguerra, nel vivo dei conflitti e delle aspettative che ruotavano intorno alla riforma agraria del 1950, varata dal governo De Gasperi (il cui ministro dell'Agricoltura era Antonio Segni ⁽²⁴⁾).

I conflitti, gli interessi, gli assunti ideologici coinvolti in questa lunga e complessa vicenda sono perfettamente noti a Capograssi, ma non costituiscono il filo conduttore del suo saggio, che compie, per così dire, un passo indietro rispetto alla densità della dinamica economico-politica sviluppatasi nell'ultimo trentennio della storia italiana: ne dissolve l'opacità 'materiale' e assume un atteggiamento schiettamente 'fenomenologico' perseguendo, anche di fronte al problema della proprietà agraria, l'obiettivo di cogliere i profili essenziali, tendenzialmente costanti, dell'esperienza.

Per Capograssi è la vita umana come tale che si svolge avvinta alla terra da un rapporto simbiotico: « si tratta per l'umanità di fare della terra una cosa umana, di farla entrare come cosa umana nel mondo umano della storia » ⁽²⁵⁾. L'unione del singolo con la terra ha una « carnalità », una « intimità effettiva » che diviene « una specie di estensione ideale della propria vita alla vita della terra [...] » ⁽²⁶⁾. Nasce da questa esperienza tanto primigenia quanto durevole il carattere 'sacro' della « proprietà del suolo », che Capograssi mette a fuoco ricorrendo al concetto etnologico — elaborato da Lucien

⁽²³⁾ Cfr. l'importante saggio di F. COLAO, *La proprietà fondiaria dalla bonifica integrale di Arrigo Serpieri alla riforma agraria di Antonio Segni. Diritto e politica nelle riflessioni di Mario Bracci tra proprietà privata e socializzazione della terra*, in « Italian Review of Legal History », 7 (2021), pp. 323-376.

⁽²⁴⁾ Cfr. A. MATTONE, *Il ministro Antonio Segni « agrarista ». Politica e scienza giuridica nell'elaborazione della riforma agraria e della legge sui contratti agrari (1946-1950)*, in « Studi storici », 57 (2016), 3, pp. 523-575; P.L. BALLINI, E. BERNARDI, *Il governo di centro: libertà e riforme. Alcide De Gasperi e Antonio Segni (Carteggio 1943-1954)*, Roma, Ed. Studium, 2022.

⁽²⁵⁾ CAPOGRASSI, *Agricoltura, diritto, proprietà*, cit., p. 273.

⁽²⁶⁾ Ivi, p. 276.

Lévy-Bruhl — della ‘partecipazione’ (27): un legame « mistico » (profondo, religioso e non meramente ‘utilitario’) che il gruppo sociale instaura con la terra (28).

Sempre eguale, nella sua essenza, a se stessa, la partecipazione ‘mistica’ dell’umanità alla terra si traduce in forme giuridiche diversissime, « modellate sulle concretissime condizioni della terra, delle colture, del lavoro e della vita [...] » (29) e non riducibili alla proprietà come mera e ‘assoluta’ *potestas*, proprio perché il « dominio si divide in un [...] complesso ed elastico sistema di rapporti » che in alcuni contesti storici, come nel medioevo, rendono « incerta » la proprietà stessa « per eccesso di rapporti e forme di unioni [...] » (30).

Il diritto come forma dell’esperienza, come interna strutturazione dell’azione (e dell’interazione) umana, trova nel rapporto fra l’uomo e la terra un’eloquente conferma. Protagonisti dell’appropriazione sono infatti il singolo, da un lato e, dall’altro lato, la comunità, legati fra loro da un rapporto che è, al contempo, di complementarità e di tensione: non si ha appropriazione senza il consenso del gruppo e tuttavia « la spinta all’unione » subisce volta a volta una « contropinta » che opera « a vantaggio di forze particolari » (31). Di questo gioco di ‘spinte’ e ‘contropinte’ il diritto agrario è una plastica espressione: tende a convalidare la prevalenza dell’una o dell’altra forza in campo, ma nello stesso tempo si contrappone agli unilaterali « regimi di sfruttamento » dando voce alla « perenne esigenza dell’unione » (32), dell’armonia, del contemporaneo fra le istanze dell’individuo, della comunità e della terra.

Per sua natura particolarmente sensibile alla pressione delle esigenze vitali, dei ‘fatti’, il diritto agrario (anche il diritto agrario del presente) è per Capograssi la testimonianza del necessario passaggio

(27) L. LÉVY-BRUHL, *Les fonctions mentales dans les sociétés inférieures*, Paris, Alcan, 1910. Sull’importanza di questo autore (anche) per la cultura giuridica (e per la storiografia grossiana) cfr. F.S. NISIO, *Lucien Lévy Bruhl. Filosofia, scienze sociali, giustizia*, Milano, Giuffrè, 2019.

(28) CAPOGRASSI, *Agricoltura, diritto, proprietà*, cit., p. 284, nota 1.

(29) Ivi, p. 280.

(30) Ivi, p. 281.

(31) Ivi, p. 292.

(32) Ivi, pp. 292-93.

« dalla legge scritta alla legge inscritta nell'azione. C'è insomma qui un grandioso tentativo di adeguare il diritto positivo al fatto e di fare veramente che dal fatto nasca il diritto »⁽³³⁾. Il primato del 'fatto', cui Capograssi si appella, rinvia alle più scottanti questioni politico-giuridiche e sociali discusse nei primi anni Cinquanta: dal rapporto fra 'proprietà' e 'impresa' al superamento della concezione 'assolutistica' della proprietà e alla sua 'funzione sociale' (un sintagma che affonda le radici nel solidarismo tardo ottocentesco, percorre la cultura dell'Italia fascista, raggiunge il dettato costituzionale e infine i dibattiti del secondo dopoguerra⁽³⁴⁾).

È dal saggio capogrossiano (e dagli spunti disseminati nel dibattito agraristico degli anni Cinquanta) che Grossi trae l'idea di un diritto impressionato e plasmato dai 'fatti': un diritto di cui sottolineare la « carnalità »⁽³⁵⁾ (la metafora del carattere 'incarnato' del diritto è ricorrente nei suoi scritti) di contro all'astratta fissità a esso attribuita dalla *vulgata* giuspositivistica. Il Corso del 1968 è quindi il primo banco di prova dell'innesto del pensiero capogrossiano sul lavoro storiografico di Grossi; un innesto in qualche misura agevolato e favorito dalla *sedes materiae* (quel rapporto fra l'essere umano e la terra che ormai da tempo appariva insofferente di formalistiche definizioni), ma in realtà iscritto in quella complessiva visione del diritto come esperienza giuridica cui Grossi guardava con interesse e nella quale si sarebbe durevolmente riconosciuto.

3. *Il diritto come 'esperienza giuridica'.*

È in un libro del 1932 (*Studi sull'esperienza giuridica*)⁽³⁶⁾ che Capograssi mette a punto il concetto che sarebbe stato il baricentro della sua complessiva riflessione. Il libro del '32 deve però essere letto in stretta connessione con il libro precedente, del 1930 (*Analisi*

⁽³³⁾ Ivi, p. 303.

⁽³⁴⁾ Sugli sviluppi più recenti di questa, ormai longeva, espressione cfr. *La funzione sociale nel diritto privato fra XX e XXI secolo*, a cura di F. Macario, M. Miletta, Roma University Press, 2015.

⁽³⁵⁾ CAPOGRASSI, *Agricoltura, diritto, proprietà*, cit., p. 276.

⁽³⁶⁾ G. CAPOGRASSI, *Studi sull'esperienza giuridica* (1932), in ID., *Opere*, cit., II, pp. 209-373.

dell'esperienza comune) (37), che ne costituisce l'antecedente necessario, dal momento che prende in esame il centro propulsore dell'«esperienza»: l'individuo e il suo concreto e quotidiano agire e interagire con gli altri. L'individuo di Capograssi non è il «soggetto come tale», il «soggetto universale», il soggetto teorizzato dalle filosofie idealistiche che nell'Italia degli anni Trenta godevano di una notevole fortuna, ma è l'individuo «empirico», valorizzato nella sua inconfondibile singolarità.

Della concreta singolarità di ogni individuo la filosofia deve farsi carico ed evitare l'astrattezza, la siderale distanza dalla vita degli esseri umani, del «pensiero moderno» (che per Capograssi era esemplarmente rappresentato dalla filosofia idealistica, da cui pure dipendeva la sua originaria formazione). Non è lecito perdere di vista la «finitezza» del singolo dimenticando il «fondamentale fatto che il soggetto si trova gettato in mezzo a un mondo già pensato e creato» (38).

Guardare all'individuo concreto, singolare, «finito» significa per Capograssi ritrovare il punto di congiunzione fra il pensiero e la vita, fra la filosofia e l'esperienza. È stato Pietro Piovani a cogliere un'assonanza «esistenzialistica» in questo richiamo alla contingenza e alla singolarità dell'individuo (39). A nutrire l'esigenza di concretezza «esistenziale» contribuiva certamente l'ispirazione religiosa, cristiana, che era la linfa che circolava nella vita e nell'opera di Capograssi, ma non si traduceva in una particolare vicinanza alla (dominante) tradizione tomista (40), probabilmente troppo «razionalista» per soddisfare il suo bisogno di dar conto delle componenti «metarazionali» dell'esperienza. È la vita nella sua complessa commistione di impulsi, aspirazioni, timori, bisogni diversi e contraddittori, la vita come «azione» (messa a fuoco dalla «filosofia dell'azione» di Blondel e di Ollé-Laprune), la vita degli uomini «qualunque», insomma,

(37) G. CAPOGRASSI, *Analisi dell'esperienza comune* (1930), Id., *Opere*, cit., II, pp. 1-207.

(38) Ivi, p. 29.

(39) P. PIOVANI, *Una analisi esistenziale dell'esperienza comune*, in P. PIOVANI, T. TESSITORE, G. MARINI *et al.*, *La filosofia dell'esperienza comune di Giuseppe Capograssi*, Napoli, Morano, 1976, p. 26 e ss.

(40) Ivi, p. 23.

l'« esperienza comune » indicata nel titolo del libro del 1930 la realtà cui la filosofia deve tornare a guardare.

In questo orizzonte si sviluppa la visione capograssiana del diritto; una visione che, per un verso, si presenta come il risultato di un approccio fenomenologico ⁽⁴¹⁾ capace di cogliere le componenti costitutive dell'esperienza giuridica come tale, ma, per un altro verso, non esita a individuare in una determinata contingenza storica ⁽⁴²⁾ una sorta di occasione privilegiata per il disvelamento della 'grammatica profonda' del diritto ⁽⁴³⁾.

È la crisi del primo dopoguerra (sulla quale Capograssi aveva intensamente riflettuto nelle sue prime monografie ⁽⁴⁴⁾) a svolgere questa funzione costringendo a ripensare a fondo il rapporto fra il potere, la legge, il diritto. Nasce in questo contesto l'esigenza di una visione che superi la semplicistica unitarietà e rigidità della dottrina giuspositivistica, secondo la quale « solo la norma emanata e applicata dallo Stato è norma giuridica » ⁽⁴⁵⁾, e si disponga a « interrogare la coscienza comune », a « cercare di sorprendere i concetti e i principi che reggono la vita elementare del diritto » ⁽⁴⁶⁾. La 'crisi'

⁽⁴¹⁾ Capograssi presenta la fenomenologia come « una delle più significative correnti moderne » proprio perché interessata a cogliere i « dati originari » della vita « nella loro purezza », « in quello che presentano di originale e di irriducibile » (CAPOGRASSI, *Studi sull'esperienza giuridica*, cit., pp. 223-24).

⁽⁴²⁾ Cfr. la convincente analisi di F. TESSITORE, *Capograssi nello storicismo*, ora in Id., *Dimensioni dello storicismo*, Napoli, Morano, 1971, pp. 213-270.

⁽⁴³⁾ Fra gli scritti recenti dedicati a Capograssi cfr. *Esperienza e verità. Giuseppe Capograssi: un Maestro oltre il suo tempo*, a c. di A. Delogu, A.M. Morace, Bologna, il Mulino, 2009; S. ADDIS, *Autorità e libertà nel pensiero di Giuseppe Capograssi*, Torino, Giappichelli, 2015; T. MARCI, *Esperienza e soggettività nella riflessione giuridica di Giuseppe Capograssi*, in *I filosofi del diritto alla 'Sapienza' tra le due Guerre*, a cura di G. Bartoli, Roma, Sapienza Università Editrice, 2017, pp. 355-403; F. TESSITORE, *La filosofia morale di Giuseppe Capograssi e Pietro Piovani*, a cura di M. Papa, Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 2022; G. ACOCELLA, *Attualità di Giuseppe Capograssi. Una filosofia politica per i tempi nuovi*, Milano-Udine, Mimesis, 2022; A.J. CECCHINATO, *Capograssi, imperdonabile*, in « *Historia et ius* », 23 (2023) (www.historiaetius.eu — 23/2023 — paper 9).

⁽⁴⁴⁾ G. CAPOGRASSI, *Saggio sullo Stato* (1918), in Id., *Opere*, cit., I, pp. 2-147; Id., *Riflessioni sulla autorità e la sua crisi* (1921), ivi, pp. 149-402; Id., *La nuova democrazia diretta* (1922), ivi, pp. 403-573.

⁽⁴⁵⁾ CAPOGRASSI, *Studi sull'esperienza giuridica*, cit., p. 213.

⁽⁴⁶⁾ Ivi, p. 220.

permette di storicizzare (di relativizzare) il dogma imperativistico e di cogliere il diritto nella sua valenza essenziale, nella sua costitutiva connessione con le espressioni necessariamente plurali dell'azione.

Occorre ridimensionare il ruolo dello Stato e prendere atto dell'esistenza di un tessuto normativo riconducibile non tanto al comando statale quanto alle capacità auto-organizzative delle formazioni sociali. Ciò induce, da un lato, a ripensare il concetto stesso di legge, che « nell'epoca contemporanea [...] tende a diventare contrattuale [...] »⁽⁴⁷⁾ e non può essere identificata con il comando statale, e, dall'altro lato, a contemplare un panorama più vario e frastagliato, nel quale « all'unico piano del diritto statale » « si sostituiscono molteplici piani che si intersecano e si frammischiano [...] »⁽⁴⁸⁾. Si moltiplicano i gruppi sociali e « questa rete di sistemi e di formazioni collettive occupa a poco a poco tutta l'area della vita [...] »⁽⁴⁹⁾. Il giuridico non si esaurisce, come sosteneva la dottrina ottocentesca, nell'area tracciata dallo Stato; e proprio da questo punto di vista « la vita giuridica contemporanea », « per la singolare fecondità di formazioni collettive e di sistemi normativi [...] », sembra ritrovare in se stessa « alcuni profili della vita medievale, contrassegnata anch'essa dalla molteplicità delle discipline collettive [...] »⁽⁵⁰⁾.

La 'crisi dello Stato' ha prodotto una scossa salutare, sottraendo il diritto all'ombra omologante dello Stato teorizzato dalle dottrine imperativistiche. È divenuto allora possibile non soltanto percepire la varietà delle forme socio-giuridiche, ma anche apprezzare i nessi strettissimi che intercorrono fra la forma giuridica e l'azione (e l'interazione) sociale, fra le norme e la concreta vita degli individui. In una parola, è divenuto possibile (e necessario) pensare il diritto come 'esperienza', spiegare come « il diritto sia una forma pratica del mondo concreto degli uomini malgrado quella sua (apparente) astrattezza »⁽⁵¹⁾.

Il diritto deve essere collocato all'interno dell'interazione sociale e compreso come momento di un'esperienza (individuale e

⁽⁴⁷⁾ Ivi, p. 216.

⁽⁴⁸⁾ Ivi, p. 214.

⁽⁴⁹⁾ *Ibidem*.

⁽⁵⁰⁾ Ivi, p. 215.

⁽⁵¹⁾ Ivi, p. 232.

collettiva) di cui esso è la necessaria strutturazione. Vengono meno due diffuse rappresentazioni del diritto: il diritto come mera 'astrazione' indifferente ai contenuti e il diritto come funzione del potere, prodotto di un'imperscrutabile decisione sovrana. Per Capograssi, il diritto è « una forma essenziale dell'agire »⁽⁵²⁾ che ha come contenuto « tutti i rapporti concreti di vita »⁽⁵³⁾ e proprio per questo non è riducibile al comando del Principe: « prima di porsi nella forma di imperativo, il diritto è principio positivo, forma essenziale della profonda volontà dell'azione »⁽⁵⁴⁾. La legge, dunque, lungi dall'essere la rigida armatura giuridica imposta al corpo sociale dalla volontà sovrana, rinvia alle forme immanenti nell'esperienza.

4. *L'esperienza giuridica' come teoria metastorografica.*

L'esplorazione 'fenomenologica' dell'esperienza conduce Capograssi a vedere negli schemi giuridici fondamentali (quali il contratto, la proprietà, il matrimonio) non già il prodotto di una volontà estrinseca, bensì le forme che, germinando all'interno dell'azione umana, ne rendono possibile la strutturazione.

Il nesso fra diritto ed esperienza, per Capograssi, è una costante della storia, che però, per così dire, viene declinata variamente a seconda dei contesti e viene compresa con maggiore o minore esattezza dalle rispettive culture. Capograssi prende sul serio la storicità dell'esperienza giuridica, ma al contempo ne propone una rappresentazione *sub specie philosophiae*; una *philosophia* che, nella misura in cui ritiene di poter cogliere, al fondo dei molteplici contesti storici (del presente e del passato), le forme essenziali dell'esperienza (il diritto come *ratio* iscritta nella vita stessa degli esseri umani), sembra aspirare a una sua (implicita ma non smentita) 'perennità'.

Grossi mutua da Capograssi la visione generale del diritto, ma il suo rapporto con la storia è in qualche modo simmetrico a quello proprio del suo mentore filosofico. Se Capograssi ascolta attentamente i segnali del suo tempo, ma al contempo se ne pone a distanza

(52) Ivi, p. 291.

(53) Ivi, p. 288.

(54) Ivi, p. 293.

per cogliere (quasi esercitando, a suo modo, una *epoché* fenomenologica nei confronti delle varie contestualità storiche) le forme (tendenzialmente) costanti dell'esperienza, Grossi compie un percorso inverso: assume come proprio quadro di riferimento i profili generali dell'esperienza giuridica messi a fuoco da Capograssi e li impiega come criteri orientativi dell'operazione storico-ricostruttiva che intende svolgere. Proprio in quanto componenti di un'attività ermeneutica, i concetti capograssiani, da un lato, valgono come strumenti di decifrazione di un processo storico che dal medioevo perviene fino al presente e, dall'altro lato, traggono da quel processo (secondo la necessaria, 'gadameriana', circolarità di ogni operazione ermeneutica) continue e persuasive conferme 'sperimentali'.

Servirebbe una lettura ravvicinata degli itinerari storiografici grossiani per dar conto di tutti i loro (espliciti e impliciti) rinvii alla 'filosofia dell'esperienza'. Dovrò però limitarmi a richiamare soltanto i passaggi di maggiore importanza 'strategica'.

A) Un tema di prioritaria rilevanza è lo Stato: più esattamente, il problema del rapporto che intercorre fra lo Stato e il diritto. Capograssi non svaluta il potere sovrano e la legge: semplicemente, non intende presentarli come la *conditio sine qua non* della giuridicità e l'indispensabile presupposto dell'ordine complessivo. Lo Stato non è il tutto, ma è solo una parte: una parte di quell'esperienza di cui il diritto è la forma necessaria. Lo Stato resta comunque un elemento di cui Capograssi sottolinea l'importanza, vedendo in esso « il momento in cui le individualità scoprono quello che di loro è comune »⁽⁵⁵⁾, « l'interesse in cui tutti i soggetti si ritrovano »⁽⁵⁶⁾, al punto che gli stessi elementi costitutivi dell'esperienza trovano « la loro vera energia e la loro piena verità » nella « formulazione dello Stato »⁽⁵⁷⁾.

È la dottrina capograssiana dell'esperienza giuridica che Grossi tiene presente nel momento in cui prende a interrogarsi sulle caratteristiche portanti del diritto medievale. Questa domanda prende forma già nel Corso del 1968 e continua a essere proposta nei

⁽⁵⁵⁾ CAPOGRASSI, *Analisi dell'esperienza comune*, cit., p. 141.

⁽⁵⁶⁾ Ivi, p. 142.

⁽⁵⁷⁾ Ivi, p. 143.

suoi successivi lavori medievistici, culminanti nel *L'ordine giuridico medievale*, del 1995 ⁽⁵⁸⁾: ancora una volta un 'corso', che intende offrire una visione d'insieme dell'esperienza giuridica medievale. Certo, il 'Corso' del 1968, guardando al rapporto fra l'uomo medievale e la terra, aveva una portata più circoscritta. Esso, tuttavia, conteneva già *in nuce* la domanda su cui organicamente insiste il 'Corso' del 1995: quale sia la morfologia della società medievale quando la si osservi *sub specie iuris*.

Nell'impostazione di questa domanda (nella predisposizione delle categorie interpretative) la riflessione di Capograssi è, per così dire, doppiamente suggestiva: in primo luogo, perché invita a vedere il diritto come la forma dell'esperienza, come la sua intrinseca strutturazione, e a ridimensionare di conseguenza l'immagine demiurgica dello Stato; e, in secondo luogo, perché avanza l'ipotesi che di questo assunto il medioevo offra un'eloquente conferma sperimentale. Capograssi accoglie infatti un *Leitmotiv* della 'letteratura della crisi', che, di fronte alla sproporzione, che appariva flagrante, fra il monolitico comando statuale e la prorompente varietà delle formazioni sociali, parlava spesso di 'nuovo medioevo'. Lo aveva fatto anche Santi Romano, a sostegno della sua teoria istituzionalistica, e 'romaniane' sono (da questo punto di vista) le pagine di Capograssi (che peraltro nel 1936 dedicherà un apposito saggio alla pluralità degli ordinamenti ⁽⁵⁹⁾).

Da un lato il 'monismo' giuridico-politico e, sul fronte opposto, un nuovo, alternativo paradigma che sarà detto 'pluralistico' (da chi adottava il neologismo introdotto nelle scienze sociali da Harold Laski ⁽⁶⁰⁾). Grossi verrà approfondendo, nei suoi lavori sulla scienza giuridica otto-novecentesca, questa contrapposizione, ma già nel Corso del 1968, e poi nel *L'ordine giuridico medievale*, il filo conduttore della sua indagine (in piena sintonia con la visione

⁽⁵⁸⁾ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995.

⁽⁵⁹⁾ G. CAPOGRASSI, *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici* (1936), in *Id., Opere*, cit., IV, pp. 181-221.

⁽⁶⁰⁾ Sulla parabola 'pluralistica' nella cultura politico-giuridica mi permetto di rinviare a P. COSTA, *Il 'pluralismo' politico-giuridico: una mappa storico-concettuale*, in « Quaderni fiorentini », 50 (2021), *Il pluralismo giuridico: paradigmi ed esperienze*, pp. 29-118.

capogrossiana) era l'immagine di un diritto che germinava spontaneamente dai 'fatti', la rappresentazione di un ordine giuridico che coincideva con le forme che strutturavano e rendevano possibile l'interazione sociale.

Guardare al diritto medievale senza passare sotto le forche caudine dello statalismo ottocentesco: è questo il programma euristico che Grossi persegue e porta a compimento negli anni Novanta (e ribadisce in interventi successivi). È un programma innovativo nell'ambito della storiografia giuridica italiana, che, ancora nel secondo dopoguerra, faticava a prendere le distanze dalla tradizione statual-nazionale.

Nella Germania nazionalsocialista era stato più facile mettere in parentesi lo Stato in nome della *konkrete Ordnung*, teorizzata da Schmitt (che pretendeva di reclutare, fra i teorici di un ordine 'sostantivo', anche Santi Romano, facendo leva sull'antinormativismo della sua teoria istituzionalistica ⁽⁶¹⁾). È in quel clima che Otto Brunner delineava la sua 'storia costituzionale': una storia che si svolgeva prima e indipendentemente da una sovrapposta forma statuale e coincideva con la struttura dei ceti, della proprietà, della famiglia, del complesso delle formazioni sociali ⁽⁶²⁾. Non è però Brunner a incidere direttamente sulla storiografia giuridica italiana del secondo dopoguerra ⁽⁶³⁾ distogliendola dalla tradizione statual-nazionale. A introdurre una prospettiva nuova era stato Francesco Calasso, che aveva fatto leva, per l'appunto, sull'istituzionalismo romaniano per offrire una visione originale degli ordinamenti giuridici medievali ⁽⁶⁴⁾.

Santi Romano è, prima per Calasso e poi per Grossi, un provvidenziale punto di riferimento, da cui trarre uno schema metastoriografico alternativo alla tradizione. Grossi, infatti, non

⁽⁶¹⁾ C. SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (1934), Berlin, Duncker und Humblot, 1993², p. 20.

⁽⁶²⁾ O. BRUNNER, *Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Südostdeutschlands im Mittelalter*, Baden bei Wien, Rohrer, 1939.

⁽⁶³⁾ La sua presenza nel dibattito italiano data in sostanza dall'edizione italiana di scritti brunneriani curata da Pierangelo Schiera: O. BRUNNER, *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, a cura di P. Schiera, Milano, Ed. Vita e Pensiero, 1970.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, Milano, Giuffrè, 1947.

manca di riconoscere nella storiografia calassiana un decisivo punto di svolta. Dalle premesse romaniere però, a suo avviso, Calasso non aveva tratto tutte le debite conseguenze, restando condizionato dall'idea dello Stato come una concrezione, storicamente necessaria, dell'universale ⁽⁶⁵⁾. Erano diverse le prospettive filosofiche cui rispettivamente Calasso e Grossi facevano riferimento. Grossi, ma non Calasso, muoveva da una visione che permetteva di ridimensionare lo Stato, di trasformarlo da 'tutto' a 'parte', e di assumere come oggetto di indagine il diritto come forma dell'esperienza.

Per raggiungere questo scopo non era sufficiente l'istituzionalismo romaniano. Certo, Romano (in quanto teorico della pluralità degli ordinamenti) era e resterà una stella fissa del pantheon grossiano ⁽⁶⁶⁾. E sarà apprezzata da Grossi anche l'idea brunneriana di una 'costituzione' che tiene insieme la società medievale senza che debbano intervenire precisi e 'centralizzati' atti di volontà politica ⁽⁶⁷⁾. Le *auctoritates* di cui Grossi si avvale per corroborare la sua interpretazione del diritto medievale sono numerose e varie, ma non bastano da sole a fondare il suo programma euristico e a indirizzarne l'applicazione: a questo scopo serve il ricorso a una visione complessiva che per Grossi tende a coincidere con la filosofia capograssiana dell'esperienza giuridica.

B) Nell'illustrare il processo che fa del diritto la forma dell'esperienza Capograssi introduce un elemento di importanza decisiva: la scienza del diritto. E non è forse casuale che Grossi, nel rinviare (nel Corso del 1968) a Capograssi e alla sua teoria dell'esperienza ⁽⁶⁸⁾, citi — della trilogia capograssiana — proprio l'ultima e conclusiva opera: appunto, *Il problema della scienza del diritto* ⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. P. GROSSI, *Un diritto senza Stato (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)*, in « Quaderni fiorentini », 25 (1996), p. 279 e ss.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nell'odierna crisi delle fonti*, cit.; ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », 61 (2011), pp. 1-22.

⁽⁶⁷⁾ GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 135.

⁽⁶⁸⁾ GROSSI, *Le situazioni reali*, cit., p. 4, n. 3.

⁽⁶⁹⁾ G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto* (1937), in ID., *Opere*, cit., II, pp. 375-627.

Nei suoi due libri precedenti Capograssi aveva mostrato come (attraverso un approccio, a suo modo, ‘fenomenologico’) fosse possibile cogliere, nel vivo delle innumerevoli azioni individuali, schemi, tipi, forme che a quelle azioni offrivano l’alveo nel quale scorrere. È il magma dell’esperienza che si offre come l’oggetto obbligato della scienza giuridica. Ed è la scienza che « con tutto il suo lavoro » tenta di superare « la frammentarietà dispersa dell’esperienza, la dispersa particolarità di tutte le forme dell’esperienza » (70) per coglierne la coerenza e l’unitarietà complessiva.

È la scienza che delinea una trama di concetti che individuano, al di là del magma delle azioni e dell’apparente casualità delle forme, i principi immanenti nell’esperienza (71). Certo, la scienza procede per astrazioni: la scienza « è l’intelletto astratto e analitico che prende possesso per così dire dell’esperienza giuridica e la scompone nei suoi elementi e la ricompono nel suo sistema e la riduce in concetti » (72). In questo lavoro di decifrazione concettuale dei dati è sempre in agguato il rischio di perdere di vista la funzione strumentale dei concetti (73) e tuttavia non è possibile dispensarsi dalla fatica dell’astrazione. È solo attraverso il lavoro dei concetti che la scienza riesce a cogliere un aspetto fondamentale dell’esperienza giuridica: la sua *ratio* immanente, che presiede alla creazione delle forme e all’ordinamento dell’esperienza.

La scienza giuridica è dunque l’insostituibile via di accesso alla conoscenza del diritto. Una simile affermazione, apparentemente piana ed enunciata da Capograssi senza enfasi polemica, era in realtà eccentrica, in un ambiente culturale (l’Italia degli anni Trenta) fortemente influenzato dalla filosofia idealistica. È appena il caso di ricordare la distinzione crociana fra ‘filosofia’ e ‘scienza’, fra ‘concetti’ e ‘pseudoconcetti’, e la conseguente affermazione che i concetti delle scienze (e quindi anche i concetti della scienza giuridica) sono mere astrazioni, che, se pure mostrano una loro utilità pratica, non sono in grado di fornire una vera e propria ‘conoscenza’ del loro oggetto. Per Capograssi vale la tesi contraria: l’efficacia pratica dei

(70) Ivi, p. 491.

(71) Ivi, p. 446.

(72) Ivi, p. 554.

(73) Ivi, p. 447.

concetti giuridici è la diretta conseguenza della loro potenza cognitiva. È solo per mezzo dei concetti, infatti, che « l'esperienza conosce se stessa nella sua effettiva e determinata puntualità [...] » (74).

Mentre la filosofia di ispirazione idealistica conduceva a una sorta di 'declassamento epistemico' del sapere giuridico, Capograssi ne esalta le prestazioni cognitive e compie anche un passo ulteriore nella strada di una piena legittimazione epistemologica della scienza del diritto. Se, in prima approssimazione, l'esperienza giuridica poteva essere presentata come un dato che la scienza giuridica assumeva a proprio oggetto mantenendosi in qualche modo 'a distanza' da esso, a un'analisi più approfondita emerge un quadro diverso: la scienza non guarda l'esperienza dall'esterno, ma ne fa integralmente parte. La scienza « è mossa dalla stessa spinta pratica dell'esperienza », « non è fuori del suo oggetto », « nasce dallo stesso principio da cui nasce la realtà che è il suo oggetto » (75). Più che nelle altre scienze umane, nella scienza del diritto il conoscere e l'agire sono due facce della stessa moneta: « costruire la scienza è un compire l'esperienza »; scienza ed esperienza sono momenti di una medesima attività « che nell'atto con cui conosce l'esperienza la integra [...] » (76).

Componente costitutiva dell'esperienza giuridica, la scienza del diritto, per Capograssi, è addirittura il tramite principale del suo svolgersi: essa è « veramente produttrice del diritto » e « si potrebbe quasi dire se non sembrasse un paradosso che è l'unica vera fonte di diritto nell'esperienza giuridica ». Se le varie fonti del diritto « sono particolari ed estemporanee », la scienza è « la vera forma finale con cui il diritto si manifesta » ed « è l'unica che presenta, nella sua effettiva unità e in tutta la ricchezza dei dati, l'esperienza giuridica » (77).

Non è difficile capire perché Grossi, nelle prime pagine del Corso del 1968, abbia citato proprio *Il problema della scienza del diritto*: non solo perché il libro del '37 raccoglie e ripropone la visione delineata da Capograssi nei libri precedenti, ma anche e soprattutto perché la completa attribuendo al sapere giuridico (e

(74) Ivi, p. 555.

(75) Ivi, p. 517.

(76) Ivi, p. 521.

(77) Ivi, p. 585.

quindi al giurista) un ruolo tanto storicamente quanto culturalmente determinante. Era la visione capograssiana dell'esperienza giuridica che non soltanto induceva Grossi a interrogarsi sullo spontaneo germinare delle forme giuridiche dai 'fatti', sull'autonomo ordinarsi dell'interazione sociale nella società medievale, ma gli permetteva anche di individuare il principale *medium* di questo processo: il sapere giuridico, immerso nella concretezza dell'azione, nonostante — o grazie a — la sua sofisticata, rarefatta astrazione; un sapere che per Capograssi era non solo una componente interna all'esperienza giuridica, ma la sua stessa condizione di possibilità.

È questo il ruolo che Grossi attribuisce al pensiero giuridico: non soltanto specchio delle forme dell'esperienza, ma forza determinante nella genesi e nel funzionamento dell'ordine. Ed è questa la convinzione che non soltanto sarà il filo conduttore della sua personale parabola euristica, ma anche diverrà il 'manifesto' del suo progetto di organizzazione culturale: il progetto che si tradurrà nella fondazione del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno e nel varo della rivista — i « Quaderni Fiorentini » — che ne sono un'espressione.

Ovviamente, il tavolo su cui Grossi gioca la sua partita è la storiografia. A suggerirgli le principali linee strategiche cui attendersi è la filosofia capograssiana e, con essa, la valorizzazione della portata, al contempo, cognitiva e ordinante, della scienza giuridica. Forte di questa convinzione, Capograssi aveva esortato a superare pretestuose dicotomie — fra la filosofia e la scienza del diritto, fra la dogmatica e la storia giuridica — e aveva sostenuto la loro necessaria complementarità ⁽⁷⁸⁾. Ed è nella medesima prospettiva che Grossi rifiuta l'idea e la pratica di una storiografia 'antiquaria', refrattaria a interagire con le discipline giuridiche, isterilita in un improduttivo isolamento e in un'illusoria autosufficienza, e respinge parimenti con forza una dogmatica formalistica, dimentica della costitutiva storicità dell'esperienza.

C) I principali assunti della filosofia capograssiana vengono impiegati da Grossi come elementi portanti del suo progetto euri-

(78) Ivi, p. 593 e ss.

stico, come criteri orientativi della sua ricerca storiografica, insomma, come categorie preve di un'operazione storico-ermeneutica, i cui esiti forniranno, di quelle categorie, ampie e argomentate conferme. Ovviamente, una siffatta operazione interpretativa non ha niente di scontato e di meccanico, ma, nel momento in cui impiega i 'concetti previ' nell'analisi di precise (e complesse) contestualità storiche, li ripensa e li trasforma creativamente.

Cambia la rappresentazione del rapporto fra continuità e discontinuità all'interno del processo storico. Grossi è un deciso 'discontinuista'. Nel libro dedicato a una sintesi della storia giuridica europea dal medioevo al nostro presente — *L'Europa del diritto* ⁽⁷⁹⁾ — la narrazione storiografica, se pure conferma il consueto quadro di riferimento, incentrato sul concetto di 'esperienza giuridica', declina questo lemma non al singolare, ma al plurale: sottolineando che la storia dell'Europa occidentale è scandita da 'esperienze giuridiche' caratterizzate da tratti specifici e inconfondibili, separate fra loro da cesure profonde.

Anche Capograssi è consapevole della storicità dei contesti, ma la sua attenzione si concentra sulla logica profonda (e tendenzialmente perenne) dell'esperienza giuridica. In qualche modo simmetrico è l'atteggiamento di Grossi: che adotta il lessico concettuale capograssiano, lo impiega nella caratterizzazione dei diversi periodi storici, ma al contempo, per così dire, 'drammatizza' la ricognizione storiografica delineando uno scenario di forti e nette contrapposizioni epocali.

Il diritto come forma dell'interazione; il diritto come espressione non di un potere sovrastante, ma della logica interna alla dinamica sociale (ai 'fatti'); e il *doctor iuris* come la voce più espressiva della *ratio* immanente allo spontaneo ordinarsi della società: sono queste, come sappiamo, le linee, che, per Grossi, tracciano il disegno dell'assetto giuridico medievale. La visione capograssiana dell'esperienza giuridica quindi, lungi dall'essere un'indimostrabile astrazione, trova una puntuale conferma nella società medievale (e, viceversa, questa società è comprensibile solo a

⁽⁷⁹⁾ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007.

patto di mettere da parte l'assioma della dipendenza, logica e ontologica, del diritto dal comando del sovrano).

Il passaggio dal medioevo alla modernità è, per Grossi, un processo lungo e complesso: una traiettoria che inizia ai margini della cultura trecentesca, percorre il giusnaturalismo seicentescosettecentesco e culmina nell'illuminismo (presentato come il terreno di incubazione delle ideologie giuridiche prevalenti nell'Ottocento). Vengono meno i parametri caratteristici dell'ordine giuridico medievale e si sviluppa una cultura che offre dell'esperienza giuridica una rappresentazione che la impoverisce e la deforma proprio perché non tiene conto degli indicatori che Capograssi aveva lucidamente indicato: il diritto cessa di essere inteso come la forma dell'interazione per coincidere con un atto di imperio, divenendo la mera proiezione normativa di una 'decisione' politica; il giurista non è più l'autorevole voce capace di esprimere la logica profonda dell'esperienza collettiva e si riduce a un mero esegeta della volontà sovrana.

Grossi è un critico severo della modernità giuridica ed è interessante cogliere le radici della sua impietosa valutazione: che non nasce da una qualche nostalgia sentimentale o etico-politica nei confronti del mondo premoderno, non deve essere confusa con uno dei tanti 'medievalismi' *d'antan* (sono numerosi e inequivoci i suoi inviti a non idealizzare la società attuale, a tener conto della crisi dello *jus commune*, a valorizzare l'importanza della libertà religiosa e del pluralismo delle convinzioni), ma deriva dalla coerente applicazione delle 'categorie previe' che presiedono (silenziosamente ma efficacemente) alla messa in forma della sua narrazione storiografica. Sono queste categorie che gli permettono non solo di analizzare e caratterizzare, ma anche di *valutare* le culture che viene illustrando. Se il diritto è 'esperienza giuridica', una cultura giuridica sarà tanto più apprezzabile quanto più stringente sarà, in essa, la *adaequatio* fra il 'pensiero' e la 'cosa', quanto più rilevante sarà la sua attitudine a sintonizzarsi sulla lunghezza d'onda del 'diritto-esperienza'. È in questa prospettiva che Grossi apprezza il medioevo e critica la modernità giuridica, valorizzando, del primo, la capacità di cogliere il diritto come forma dell'esperienza e imputando alla seconda la riduzione del diritto alla legge e della legge a un mero contenitore della volontà sovrana.

Ovviamente, la critica grossiana è più ricca e articolata di quanto il rinvio alla teoria metastorografica che la sorregge possa far intendere. Essa infatti, se pure trova nella visione capograssiana dell'esperienza giuridica un indispensabile supporto, da un lato, si avvale di spunti e suggestioni che non possono essere ricondotti direttamente a Capograssi e, dall'altro lato, sottolinea, più di quanto Capograssi non fosse disposto a fare, il contrasto fra le diverse componenti dell'esperienza giuridica (fra la politica e il diritto, fra lo Stato e la dinamica sociale, fra la legge e le forme giuridiche 'spontanee', fra il codice e lo *Juristenrecht*).

Valgano a riprova alcuni telegrafici richiami. Dal primo punto di vista, penso alla rilevanza attribuita da Grossi alla dimensione filosofico-antropologica. La 'modernità' significa per lui anche l'affermarsi di una visione dell'essere umano annunciata dal volontarismo francescano del Trecento, sviluppata dalla teologia della Seconda scolastica, proseguita e radicalizzata dal giusnaturalismo seicentesco e infine trionfante nel liberalismo ottocentesco. Il punto di origine di questa visione è il primato della volontà e l'esito è un 'individualismo' che cancella i legami orizzontali, sacralizza la proprietà privata e trova nella celebrazione dello Stato e della sua volontà legiferante un suo robusto supporto. L'assolutizzazione dell'individuo e della sua proprietà e l'assolutizzazione dello Stato e della legge (Grossi impiega a questo proposito una fortunata espressione: l' 'assolutismo giuridico' ⁽⁸⁰⁾) si corrispondono e si rafforzano reciprocamente. L'esperienza della condivisione e il valore della solidarietà vengono sacrificati a vantaggio della dimensione possessiva e della illimitata capacità acquisitiva del soggetto.

Entrano in gioco, a sostegno di questa linea interpretativa, assonanze diverse: dai lavori di Michel Villey, imperniati sulla ricostruzione critica del 'volontarismo' moderno ⁽⁸¹⁾, alla categoria macphersoniana (e marxiana) dell' 'individualismo possessivo' ⁽⁸²⁾, a molteplici e differenti tradizioni intellettuali (dal cattolicesimo so-

⁽⁸⁰⁾ Cfr. P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998.

⁽⁸¹⁾ Cfr. M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano, Jaca Book, 1985.

⁽⁸²⁾ Cfr. C.B. MACPHERSON, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese: la teoria dell'individualismo possessivo da Hobbes a Locke*, Milano, ISEDI, 1973.

ziale al solidarismo positivistico, per non parlare di alcuni sviluppi otto-novecenteschi dello stesso liberalismo) che convergono nel rifiuto dell'egualitarismo astratto della società 'borghese'.

In questa composita orchestrazione di spunti e motivi diversi la voce di Capograssi non è immediatamente percepibile. Ed è vero anche che in alcuni casi quella voce provoca nella storiografia grossiana rifrazioni ulteriori. Penso ad esempio al tema dello Stato. Grossi raccoglie da Capograssi il messaggio centrale per l'impostazione della sua 'domanda' storiografica: il diritto è la forma di un'esperienza intersoggettiva che si ordina spontaneamente senza dipendere (sempre e necessariamente) dalla volontà di un potere 'sovrastante'. Per Capograssi, tuttavia, lo Stato mantiene un'indubbia rilevanza, proponendosi (almeno nell'esperienza giuridica moderna) come un momento di raccordo della pluralità e come espressione di una volontà comune. Della rilevanza dello Stato, invece, Grossi non sembra preoccuparsi troppo.

Questa reticenza può apparire singolare, essendo innegabile la presenza, nelle società otto-novecentesche, di un forte potere centralizzato che innerva e condiziona, con la sua complessa articolazione istituzionale, l'interazione sociale complessiva (per non parlare dell'antico, e perdurante, potere punitivo del sovrano). Ovviamente, un macrofenomeno di questa portata non può sfuggire a Grossi. È curioso quindi che, fra i suoi lettori, siano pochi a richiamare l'attenzione su questo singolare aspetto della sua storiografia e a suggerirne una spiegazione. In realtà, la spiegazione è semplice e risiede nella specifica 'domanda' su cui Grossi ha insistito, senza deviazioni, in tutto l'arco della sua parabola euristica. La sua 'domanda' non investe frontalmente e complessivamente la totalità dei fenomeni normativi e istituzionali che incidono sul funzionamento di una determinata società, ma si concentra su un aspetto specifico, anche se di capitale importanza: non riguarda i rapporti fra il potere e il diritto, fra il comando e la norma, fra la forza e l'obbedienza, ma si concentra sulla sociogenesi del fenomeno giuridico, sull'inerenza delle forme giuridiche all'esperienza. È questa la domanda (fondamentale, ma specifica; rivelatrice, ma non onnicomprensiva) che egli trae dalla filosofia di Capograssi. Grossi non ignora che Capograssi non trascurava il ruolo dello Stato, ma ciò che gli preme è non già adottare passivamente e integralmente la sua dottrina, bensì acco-

glierne le suggestioni indispensabili per impostare il suo programma euristico.

D) Se il diritto è la capograssiana ‘esperienza giuridica’, la modernità è responsabile di offuscarne le caratteristiche essenziali, optando per un ‘riduzionismo’ che costringe la varia, multiforme fenomenologia giuridica nel letto di Procuste della volontà sovrana. La modernità è però, per Grossi, una stagione da tempo conclusa. Sono caduti i suoi « idoli »: « statualità del diritto, legge, principio di rigidissima legalità, principio di rigidissima divisione dei poteri, gerarchia delle fonti » (83). Una diversa epoca storica si apre: un « momento post-moderno » (84) caratterizzato da inclinazioni profondamente diverse.

È all’analisi del periodo postmoderno (o « pos-moderno », come preferisce scrivere Grossi) che molti scritti, successivi all’*Europa del diritto*, saranno dedicati. Ed è in essi che la scansione dei due tempi storici (modernità e postmodernità) diviene netta e precisa. Il Novecento giuridico è per Grossi (che dichiara di voler capovolgere la nota affermazione di Hobsbawm) un secolo lungo (85): un secolo che non inizia con la frattura provocata dalla Prima guerra mondiale, ma si annuncia già con la crisi che investe la cultura giuridica europea nelle ultime decadi dell’Ottocento. Gli indicatori di questa crisi sono numerosi e puntualmente ricordati da Grossi.

Cambia innanzitutto l’atteggiamento della cultura giuridica nei confronti delle molteplici formazioni sociali, che, poste in ombra dal paradigma statualistico, cominciano a essere valorizzate come emblema di una complessità sociale di cui si vuole dar conto ricorrendo a schemi teorici diversi e più sofisticati. Entrano in crisi il ‘monismo’ statualistico e il dogma della coincidenza fra il diritto e la legge (in quanto espressione del comando sovrano), mentre la dimensione ‘fattuale’ del diritto, da tempo oscurata dal rigido formalismo della dottrina dominante, torna a manifestarsi (soprattutto in alcuni am-

(83) GROSSI, *L’Europa del diritto*, cit., p. 254.

(84) Ivi, p. 255.

(85) P. GROSSI, *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno*, in ID., *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 3.

biti, quali il diritto agrario e il diritto del lavoro, più esposti all'impatto della dinamica socioeconomica). Viene messa in questione, infine, l'ermeneutica giuspositivistica, con la sua famigerata immagine dell'interprete come *Subsumptionsautomat*, e viene esaltato il ruolo 'creativo' del giurista, tramite indispensabile del funzionamento e dell'evoluzione del sistema giuridico.

Inizia una cultura giuridica che Grossi chiama 'postmoderna'. Certo, i due paradigmi coesistono ancora per lungo tempo: nel corso dell'intero Novecento i giuristi che vogliono prendere congedo dalla modernità devono ancora contendere con i loro tenaci e attardati difensori. I tempi storici non devono però essere confusi con i tempi del calendario. Al di là della compresenza del 'vecchio' e del 'nuovo' in una medesima sezione cronologica, la 'modernità' è ormai il passato del diritto, soppiantata da una 'postmodernità' che è tale in quanto ne mette in crisi e ne rifiuta gli *idola*, le mitologie (è questa l'espressione preferita da Grossi ⁽⁸⁶⁾).

È concluso dunque, per Grossi, il tempo storico della 'modernità' ed è esaurita la sua legittimità storico-teorica. Ciò che nasce dalle sue ceneri è una cultura giuridica nuova. Occorre però intendersi sul senso di questa 'novità'. La cultura postmoderna è 'nuova' perché offre un'alternativa ai paradigmi precedentemente dominanti, ma non perché rivela profili inediti e insospettati della fenomenologia giuridica. Essa piuttosto, lacerando il velo 'mitologico' della modernità, ci mette in contatto con la dinamica profonda dell'esperienza giuridica.

È una dinamica che alla cultura giuridica medievale non era sfuggita. Evitiamo però a questo proposito un possibile equivoco: il 'postmodernismo' di Grossi non ha a niente a che fare con il *new Medievalism*, per il quale medioevo e postmodernità si congiungono in quanto condividono l'assenza dello Stato (nel presupposto che lo Stato non esista ancora nel medioevo e non esista più nella società postmoderna). Grossi è (opportunamente) molto netto nel rifiutare un siffatto ricorso all'analogia, che conduce a superficiali e fuorvianti accostamenti fra mondi storicamente incommensurabili ⁽⁸⁷⁾. La

⁽⁸⁶⁾ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. P. GROSSI, *Unità giuridica europea: un medioevo prossimo futuro?*, in «Quaderni fiorentini», 31 (2003), pp. 39-57.

postmodernità non è né il medioevo rinnovato né il medioevo prossimo venturo. È un periodo nel quale la cultura giuridica, facendo uso degli strumenti linguistico-concettuali propri del suo tempo, promuove una rappresentazione non più ‘riduzionistica’, ma integrale del diritto.

Ancora una volta, è decisiva la categoria metastoriografica adottata: è la ‘definizione previa’ del diritto come ‘esperienza giuridica’ che permette a Grossi di organizzare la narrazione storiografica intorno alla contrapposizione fra il moderno monismo, statualistico e legicentrico, e la postmoderna riscossa della pluralità e della ‘fattualità’ e al contempo gli offre un criterio di valutazione delle prestazioni cognitive dei due contrapposti paradigmi.

Proprio per queste valenze sostantive il discrimine fra modernità e postmodernità diviene per Grossi un importante criterio di ricostruzione-valutazione del Novecento giuridico ⁽⁸⁸⁾ e, al suo interno, anche della costituzione italiana. Anche di fronte alla storia del costituzionalismo Grossi si mantiene fedele alla contrapposizione fra ‘modernità’ e ‘postmodernità’ e sottolinea, di quella storia, assai più le fratture delle continuità, presentando come ostaggio del monismo statualistico le costituzioni ottocentesche, di contro all’ispirazione pluralistica e al radicamento sociale che imprimevano alla costituzione di Weimar e soprattutto alle costituzioni del secondo dopoguerra (e alla costituzione italiana in particolare) un’aura ‘postmoderna’ ⁽⁸⁹⁾.

Nelle costituzioni del maturo Novecento Grossi vedeva non tanto il prodotto di ‘decisioni’ politiche, quanto l’espressione di valori, aspettative, bisogni socialmente diffusi, la consacrazione di un rigoglioso pluralismo, infine, la consolidazione normativa di un ordine immanente all’interazione sociale. In una lezione, del 2021, al corso di formazione organizzato dalla Scuola Superiore della Magi-

⁽⁸⁸⁾ Ne offre un compiuto esempio P. GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 2021.

⁽⁸⁹⁾ P. GROSSI, *La costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno*, ora in ID., *L’invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, pp. 39-59. Cfr. anche P. GROSSI, *Costituzionalismi fra ‘moderno’ e ‘posmoderno’*. *Tre lezioni suor-soliane*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019. Cfr. l’interessante visione complessiva offerta da F.M. DE SANCTIS, *Paolo Grossi. Il costituzionalismo post-moderno. Per un diritto oltre la legalità*, in « *Filosofia politica* », 2021, 1, pp. 155-63.

stratura, Grossi sottolinea la « visione ordinamentale » sottoscritta dalla Costituzione del '48, perfettamente integrata con un « personalismo » che esalta la dimensione relazionale e solidale del singolo ⁽⁹⁰⁾. È l'intreccio fra « la visione ordinamentale » e la « visione personalistica » che promuove una nuova « attenzione per gli strati profondi della società e fondativi di tutto l'edificio socio-giuridico-politico » ⁽⁹¹⁾ e « toglie al diritto l'odioso carattere di realtà fortemente potestativa » ⁽⁹²⁾.

Sembra di poter scorgere, fra le righe, le tracce dell'antica e perdurante tensione fra *ratio* e *potestas* ⁽⁹³⁾. È alla prima, e non alla seconda, che la costituzione 'postmoderna' (a differenza delle costituzioni ottocentesche) deve essere collegata. Per Capograssi, era proprio il recupero della *ratio* immanente all'esperienza giuridica che la costituzione, e in particolare la costituzionalizzazione dei diritti umani, avevano reso possibile dopo la catastrofe della guerra ⁽⁹⁴⁾. A Capograssi, come a Grossi, il 'potere' (il 'potere costituente', la 'decisione' il conflitto) appaiono fenomeni superficiali e transeunti, mentre determinante è il magma dell'interazione sociale: sono le sue spontanee cristallizzazioni normative, le sue forme giuridiche, a dare visibilità e tutela alle esigenze primarie e ai valori condivisi e a rivelare (attraverso la sapiente mediazione del *doctor iuris*) la *ratio* immanente dell'esperienza.

⁽⁹⁰⁾ P. GROSSI, *Sistema moderno delle fonti del diritto ed esperienza giuridica postmoderna in Italia*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », serie V (2021), p. 166.

⁽⁹¹⁾ Ivi, p. 169.

⁽⁹²⁾ Ivi, p. 167.

⁽⁹³⁾ Mi permetto di rinviare a P. COSTA, *La certezza del diritto fra fascismo e repubblica: a proposito di Flavio Lopez de Oñate*, in « Specula Iuris », 2 (2022), 2, p. 203 e ss.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe* (1950), in ID., *Opere*, cit., V, pp. 151-195; ID., *La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e il suo significato* (1950), ivi, pp. 35-50.

TOMMASO GRECO

SUL DIRITTO COME ORDINAMENTO.
PAOLO GROSSI IN DIALOGO CON SANTI ROMANO

1. L'incontro (precoce) con Santi Romano. — 2. Diritto senza Stato (?). — 3. Il diritto come ordinamento. — 4. Diritto e potere. — 5. Pluralità, fattualità, complessità. — 6. Conclusione « oltre » Romano. Per un giurista repubblicano.

Così come non possono esserci dubbi sul fatto che Santi Romano abbia rappresentato un punto di riferimento costante nella lettura che Paolo Grossi ha dato del fenomeno giuridico, dubbi non possono esserci nemmeno sul fatto che, per converso, proprio questa lettura abbia rappresentato la lente attraverso la quale Paolo Grossi ha guardato alla figura di Santi Romano. Poiché nell'immagine che lo storico fiorentino ha dato del giurista siciliano si può rintracciare il punto di incrocio di tutte le suggestioni e di tutti i capisaldi storico-teorici che costituiscono il lascito prezioso del suo pensiero, attraverso la ricostruzione dei momenti salienti del dialogo con Santi Romano è possibile tracciare una delle piste più feconde per ricostruire questo lascito. Insomma, allineare i punti nei quali la riflessione grossiana cerca (e trova) un riferimento in Santi Romano, vuol dire disegnare nel suo complesso il ricco panorama offerto dal pensiero di Grossi, che nell'autore de *L'ordinamento giuridico* trova non tanto un sostegno (di cui non ha bisogno), quanto uno stimolo e una conferma delle sue principali intuizioni teoriche, metodologiche e persino storiografiche.

1. *L'«incontro» (precoce) con Santi Romano.*

Si può forse precisare fin da subito che Santi Romano è, per Paolo Grossi, innanzitutto — anzi, meglio: esclusivamente — un grande giurista, « uno dei più originali sistematori della scienza

giuspubblicistica in Italia nelle prime decadi del secolo ventesimo» (1). Se questa precisazione vale a giustificare il sostanziale disinteresse per la vicenda storica e umana del Presidente del Consiglio di Stato dell'epoca fascista (2), viene però spontaneo chiedersi come mai uno storico del diritto, che ha sempre manifestato la sua 'preferenza' scientifica per il diritto privato, rivolga un'attenzione tanto insistita ad un autore che aveva attribuito proprio al predominio del diritto privato nella teoria generale del diritto le insufficienze di quest'ultima, e aveva anzi affermato che «il diritto, in ciò che ha di culminante e, quasi, si direbbe, di più essenziale, è principalmente pubblico» (3). Il fatto è che Romano interessa a Grossi non nella sua veste di «cultore e costruttore del diritto pubblico positivo italiano» (4) — e nemmeno, appunto, come 'personaggio' — bensì «quale autore di pungenti saggi di teoria generale del diritto gremiti di intuizioni fecondissime per un rinnovamento degli studi giuridici e per la loro stessa fondazione epistemologica» (5). A venire in risalto è la «straordinaria attualità del suo messaggio scientifico per il giurista di oggi» (6), e ciò perché evidentemente il dispositivo teorico messo in campo da Romano appare, da un lato, svincolato dalle riflessioni del giuspubblicista, e dall'altro lato, particolarmente fecondo per poter cogliere la natura più vera del diritto, utilissimo anche a dar conto della battaglia, a volte sommersa a volte più emergente, che si svolge al livello della scienza giuridica e coinvolge inevitabilmente anche la politica del diritto nonché la cultura giuridica nel suo complesso. Il riferimento

(1) P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti* (2005), in ID., *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 143.

(2) Rinvio, a tal proposito, ai contributi di A. PAJNO, *Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, e di A. SANDULLI, *Santi Romano e l'epurazione antifascista*, entrambi contenuti in *L'ordinamento giuridico nel centenario*, a cura di A. Sandulli, Bologna, il Mulino, 2020, rispettivamente pp. 129-156 e 157-178.

(3) S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico (1917-1918)*, Firenze, Sansoni, 1977, p. 8.

(4) *Dialogo con Paolo Grossi*, in *Paolo Grossi*, a cura di G. Alpa, Roma-Bari, Laterza, 2011, p. 256.

(5) GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, cit., p. 143.

(6) Ivi, p. 144.

a Santi Romano permette a Grossi di assumere quello che egli considera innanzitutto un contributo di scienza giuridica, e di trasportarlo esplicitamente, convintamente — e si può aggiungere: caparbiamente —, sul piano della battaglia politico-culturale rivolta ad un mondo giuridico che ne aveva, a suo parere, estremo bisogno.

Prima di approfondire i punti salienti del ‘dialogo’ che Grossi instaura con il contribuuto romaniano, e per avere contezza di quanto l’incontro con lo studioso siciliano sia stato precoce, vale la pena di leggere — anche per coglierne tutta l’importanza — una ‘memoria’ che lo riguarda. Scrive Grossi:

Già negli anni del mio studentato nella Facoltà fiorentina un incontro mi era parso liberante: quello con Santi Romano. Calasso vi attingeva a piene mani, e uno dei suoi primi ‘corsi’ alla Università di Roma era intitolato romanianamente a *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*; D’Avack vi si riferiva per colorire la tipicità del diritto canonico come ordinamento originario ed originale; Salvatore Romano, mio professore di ‘diritto civile’, portava avanti una sua innovativa ricostruzione del diritto privato esasperando il pluralismo da lui rinvenuto, ammirato, seguito nell’opera paterna. Ancora studente mi comprai *L’ordinamento giuridico* reperibile in libreria nella seconda edizione presso Sansoni e l’ultimo scritto di Romano, i *Frammenti di un dizionario giuridico*. Me li lessi, annotandoli e soprattutto impossessandomi del messaggio di questo solitario *speculator* [...] Se ho debiti rilevanti sul piano storiografico con Marrou, con lo storicismo diltheyano, con Bloch; se ho debiti rilevanti, sul piano più specificamente storico-giuridico, con Calasso e con Betti; il debito più grosso — proprio su un piano squisitamente metodologico — lo riconosco verso Santi Romano (7).

Quelle letture, e quelle annotazioni, hanno certamente portato grande frutto nell’opera di Grossi, innanzitutto perché Romano — non isolatamente, si può aggiungere, nella temperie dell’antiformalismo di inizio secolo — offriva un punto di vista nuovo, e per certi versi rivoluzionario, per chi si accingeva a studiare il diritto all’inizio degli anni cinquanta; e, in secondo luogo, perché nella visione romaniana era possibile

(7) *Dialogo con Paolo Grossi*, cit., p. 248. Cfr. analogamente P. GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 28.

rintracciare uno strumentario prezioso (più teorico che storico, ma che Grossi utilizza anche in chiave storiografica) al fine di proporre una lettura del giuridico che volesse allontanarsi da quella strettamente positivistico-legalistica. Si trattava nientemeno che di « lasciarsi alle spalle ([e] con sincero sollievo) quello statalismo legalista che faceva coincidere il diritto nella legge e operava un innaturale *riduzionismo* »⁽⁸⁾. Se si pensa all'itinerario compiuto dal fondatore dei Quaderni Fiorentini — anche al di là del riconoscimento esplicito del debito con Romano, che si fa comunque sempre più presente e sempre più insistente —, si può avere testimonianza di quanto quell'incontro sia stato decisivo: da *'Un altro modo di possedere'* a *L'ordine giuridico medievale*, dalle critiche rivolte alla modernità in *Assolutismo giuridico e diritto privato* fino alle riflessioni più recenti di *Ritorno al diritto* e de *L'invenzione del diritto*, è difficile trovare una qualche meditazione nella quale, come guida del cammino di Grossi, non emerga l'« ombra luminosa » di Romano a ricordare, tra l'altro, la « più straordinaria avventura intellettuale che giurista italiano del Novecento abbia vissuto »⁽⁹⁾.

Sul piano storico (e non solo biografico) appare estremamente significativo che l'incontro con Romano sia avvenuto per Grossi in un momento nel quale la nuova Costituzione repubblicana aveva rinnovato la struttura dello Stato italiano, « nonostante la insensibilità della grande maggioranza dei giuristi italiani rispetto a quell'evento »⁽¹⁰⁾; ma non è tuttavia sorprendente — con riferimento all'effetto che quell'incontro produsse — se si tiene presente l'atmosfera della facoltà giuridica fiorentina, nella quale già da gran tempo si era formato un clima di fertilità « dove gli echi dell'individualismo imperante si attenua[va]no », grazie all'insegnamento di studiosi (come Girolamo Poggi e Francesco Forti) che avevano instradato lo studio del diritto verso una visione centrata sulla « naturale vocazione del diritto alla società civile »⁽¹¹⁾. Ed è questo lo snodo cruciale nel percorso di Grossi. Se si vuole fornire un punto

(8) P. GROSSI, *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, Bologna, il Mulino, 2018, p. 67.

(9) P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 109.

(10) GROSSI, *Il diritto in una società che cambia*, cit., p. 27.

(11) P. GROSSI, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana 1859-1950*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 30 e 24.

di appoggio al suo fecondo ricercare e alla sua operosità, non solo scientifica ma pure organizzativa, bisogna partire di qui: dalla convinzione del radicamento del diritto nella società e non nello Stato, nel 'basso' della « incandescente » vita sociale e non nell' 'alto' delle decisioni politiche.

2. *Diritto senza Stato* (?).

Nello spirito (forse troppo piattamente, oltre che sinteticamente) espositivo e ricostruttivo che ci si è prefissi di seguire in questo contributo, conviene andare per ordine nel mettere in fila i temi che uniscono la ricerca di Grossi alle 'intuizioni' di Romano, con l'avvertenza che si procederà tra l'altro in maniera poco 'storizzante', dando del pensiero di Grossi una lettura scarsamente attenta agli sviluppi diacronici, che pure potrebbero offrire spunti interessanti. Anche la lettura che Grossi dà di Romano, d'altra parte, appare unitaria, sebbene egli veda e sottolinei lo sviluppo di un itinerario che muove coerentemente dalle riflessioni di inizio secolo fino al compimento de *L'ordinamento giuridico* (1918), e poi fino alle tarde riflessioni dei *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947).

Romano, dunque, è per Grossi colui che ha indicato nitidamente la possibilità di guardare al diritto svincolandolo dalla presenza ingombrante dello Stato. Per comprendere la natura del fenomeno giuridico, per capirne il funzionamento, occorre prima di ogni cosa svincolarlo dalla morsa dell'ordinamento statale; e anzi si poteva — e doveva — iniziare a guardare a quest'ultimo, da un lato, come al soggetto che con la sua ingombrante presenza aveva soffocato la ricchezza di un mondo plurale (giuridicamente, ma non solo), e dall'altro lato, come al residuo di una realtà giuridico-istituzionale che apparteneva ad un passato in via di radicale trasformazione. Con parole che Grossi usa a proposito del suo 'incontro' con Giuseppe Capograssi (avvenuto per il tramite di Pietro Piovani) ma che possono essere certamente impiegate anche per il dialogo con Romano, si è trattato di un « salvataggio per sottrarre il diritto all'abbraccio troppo costringente dello Stato e per recuperarlo a un orizzonte più vasto e ad esso più connaturale » (12).

(12) Ivi, p. 249.

Forse si possono prendere in prestito pure le celebri parole di un autore meno frequentato, ma che pure offriva preziose indicazioni nella direzione che Romano consentiva di imboccare, per dire qual è il senso dell'operazione culturale che Paolo Grossi ha messo in atto richiamandosi frequentemente al giurista siciliano: quello di mostrare che « anche nel tempo presente, come in ogni altra epoca, il centro di gravità dello sviluppo del diritto non si trova nella legislazione, né nella scienza giuridica, né nella giurisprudenza, ma nella società stessa » (13). Di questa frase lapidaria, nella quale Eugen Ehrlich, riassumeva nel 1913 le diverse centinaia di pagine dei suoi *Fondamenti della sociologia del diritto*, Grossi ha certamente condiviso il nucleo essenziale, facendone il punto di partenza di una battaglia che ha investito l'intero quadro di riferimento entro il quale si muove (o si dovrebbe muovere) il lavoro consapevole di ogni giurista.

Cosa significasse concretamente spostare il luogo di origine del diritto dallo Stato alla società lo aveva indicato Santi Romano fin dalla celebre prolusione pisana del 1909, nella quale erano messi in fila e collegati una serie di temi, tutti convergenti verso la critica di quel 'mito' dello Stato su cui era stata costruita una intera impalcatura giuridica e dogmatica. Di quella serie di argomenti, Grossi ne riprende ricorrentemente alcuni in particolare, argomenti che possiamo ricordare proprio ripercorrendo lo scritto romaniano. Sul piano *metodologico*, facendo suo quell'allargamento dello sguardo, che conduceva Romano a porsi su « un terreno meno incerto e meno formale » di quello statualistico per poter cogliere quel « movimento, che mira a scalzare [...] le basi stesse su cui poggia » (14). Sul piano dell'*analisi*, per riportare alla luce il frutto di quel movimento, e cioè la « serie di organizzazioni ed associazioni » che « si moltiplicano e fioriscono con vita rigogliosa ed effettiva potenza » (15). Sul piano della *ricostruzione storica*, riconducendo principalmente alla

(13) E. EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto* (1913), a cura di A. Febbrajo, Milano, Giuffrè, 1976, p. 3.

(14) S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1909), in *Id.*, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 10.

(15) *Ivi*, p. 12.

Rivoluzione francese ⁽¹⁶⁾ le cause di una eccessiva e deformante semplificazione dell'organizzazione statale (di « peccato di origine » parlava a tal proposito Romano ⁽¹⁷⁾) in virtù della quale « non si volle porre di fronte allo Stato che l'individuo » ⁽¹⁸⁾. Sul piano *polemico*, con la denuncia delle mitologie politico-giuridiche moderne — come quella della rappresentanza sulla quale a titolo esemplificativo si soffermava Romano —, per sottolineare l'insufficienza di un apparato teorico-concettuale incapace di dar conto sul piano giuridico ed istituzionale della ricchezza tipica della realtà sociale.

Dove le letture di Grossi e di Romano sembrano non coincidere del tutto, però, è sul piano della *prognosi*. Perché indubbiamente, mentre Paolo Grossi non si mostra affatto disposto a concedere allo Stato alcuna *chance* di salvataggio, con riguardo a Romano, se facciamo tesoro della lettura che ne ha dato Maurizio Fioravanti, non possiamo non notare che, nonostante l'analisi delle grandi trasformazioni in corso, egli « non sembra[va] nutrire alcun serio dubbio sulle sorti della partita, che secondo lui volg[eva]no ancora, ed immancabilmente, dalla parte della grande tradizione dello Stato moderno, realizzatasi storicamente, tra Otto e Novecento, nella forma dello Stato liberale di diritto » ⁽¹⁹⁾. Certamente, si può dire —

⁽¹⁶⁾ « Romano non si peritava di discutere i pilastri dell'edificio politico-giuridico elaborato nelle officine della rivoluzione francese e proposti come conquiste ultime delle moderne democrazie parlamentari. Agli occhi del Nostro e sotto la sua penna implacabile sono identificati nello strumento strategico abilmente escogitato per rendere solida la prevalenza di un potere, quello politico, sugli altri » (P. GROSSI, *Lo Stato moderno e la sua crisi. A cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano*, in *Ricordando Santi Romano. In occasione dell'inaugurazione dei corsi dell'a.a. 2010-2011 nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa*, a cura di E. Ripepe, con in appendice la riproduzione anastatica de « Lo Stato moderno e la sua crisi » nell'edizione del 1910, Pisa, Pisa University Press, 2013, p. 25).

⁽¹⁷⁾ ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 13.

⁽¹⁸⁾ Ivi, p. 14.

⁽¹⁹⁾ M. FIORAVANTI, *Lo 'Stato moderno' nella dottrina della costituzione della prima metà del Novecento*, in *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 194-195. Nella medesima direzione si muove la lettura di P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 4. L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2001, il quale sottolinea come Romano esprima l'« esigenza di risolvere la 'crisi dello Stato', di ripensarne e rafforzarne l'autorità di fronte alla

ancora con Fioravanti — che in Romano la salvaguardia del principio di sovranità non portava con sé un modello rigidamente monistico ma si volgeva ad accogliere quanto la nuova pluralistica e frammentata realtà imponeva all'attenzione della scienza giuridica, sia in termini di problemi, sia in termini (di ricerca) di adeguate soluzioni; ed è in questa direzione che in effetti si muove anche Grossi interpretando Romano, quando mette in luce che in lui lo Stato in crisi tenta di percorrere le strade del pluralismo per attuare un tentativo di ripresa: « lo Stato potrà arrestare la crisi che lo mina alle radici, ma lo potrà unicamente se si imbrocherà la strada di colmare il divario — diventato troppo profondo ed esiziale — tra apparato di potere e società ». In tal modo « in un assetto pluralista dello Stato che ritrova il suo essere innanzi tutto 'comunità', l'antagonismo erosivo delle forze sociali può essere naturalmente assorbito e può diventare carica vitale per lo Stato stesso » (20).

Ciò non toglie tuttavia che, come riconosce ancora lo stesso Grossi, Romano rimanga dentro la logica dello Stato e che « si muov[a] all'interno della sovranità politico-statuale dello Stato-persona » (21), là dove invece, da parte sua, Grossi non mostra alcuna indulgenza, né storica né teorica, nei confronti di quella che considera una concretizzazione istituzionale consegnata ad un determinato periodo della storia: quello del dominio borghese, che affonda le radici nella furia semplificatrice delle rivoluzioni di fine Settecento e che ha realizzato, con successo, la monopolizzazione dell'universo giuridico e la dicotomizzazione del panorama sociale. Un successo destinato a terminare, proprio quando quella monopolizzazione si mostra incapace di tenere ingabbiata la realtà sociale, la cui logica non è, e non può essere mai, rigidamente dicotomizzata.

Una visione differente, dunque, riconducibile forse al fatto che Santi Romano fu meno storicista di quanto Grossi gli abbia riconosciuto e fu invece, prevalentemente, cultore di una teoria giuridica

inquietante e inedita proliferazione dei più diversi gruppi sociali » (p. 158) e come egli continui a « scommettere' sullo Stato e sulla sua capacità [quale] imprescindibile tramite dell'ordine nella società moderna » (p. 226).

(20) GROSSI, *Lo Stato moderno e la sua crisi. A cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano*, cit., p. 36.

(21) GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 81.

che non si lascia condizionare dalle contingenze (22). Se è vero, infatti, che egli fu per certi versi un « giurista-storicista » che si guardò « bene dal limitare la propria contemplazione alle consuete fonti dei giuristi » (23) e seppe invece dare « una lettura penetrante del proprio tempo », offrendo allo stesso tempo un « presentimento [...] dei futuri svolgimenti » (24), è pure vero che la sua critica allo Stato non era accettabile proprio dal punto di vista strettamente storiografico, in quanto, come lo stesso Grossi rileva, egli si era fatto « prendere troppo dalle spire di una vis polemica che appare culturalmente incontrollata ». « Lo Stato, infatti — continua Grossi — nel suo crescere e svilupparsi, fu frutto e specchio del suo tempo, risposta adeguata delle nuove forze storiche che intendevano contrapporre alla visione politico-giuridica, universalistica e particolaristica insieme, propria dei medievali, una che fosse incentrata su soggetti politici territorialmente ben definiti, assolutamente compatti e monopolizzatori di ogni potestà nella loro proiezione geografica » (25). L'« orecchio teso » a raccogliere fedelmente le istanze del tempo e soprattutto a « dare attenzione al flusso osmotico fra il terreno dei fatti e quello del diritto » (26), non era, in altre parole, segno di « una precisa e perenne sensibilità storicistica » (27) se non era in grado di cogliere proprio la storicità, e per così dire l'ineluttabilità storica dello Stato, che implica anche, per Grossi, il riconoscimento dell'ineluttabilità storica della sua scomparsa.

L'orientamento di Grossi, che in questo caso va certamente 'oltre' Romano, appare invece vicino a quello di un autore, al quale Grossi ha riconosciuto una certa « preveggenza » nel rilevare come « lo statalismo legalista della nostra tradizione gius-positivistica [sia]

(22) In questo senso sono da leggere le considerazioni critiche di E. RIPEPE, *La teoria dell'ordinamento giuridico: Santi Romano*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero: Diritto*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 2020, p. 475 e ss.

(23) GROSSI, *Lo Stato moderno e la sua crisi. A cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano*, cit., p. 29.

(24) GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nell'odierna crisi delle fonti*, cit., p. 147.

(25) GROSSI, *Lo Stato moderno e la sua crisi. A cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano*, cit., p. 29.

(26) Ivi, p. 23.

(27) GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 80.

veste troppo costrittiva per la democrazia costituzionale del Novecento» e sia pertanto destinato a tramontare ⁽²⁸⁾. Nella critica radicale rivolta alla cultura positivista nel suo *Positivismo giuridico e costituzionalismo* (1963), Nicola Matteucci aveva infatti, tra le altre cose, rilevato come «la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, nella sua versione italiana, non [fosse] uscita di fatto da un orizzonte statualistico» e avesse rappresentato sostanzialmente un'altra e diversa teoria dello Stato, dalla quale si poteva uscire soltanto — come di fatto tenterà di fare Grossi — affermando il primato della società e rinunciando del tutto «a pensare in termini di Stato e di sovranità» ⁽²⁹⁾. Una via che per Matteucci doveva portare a rivalutare gli elementi di razionalità presenti nel diritto, e che conducevano dritti alla riscoperta del diritto naturale, là dove per Grossi non poteva che portare invece a riscoprire gli elementi concreti e 'reali' dell'esperienza giuridica e che si condensano in quella che lui chiamerà la visione ordinamentale del diritto. È comunque significativo che per entrambi quella via porterà a sottolineare la centralità della Corte costituzionale, chiamata a rappresentare il fulcro di una visione rinnovata della comunità giuridica del tardo Ventesimo secolo ⁽³⁰⁾.

⁽²⁸⁾ P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, Laterza, 2020, p. 18 (nota 26).

⁽²⁹⁾ N. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1963, 3, p. 46. Questo testo, per troppo tempo trascurato anche editorialmente, è stato ora edito da Morcelliana, Brescia, 2021 (i brani citati sono alle pp. 78-79). Con riguardo alla valutazione della posizione di Romano è da ricordare l'opinione di Norberto Bobbio, secondo cui Romano «è teoricamente un pluralista, ma ideologicamente un monista» (*Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in Id., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Comunità, 1977, p. 183).

⁽³⁰⁾ Con riguardo a Grossi si vedano innanzitutto gli scritti dedicati alla Corte contenuti in *L'invenzione del diritto*, cit. È appena il caso di ricordare che, a coronamento del suo percorso intellettuale, Paolo Grossi ha rivestito le cariche di Giudice costituzionale e di Presidente della Corte. Su questa parte della sua attività si può leggere l'intervento di E. Rossi, *Il ritorno al diritto nelle sentenze del giudice costituzionale Paolo Grossi*, in «Rivista di filosofia del diritto», 2016, 1, pp. 71-86, nonché V. OMAGGIO, *La costituzione repubblicana e il tempo giuridico postmoderno*, in *Ri-trovare il diritto: Paolo Grossi alle origini delle organizzazioni sociali*, a cura di G.M. Labriola, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 81-95.

3. *Il diritto come ordinamento.*

Volgere le spalle allo Stato e ritrovare la società vuol dire, per Grossi, recuperare le dimensioni più essenziali del fenomeno giuridico. Vuol dire, ad esempio, ritrovare quei caratteri di *umanità* e *socialità* che rappresentano gli elementi originari da cui deve muovere — sia che si guardi al piano teorico, sia che si guardi a quello pratico — ogni possibile « recupero del diritto ». Egli guarda, quindi, a una idea del diritto, come è stato scritto efficacemente, « nobile in misura inversa ai suoi bassi natali, impastato di terra e sudore, fatto di carne e sangue, realtà impura, ma salvifica per la vita umana: anzi, costitutiva della componente umana della vita » ⁽³¹⁾.

Ora, se si pone mente a ciò che Grossi evidenzia, ad esempio, nella *Prima lezione di diritto*, vediamo che il passaggio dallo Stato alla società, quando lo si prenda davvero sul serio, porta umanità e socialità a precisarsi e incanalarsi verso una *organizzazione* che produce *osservanza* spontanea. Anche a prescindere dalla convinzione che ciò possa rappresentare una soluzione per il « mistero del diritto », quel che interessa è che questa catena di passaggi non può che sciogliersi nell'idea che il diritto è innanzitutto *ordinamento* di quel sociale dal quale esso sorge. Una visione che per Grossi è quasi autoevidente, purché non ci si voglia fermare a quelle visioni che fanno del diritto « una realtà ostile » ⁽³²⁾.

Dunque, tolto dalle mani dello Stato e riconsegnato al terreno sociale, il diritto smette di identificarsi con la norma autoritativamente posta e si presenta nella sua veste primigenia di ordinamento perché la sua « essenza » non sta « in un comando ma nell'atto di *ordinare* » ⁽³³⁾: il diritto è « ordinamento più che norma; ordinamento prima di norma » ⁽³⁴⁾. L'eco romaniana è qui immediata e diretta, e non c'è opera nella quale Grossi non difenda e riproponga

⁽³¹⁾ Sono parole tratte dalla *Laudatio* pronunciata da Francesco De Sanctis in occasione della *Laurea honoris causa* conferita a Paolo Grossi il 20 dicembre 2007 dall'Università Suor Orsola Benincasa. Le si può leggere ora in F. DE SANCTIS, *Paolo Grossi giurista*, in *Ri-trovare il diritto*, cit., pp. XI-XII.

⁽³²⁾ P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 15 e p. 6.

⁽³³⁾ Ivi, p. 16.

⁽³⁴⁾ GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, cit., p. 150.

la fecondità dell'approccio ordinamentale, impiegandolo peraltro quale criterio infallibile per distinguere nettamente — e talora severamente — i giuristi che hanno saputo mostrarsi sensibili verso un approccio aperto alla socialità (e quindi capace di cogliere la 'radicalità' del fenomeno giuridico), e coloro che invece sono rimasti chiusi 'pigramente' dentro gli schemi formalistici, statualistici, legalistici, volontaristici, normativistici. Le storie del pensiero giuridico che Paolo Grossi ha offerto in più occasioni alla comunità dei cultori del diritto sono attraversate tutte, costantemente e lucidamente, da questa faglia, che egli presenta e presidia con rigore perché la vede giustamente commischiata alla — e corresponsabile della — altra faglia, protagonista questa volta della storia del diritto, nella quale si sono contrapposte frontalmente, e per certi versi mortalmente, le due correnti del *monismo giuridico* e del *pluralismo giuridico*. Si legga ad esempio quanto egli scrive nella sua ultima prova storiografica dedicata a *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno* (il cui sottotitolo è, non a caso, « dal monismo legalistico al pluralismo giuridico »): di fronte alla bi-polarità tra « una solo apparente pluralità di fonti » e « un concreto pluralismo », allo storico interessa « sorprendere l'atteggiamento dei civilisti, e saranno i più consapevoli, i più attenti, a meritare attenzione. Monisti e pluralisti ci svelano, in tal modo, accanto alla loro sapienza tecnica, le loro percezioni etiche e sociali, le loro ideologie »⁽³⁵⁾.

Proprio muovendo da questa notazione si può sottolineare come anche il passaggio dal normativismo all'istituzionalismo, allo stesso modo in cui lo era stato quello dallo statualismo alla socialità del diritto, produca una serie di conseguenze notevoli su diversi piani. Intanto sul piano conoscitivo, perché costringe a spostare il punto di osservazione « dal soggetto produttore (o preteso tale) all'oggetto bisognoso di organizzazione », conducendo a « fare i conti con i caratteri della realtà ordinanda »; e in secondo luogo sul piano (diciamo così) etico-politico, perché rovescia il modo col quale il diritto si presenta a coloro che ne sono, non i destinatari, ma i veri protagonisti, e cioè i cittadini. Il punto è particolarmente importante, per Grossi, perché investe esattamente quella funzione

⁽³⁵⁾ P. GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 2021, pp. IX-X.

che il diritto e il giurista dovrebbero svolgere nella cultura della società civile (una funzione, possiamo aggiungere, che essi non svolgono soprattutto per responsabilità della scienza giuridica).

Il recupero del diritto alla sua essenziale dimensione ordinativa ha un'ulteriore valenza, e non di poco conto. Non piove dall'alto, non si impone con forze coattive; è invece quasi una pretesa che viene dal basso, è il salvataggio d'una comunità che solo col diritto e nel diritto, solo diventando un ordinamento giuridico, sa di poter vincere la sua partita nella storia. E allora il diritto, che appare terrificante all'uomo della strada perché collegato all'immagine terribile del giudice e del funzionario di polizia, rivela di appartenere alla natura stessa della società e di essere scritto nelle sue fibre più riposte. Il diritto non sarà mai una realtà mite, come brillantemente si è anche sostenuto di recente, giacché glielo vieta la sua dimensione ordinante, che lo rende rigoroso nella affermazione di un primato oggettivo e collettivo; ma è sicuramente connaturale alla società, appartiene alla sua fisiologia e non alla sua patologia, anche se il momento patologico lo fa più vistoso e tangibile ⁽³⁶⁾.

Si produce a questo livello la conseguenza forse più notevole della scelta ordinamentale, sulla quale Grossi ha insistito ricorrentemente, spessissimo rifacendosi a Santi Romano: la necessità di rivedere il discorso sulle fonti. Se diritto come ordinamento vuol dire che esso « è più nel continente sommerso della vita quotidiana di un popolo — nel suo tessuto di costumanze, di pratiche, di consuetudini — che non nella superficie appariscente di leggi e atti amministrativi » ⁽³⁷⁾, allora è proprio il modo in cui il diritto moderno si è strutturato attraverso la rigidità e la gerarchia delle fonti a dover essere messo in questione. Santi Romano, l'autore che per Grossi aveva messo in guardia dai formalismi e aveva rivolto piuttosto l'attenzione alle « figure informi, grezze » della realtà giuridica ⁽³⁸⁾, offre dunque l'occasione per un attacco, che è certamente quello più deciso che Grossi abbia portato nei confronti dell'assetto giuridico contemporaneo. Non si

⁽³⁶⁾ GROSSI, *Prima lezione di diritto*, cit., pp. 17-18.

⁽³⁷⁾ GROSSI, *Lo Stato moderno e la sua crisi. A cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano*, cit., p. 36.

⁽³⁸⁾ GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 114.

contano, infatti, le critiche all'assetto delle fonti, e le perorazioni a favore di un diverso intendimento dell'ordine giuridico nel quale l'apertura dovrebbe sostituire la 'chiusura' tipica di un ordinamento che si pensa appunto come separato rispetto al fluire della vita sociale, e di cui Grossi vede la consacrazione in quell'art. 12 delle preleggi che, al di là della sua derivazione fascista, chiude i giuristi in « quella dimensione passiva umile servile che suol condensarsi nella *esegesi*, un termine non a caso preso a prestito dai teologi e ben eloquente della necessaria passività dell'interprete nei confronti di un testo ritenuto sacro »⁽³⁹⁾. E invece è il primato della *prassi* che Grossi vorrebbe riportare in auge, promuovendo il valore attivo e primario che in essa svolgono gli operatori giuridici a cominciare dalla giurisprudenza e dalla dottrina (e si pensi a quanto rilievo abbia assunto nelle riflessioni degli ultimi anni il ruolo assegnato ai giudici e alla giurisprudenza: basti leggere a questo proposito *L'invenzione del diritto*).

4. *Diritto e potere.*

Il discorso sulle fonti ci porta nel bel mezzo del capo delle tempeste di ogni teorizzazione giuridica: il rapporto tra diritto e potere. La scelta ordinamentale, considerata nelle sue conseguenze, contiene e implica infatti una messa in discussione del nesso strettissimo che il pensiero giuridico moderno ha stabilito tra la dimensione giuridica e quella politica. La critica romaniana del normativismo è innanzitutto critica del principio secondo cui il diritto discende dalla volontà che pone le norme; è frutto di un pensiero che non si accontenta di ricondurre il diritto alla soggettività e all'autorità di chi lo crea e che soprattutto legge nell'esclusività di quella creazione un elemento stridente rispetto alla natura del diritto come fenomeno sociale e 'radicale'. « Il momento normativo — si legge in un contributo dedicato da Grossi proprio a Santi Romano e al problema delle fonti —, 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

⁽³⁹⁾ P. GROSSI, *Il diritto tra norma e applicazione* (2002), ora in Id., *Società, Diritto, Stato*, cit., p. 240.

subisce, non ne coglie affatto l'essenza, ma unicamente la sua più appariscente manifestazione » (40).

Il passaggio dalla norma all'ordinamento è perciò, per Grossi, un passaggio dal lessico del potere a quello del diritto. Espressioni celebri come « recupero per il diritto », « ritorno al diritto », sono significative proprio di questo cruciale ribaltamento e fanno venire in mente quella distinzione/contrapposizione tra *gubernaculum* e *iurisdictio* che era stata al centro dello scritto già ricordato — tanto importante, quanto trascurato — di Nicola Matteucci. In quello scritto, proprio per affermare la necessità di superare definitivamente l'orizzonte dello Stato e per riportare il diritto sul terreno suo proprio, si insisteva sulla necessità di riprendere la distinzione medievale tra le due dimensioni, per « porre la *iurisdictio* al centro dello Stato » (41), e per ricavarne soprattutto « un diverso modo di intendere il compito e la funzione dell'interpretazione, quella della scienza e della giurisprudenza ». Una intenzione che Grossi condivide pienamente, sebbene anche stavolta occorra notare una divaricazione rispetto alla prospettiva di Matteucci. Se il ragionamento di quest'ultimo era mosso dalla necessità di ridare la parola all'interprete « per mirare a difendere, non lo Stato, ma i diritti dei singoli individui, i soli in definitiva ad esistere veramente », per Grossi — che non a caso non ha mancato di esplicitare la sua distanza dagli « atteggiamenti individualistici di marca prettamente liberale » su cui si fondano i ragionamenti del filosofo bolognese (42) — rivendicare l'autonomia del diritto rispetto al potere vuol dire riscoprire proprio quella parte dell'esperienza giuridica che sfugge alla verticalità del nesso Stato-individuo e che conduce se mai a riscoprire quelle testimonianze del passato che molto hanno da dire al presente proprio per i loro tratti comunitari, relazionali, orizzontali (43).

È in questa cornice che assumono particolare importanza, da un lato, le indagini storiche che Grossi ha condotto soprattutto con

(40) GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, cit., p. 149.

(41) MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, ed. 2021, cit., p. 95.

(42) GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., p. 18.

(43) Cfr. a questo riguardo le osservazioni di DE SANCTIS, *Paolo Grossi giurista*, cit., p. XXI e s.

riguardo all'esperienza giuridica medievale (44), e dall'altro lato, la critica ricorrente rivolta all'idea del *dominium* come categoria che nella modernità ha preteso di assorbire l'intero assetto della proprietà e dei diritti reali (45), travolgendo e sommergendo quella fondamentale dimensione della giuridicità rappresentata ad esempio dalla proprietà collettiva (46). Se nel primo caso si trattava di sottolineare la particolarità di una vicenda storica nella quale il diritto si attuava e affermava su un terreno che non era quello del potere politico, peraltro ancora lontano dalle sue pretese monopolizzatrici, centralizzatrici e livellatrici (Grossi parla, com'è noto, di « incompiutezza del potere politico » (47)), nel secondo caso era proprio lo sguardo critico rivolto al più 'moderno' dei diritti, quello di proprietà, a fornire l'occasione per aprire un varco nella strettissima e assorbente linea di congiunzione tra Stato e individuo: si trattava di riportare alla luce quanto non poteva essere incontrato su quella linea perché ne era stato espulso, e ne era stato espulso in quanto portatore di una logica del tutto differente, che ancorava il diritto nel suo terreno 'naturale' qual era quello della società e delle pratiche collettive (se è concesso un richiamo letterario, certe pagine di Grossi su questo tema possono essere accostate ad alcuni brani delle opere di Ignazio Silone, uno scrittore vicino a quel mondo agrario e contadino cui Grossi ha sempre detto di 'appartenere') (48). Per questa via, di nuovo, si torna all'autore de *L'ordinamento giuridico*: « non è acquisizione di poco conto l'aver svincolato il diritto dal centro di irradiazione del potere supremo, l'avergli tolto

(44) P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995.

(45) P. GROSSI, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1992; ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998.

(46) P. GROSSI, 'Un altro modo di possedere'. *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffrè, 1977.

(47) Cfr. ad es. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 41 e ss. Si veda altresì ID., *Un diritto senza Stato (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)* (1996), in ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 275 e ss.

(48) Proprio il diritto agrario fornisce a Grossi un terreno propizio per provare l'autonomia del diritto: si veda a questo proposito G. CAZZETTA, *L'attrazione del reale. Storicità del diritto nel pensiero di Paolo Grossi*, in *I Georgofili. Atti della Accademia dei Georgofili* (2022), Firenze, Società editrice fiorentina, 2023, pp. 452-471.

quella fosca tintura potestativa che lo particolarizza come strumento, 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 » (49).

Rimangono tuttavia alcune domande, che non vogliamo evitare. Conosciamo infatti l'assillo del positivista: per quanto si voglia prendere sul serio la pretesa di fondare il diritto sul terreno della società e si possa sottolineare che « il diritto, quando è sano [...] si forgia in un certo senso contro le insegne del potere » (50), alcune questioni paiono ineludibili quando si pensi alle esperienze giuridiche reali e concrete: « chi organizza? chi ordina? chi struttura? ». È un modo per riportare il gioco nuovamente dalle parti del potere. Per chi assume questo punto di vista, non può esserci infatti diritto senza quella effettività che è garantita (esclusivamente) dal potere. Un autore come Norberto Bobbio, che su questo punto è stato (e si è) particolarmente tormentato ma che ha sempre ribadito essere, diritto e potere, « due facce della stessa medaglia », non aveva dubbi nel sottolineare che, al fondo di ogni ordinamento, occorreva rintracciare proprio un potere capace di garantirne l'effettività (51). Nel porre le domande più sopra riportate, Natalino Irti ragiona allo stesso modo, citando addirittura il Romano dei *Principi di diritto costituzionale generale* (1947): « in ogni istituzione, e quindi anche nello Stato, è necessario che sia costituito un potere che regga l'istituzione medesima » (52). Ebbene, anche qui, si può dire che Paolo Grossi abbia camminato con Romano ma sia andato 'oltre Romano', nel momento in cui attribuisce al diritto caratteri tali da impedire quel « ritorno al potere » che si nasconde in ogni tentativo di negare che l'effettività possa essere un attributo autonomo dell'ordine giuridico e che, in fin dei conti, non fa che celebrare la prevalenza della forza sul diritto, come emerge chiaramente proprio

(49) GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, cit., p. 151.

(50) Così G. LABRIOLA, *Pluralismo giuridico*, in *Ri-trovare il diritto*, cit., p. 70.

(51) Cfr. ad es. gli scritti contenuti in *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, introduzione di A. Carrino, a cura di T. Greco, Torino, Giappichelli, 2014.

(52) La citazione è contenuta in N. IRTI, *Per una lettura critica di Santi Romano (note introduttive)*, in *L'ordinamento giuridico nel centenario*, cit., p. 4, ed è riferita a S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947, p. 49.

dalle parole di chi si fa difensore di una tale prospettiva: se « le relazioni fra ordinamenti sono consegnate alla *fatticità della forza* », infatti, allora è evidente che « il prevalere della forza e della ‘concreta efficacia’, segna, o può segnare, l’inconfessato ritorno allo statualismo »⁽⁵³⁾.

5. *Pluralità, fattualità, complessità.*

Quali siano i caratteri propri che permettono all’ordinamento giuridico di essere pensato a prescindere dalla sua dipendenza da un potere centralizzato, è quanto Paolo Grossi non si è stancato di ripetere in ogni circostanza, e sempre richiamando puntualmente il magistero di Santi Romano. Vediamoli rapidamente, nei limiti ristretti che ci sono qui consentiti.

Da quanto si è detto, e tralasciando il riferimento alla *storicità* a cui abbiamo (sebbene un po’ indirettamente) accennato più sopra, va sottolineato innanzitutto quello della *fattualità*. Nella visione ordinamentale, il diritto « torna a nascere dai fatti e a costruirsi sui fatti »⁽⁵⁴⁾. Una convinzione che, come le altre, attraversa l’intero itinerario grossiano, non solo dal punto di vista diacronico, ma soprattutto perché condiziona e struttura le molteplici indagini svolte nel mondo del giuridico: da quelle più propriamente storiografiche (si pensi di nuovo a *L’ordine giuridico medievale*) a quelle sulle fonti, a quelle che — forzando le intenzioni di Grossi — possiamo individuare come costruttive-ricostruttive di una vera e propria teoria del diritto alternativa a quella positivistico-formalistica⁽⁵⁵⁾. Senza che sia necessario vedere i vari risvolti di questo carattere, occorre qui dire che anche di questa riscoperta il merito è, secondo Grossi, riconducibile alla « singolare e salutare

⁽⁵³⁾ IRTI, *Per una lettura critica di Santi Romano*, cit., p. 7.

⁽⁵⁴⁾ GROSSI, *L’ordine giuridico medievale*, cit., p. 57.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. ad es. P. GROSSI, *Sulla odierna fattualità del diritto*, in ID., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015, cap. II. L’indubbia portata teorico-filosofica delle ricerche di Grossi ha fatto scrivere che esse costituiscono « una pietra d’inciampo non facilmente eludibile per la filosofia del diritto contemporanea » (LABRIOLA, *Pluralismo giuridico*, cit., p. 62). Cfr. altresì le argomentazioni di E. RIPEPE, *Introduzione. Su Paolo Grossi filosofo del diritto*, in « Rivista di filosofia del diritto », 2016, 1, *Ritorno al diritto*, a cura di E. Rippepe, pp. 7-22.

svolta romaniana », se è vero che « 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 carica giuridica spesso scoccante nel momento in cui il loro ripetersi durevole segnala una effettività sul piano dei rapporti sociali »⁽⁵⁶⁾. « Fatti di per sé normativi », come quelli che si concretizzano nella consuetudine, fonte da Grossi tanto più apprezzata quanto più umiliata dal predominio della legge, e tanto più riproposta quanto più quel predominio viene a mostrare tutte le sue crepe⁽⁵⁷⁾.

Questo tema, che si presta a molte divagazioni, deve essere quanto meno messo in connessione con due importanti 'momenti' del magistero grossiano: quello relativo all'analisi della globalizzazione giuridica quale rinnovata espressione della fattualità del diritto, e quello relativo alla centralità della scienza e dell'interpretazione giuridica come presupposto essenziale per far sì che quella fattualità sia colta nel suo autentico spirito giuridico, che non può mai essere quello di sancire il dominio del più forte sul più debole. La globalizzazione giuridica offre difatti una tipica situazione romaniana: « una visione rigidamente normativistica si presenta oggi smaccatamente antistorica, cioè non corrispondente alle esigenze ed attese che, a livello mondiale, il diritto sta vivendo ». Essa costringe perciò « a profonde revisioni dei nostri tradizionali patrimoni dommatici », il che chiama in causa direttamente l'operosità dei giuristi se è vero che « la incapacità dello Stato e della legge a ordinare il divenire giuridico è davanti ai nostri occhi »⁽⁵⁸⁾.

I due momenti sono in ancor più stretta connessione se si

⁽⁵⁶⁾ GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, cit., p. 153.

⁽⁵⁷⁾ Va qui ricordato che Grossi ha curato, nel 2010, premettendovi un intenso saggio introduttivo, la riedizione dell'opera di Norberto Bobbio che è certamente più vicina alla sua sensibilità: *La consuetudine come fatto normativo* (1942), Torino, Giappichelli (n. 2 della collana 'Bobbiana'). Qui egli nota, opportunamente, come Bobbio abbia esplicitamente ignorato Romano quale riferimento per quella che è in effetti la manifestazione di una vera e propria teoria istituzionalistica del diritto (cfr. ivi, p. XVII).

⁽⁵⁸⁾ GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, cit., pp. 158-9. Sul tema sono da leggere gli interventi *Globalizzazione, diritto*,

pensa che la globalizzazione può rappresentare quel momento nel quale l'assolutismo statale rischia di essere sostituito da una ridda di poteri selvaggi ⁽⁵⁹⁾: proprio qui è necessario che il giurista metta in atto la propria responsabilità e il proprio senso del diritto: « 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 » ⁽⁶⁰⁾.

Il secondo elemento da richiamare è quello del *pluralismo*. L'inaccettabilità della statualizzazione del diritto deriva infatti, innanzitutto, dal voler forzare il sociale dentro una cornice monistica che finisce per violentare il connaturato pluralismo dell'ordine sociale: « ordine — infatti — e il suo derivato ordinamento fanno riferimento a una pluralità, che resta e deve restare pluralità, che però l'ordine è chiamato ad armonizzare » ⁽⁶¹⁾. Qui, più che altrove, il riferimento a Romano appare obbligato: « 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 » ⁽⁶²⁾. Di questo elemento — sul quale non occorre soffermarsi oltre, tanto spesso è richiamato dal nostro Autore — si può ricordare quanta influenza esso abbia avuto nell'articolare la riflessione di Grossi sull'importanza dei corpi intermedi, sia sul piano storiografico, condizionando ad esempio la lettura delle diverse fasi della storia costituzionale nella distinzione tra un costituzionalismo moderno e un costituzio-

scienza giuridica (2002), e *Aspetti giuridici della globalizzazione economica* (2003), entrambi in ID., *Società, Diritto, Stato*, cit., rispettivamente p. 279 e ss. e 301 e ss.

⁽⁵⁹⁾ GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, cit., pp. 161-2.

⁽⁶⁰⁾ *Ibidem*.

⁽⁶¹⁾ P. GROSSI, *Ordinamento* (2006), in ID., *Società, Diritto, Stato*, cit., p. 203.

⁽⁶²⁾ GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, cit., p. 152.

nalismo pos-moderno ⁽⁶³⁾, sia sul piano giuridico e politico, nel sottolineare l'essenzialità dei corpi intermedi nell'articolazione dell'ordine giuridico e istituzionale ⁽⁶⁴⁾.

Infine, ma sempre succintamente, va richiamato l'elemento della *complessità*, perché quella stessa storicità del diritto « che vuol dire pluralismo, che vuol dire fattualità, non può non voler dire anche complessità » ⁽⁶⁵⁾. Una affermazione, questa, nella quale è condensato l'intero mondo giuridico di Paolo Grossi e che rimanda a Romano in ogni suo singolo elemento. Quella complessità, che è frutto del recupero di una visione del diritto capace di farsi carico della ricchezza della realtà sociale e di tradurla in manifestazioni giuridiche, si traduce principalmente nella critica di tutti i più inossidabili miti del positivismo giuridico, a cominciare da quello della certezza del diritto e della legalità formalisticamente intesa. Rispetto ad un panorama giuridico nel quale « chiarezza, certezza, semplicità appaiono come delle consegne inderogabili » e insuperabili, emerge un panorama differente, nel quale un diverso pensiero giuridico, un diverso modo di interpretare il ruolo del giurista, un diverso articolarsi delle istituzioni — fino a un ripensamento della rigida divisione dei poteri — può forse dar conto di quella complessità del reale, nella quale si condensano anche tutti gli altri caratteri visti sino ad ora.

6. *Conclusiones « oltre » Romano. Per un giurista repubblicano.*

Non si può chiudere questa succinta rassegna senza fare un rapido cenno ad una distinzione, che affonda le sue radici nel dialogo instaurato con Santi Romano e che però sancisce definitivamente quella capacità mostrata da Grossi di andare anche — sebbene mai esplicitandolo — « oltre » Romano. Mi riferisco alla distinzione tra Repubblica e Stato, nella quale si può dire che Grossi esprima al massimo grado il suo sentimento pienamente republi-

⁽⁶³⁾ Cfr. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., in particolare i capp. 1 e 2.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. P. GROSSI, *Le comunità intermedie tra moderno e pos-moderno*, a cura di M. Rosboch, Genova, Marietti 1820, 2015.

⁽⁶⁵⁾ GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, cit., p. 155.

cano, che è sentimento propriamente giuridico, ancor prima che politico.

In concreto, la difesa della visione ordinamentale, e del suo aspetto pluralistico in particolare, si traduce nell'insistenza sulla dialettica « fra *Repubblica* e *Stato*, dove si intende per *Repubblica* una realtà giuridicamente plurale, ossia articolata in più ordinamenti giuridici, e con *Stato* quell'apparato di potere che dà vita all'ordinamento prevalente della Repubblica, indubbiamente il più massiccio in grazia del conferimento ad esso della tutela della sicurezza pubblica in funzione della convivenza » (66). Se lo Stato è potere, si potrebbe riassumere, la Repubblica è diritto. Se lo Stato è tutela dell'ordine dall'alto, la Repubblica è costruzione dell'ordine dal basso. Se lo Stato è tendenza irrefrenabile all'unità e all'omogeneità, la Repubblica è desiderio e bisogno incessante di pluralità e di riconoscimento delle differenze, nella consapevolezza che ciò genera anche conflitti, ma nella piena convinzione che la condizione irrinunciabile è sempre quella di tutelare la dignità della persona, di tutte le persone. Una distinzione, questa tra Repubblica e Stato, che trova nella Costituzione la sua conferma e la sua custodia.

Se questo può essere un modo per riassumere il lungo e ricchissimo tragitto di Paolo Grossi nel mondo del diritto, si può confermare che il dialogo con Santi Romano ha in effetti fornito allo storico fiorentino gli argomenti per poter ripensare l'ordine giuridico alla luce dell'oggi e delle sue problematiche, dandogli l'opportunità di rinnovare il motto che egli attribuisce al giurista siciliano: ciò che serve « anche oggi, proprio oggi », è di « vivere appieno il proprio tempo, [di] contemplarlo con occhi vigili e critici » (67).

(66) GROSSI, *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, cit., p. 67.

(67) GROSSI, *Lo Stato moderno e la sua crisi. A cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano*, cit., p. 37.

FRANCESCO SAVERIO NISIO

SITUAZIONI DI GROSSI

1. Ritratto di mentalità: *scientia iuris* e sé pos-moderno. — 2. *Engagement*, o del ritorno al diritto. — 3. Situazionismo di stile fiorentino: pragmatico e giuridico. — 4. Osservanza e mistero del diritto. — 5. Un certo grado di fusione. — 6. Esperienza giuridica delle situazioni. — 7. « Figure astratte proiettate da una lanterna magica... ».

1. *Ritratto di mentalità: scientia iuris e sé pos-moderno* (*).

Mi è d'obbligo cominciare segnalando come, nel volume su Lévy-Bruhl del 2019, il tema « situazionista » — nonché la suggestione a porre l'intero progetto grossiano sotto la luce d'una declinazione antropologica, esperienziale, esistenziale, data la presenza di quel lemma nel titolo de *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale* ⁽¹⁾ — riecheggiasse già nell'intestato della sezione dedicata al fondatore del Centro di studi, *Grossi 'in situazione', metamorfosi di mentalità giuridica* ⁽²⁾.

Qui proseguirò nel solco di quella riflessione, approfondendo per quanto possibile alcune prospettive filosofiche dalle quali guardare all'opera nella sua odierna e definita compiutezza, prospettive che ancor meglio possano aiutare nel render ragione del complesso itinerario intellettuale e di « politica della cultura » ⁽³⁾ di un sé

(*) Nel testo e nelle note, le opere indicate senza il nome dell'autore (dopo la prima citazione completa) sono tutte di Grossi. Le sottolineature in tutte le citazioni — non solo da opere di Grossi — sono sempre mie, se non diversamente segnalato.

⁽¹⁾ P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto* (1968), Padova, Cedam, 1997.

⁽²⁾ F.S. NISIO, *Lucien Lévy-Bruhl. Filosofia, scienze sociali, giustizia*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, pp. 317-328, in libero accesso on-line. Anche Debord vi compare con esplicitzza, p. 324.

⁽³⁾ Immagino che non sarebbe dispiaciuto a Grossi il riferimento a *questo* Bobbio e a *Politica e cultura* del 1955.

pos-moderno, il quale ha « vissuto il transito, *nella* vita del diritto, da modernità e pos-modernità » alla continua ricerca di sé, di « soggettivamente diventare *una* vita nel diritto » (4).

Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale è già un libro animato in pieno da sensibilità antropologico-giuridica, il « sentire » nel quale s'incontrano costanti riferimenti alle « situazioni giuridiche », « alla forza normativa dei fatti », alla « naturalezza dell'uso nell'imitare la natura ». Per averne un esempio si vada al capitolo decimo nel quale si legge, a proposito del « primitivismo » giuridico medievale — là dove impera una mentalità contraddistinta da « un rapporto sproporzionato tra cosmo e uomo, in cui i soggetti *si fondono* con la natura fino ad esserne totalmente condizionati » (5) — e di alcune delle situazioni centrali in quell'esperienza (per esempio, la consuetudine d'una casa), nella prospettiva della gravitazione normativa del reale intorno « alle cose stesse », ai fenomeni:

Questa generale realizzazione dell'ordinamento è constatabile in ogni suo aspetto. Sul piano delle fonti, spetta alla consuetudine il ruolo di produttrice primaria dell'ordinamento; e la consuetudine, in un mondo rurale e di assai relativa cultura come quello altomedievale, è la voce stessa normativa e vincolante delle cose, è la voce proveniente dal campo del reale per proiettarsi nell'ambito dei soggetti, ed è scritta nelle stesse cose. [...] I fatti, o meglio la ripetizione dei fatti, hanno, a prescindere da ogni elemento psicologico dei soggetti operanti, una loro intrinseca forza normativa; e l'uso non è tanto negli uomini, quanto nelle cose che condizionano gli uomini. *L'uso ha una sua naturalezza, imita la natura, si muove come la natura, sul terreno dell'obiettività*, operando emersioni, modifiche, soppressioni grazie alla costanza di determinati comportamenti. Come *altera natura* la consuetudine è la fonte strutturante dell'ordinamento nuovo: *consuetudo regionis, consuetudo loci, consuetudo terrae, consuetudo fundi, consuetudo casae*. [...] Essa reca cioè una possibilità totale di aderire a quella realtà particolarizzandosi a seconda delle

(4) P. GROSSI, *La vita nel diritto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, pp. 17 e 70. Il sé è fin nel titolo di P. GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, Bologna, il Mulino, 2008.

(5) P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 52n.

varie *situazioni* e ponendosi sempre in sottordine ad esse. [...] Nella *curtis* ad esempio, nel diritto curtense, [...] è la *consuetudo fundi* la norma costituzionale, l'unico limite concreto alla volontà arbitraria del signore, l'unica concreta garanzia per la massa dei lavoratori — contadini, operai, artigiani — residenti nel complesso agrario ⁽⁶⁾.

Si tratta d'una pagina con la quale si è già al cuore dell'impresa intellettuale grossiana, lucidamente prefigurata fin dagli inizi in molti dei suoi elementi a venire (la « norma costituzionale »!). E quel cuore è sguardo aperto sull'esistenza — anche la sua medesima: « Provengo da un antico ceppo di mezzadri toscani, [...] miei antenati contadini di cui ripropongo le ansie, le ambizioni, le frustrazioni » ⁽⁷⁾.

Il volume viene peraltro edito, e la circostanza va rimarcata, in *quell'anno mirabilis* della storia contemporanea che, *volens nolens*, è stato il 1968: si tratta d'una storicizzazione (vale a dire, la manifestazione d'una « sensibilità storicistica » ⁽⁸⁾) che è Grossi medesimo a ribadire per due volte in quella stessa *Prefazione* ⁽⁹⁾. Anno 1968 che, come noto e come meglio si percepirà nel prosieguo — anche tramite puntuali richiami all'opera di Guy Debord, se pur mai citata espressamente da Grossi e nondimeno presente in basso continuo in questa mia lettura —, è stato un anno specialmente situazionista sul piano filosofico. Magari in fine il lettore potrà aggiungere che lo è stato anche sul piano del pensiero giuridico, se non propriamente della filosofia del diritto.

Non paia un fuor d'opera « disciplinare » l'approccio all'opera di Paolo Grossi quale filosofo del diritto: al suo programma di politica del pensiero giuridico per un « ritorno al diritto » è stata la *Rivista di filosofia del diritto* a dedicare un *focus* ⁽¹⁰⁾. E questo nonostante le ripetute dichiarazioni grossiane: « Non sarei capace di

⁽⁶⁾ *Le situazioni reali*, pp. 67-75.

⁽⁷⁾ *Uno storico del diritto*, p. 64.

⁽⁸⁾ P. GROSSI, *Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005, pp. 54, 55, 58.

⁽⁹⁾ *Infra*, p. 124.

⁽¹⁰⁾ Si veda in « *Rivista di filosofia del diritto* », 1 (2016), specialmente l'introduzione di E. Ripepe.

fare il filosofo, sono vesti non mie »⁽¹¹⁾. Nondimeno, egli stesso — che ha firmato una voce di dizionario dal titolo *Pensée juridique*⁽¹²⁾, fra altre cose esemplificazione di come una nuova mentalità arrivi a tradursi in mentalità giuridica⁽¹³⁾, « pensiero giuridico » che rappresenta anche la cifra dell'attività istituzionale nel Centro di studi e sui *Quaderni fiorentini*⁽¹⁴⁾ —, ebbene, egli aggiunge:

Ma ho dovuto fare [il filosofo e parlare di *onticità* del diritto] proprio per fronteggiare un improvvisare di luoghi comuni e di sconcertanti atteggiamenti apologetici [...] precisamente all'opposto di una visione serenamente e criticamente scientifica⁽¹⁵⁾.

Grossi *spesso* fenomenologo, ma in-volontario: « Questo 'fenomeno', direbbe un filosofo »⁽¹⁶⁾.

Incamminandosi su questa strada si può subito indicare come alcuni lemmi — « mentalità », « partecipazione », il già incontrato « sensibilità » (il quale sta per capacità di sentire e dunque presa in conto del sentimento, dell'emozione, dell'attenzione all'altro e dell'empatia: « Gli intrecci di sentimenti, istinti, interessi, fatti »⁽¹⁷⁾) —

⁽¹¹⁾ *Il diritto tra potere e ordinamento*, p. 7, anche P. GROSSI, *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con O. Roselli*, Bologna, il Mulino, 2018, p. 55; *Incontro con Paolo Grossi*, a cura di I. Belloni ed E. Ripepe, Pisa, Plus-Pisa University Press, 2007, pp. 27, 33, 56-57; P. GROSSI, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 622.

⁽¹²⁾ *Pensée juridique* (1987), in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* (1987), Paris, LGDJ, 1993², se ne veda la prima stesura in lingua italiana (con ininfluenti varianti), *Pensiero giuridico (appunti per una 'voce' enciclopedica)*, in « Quaderni fiorentini », 17 (1988).

⁽¹³⁾ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, pp. 5-7.

⁽¹⁴⁾ Grossi parla esplicitamente sia della scelta per « pensiero giuridico », sia del riferimento a Firenze, *Il diritto in una società che cambia*, p. 50, *Uno storico del diritto*, p. 72. Non si trascuri di considerare la presenza de *La Scuola di Atene* di Raffaello in copertina di P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000. Atene, Firenze, Parigi...

⁽¹⁵⁾ *Incontro con Paolo Grossi*, pp. 56-57, la sottolineatura è nel testo, anche Id., *Mitologie giuridiche della modernità* (2001), Milano, Giuffrè, 2007³, pp. 27, 59.

⁽¹⁶⁾ *Incontro con Paolo Grossi*, p. 58. Carbonnier parlava di « fenomeni giuridici », cfr. F.S. NISIO, *Jean Carbonnier. Regards sur le droit et le non-droit*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 40-46 (ed. italiana Torino, Giappichelli, 2002, pp. 59-63).

⁽¹⁷⁾ *La vita nel diritto*, p. 38.

siano sempre fra loro accomunabili, nella metodologia grossiana di ispirazione Lévy-bruhliana, storicistica e pragmatica, attenta al linguaggio e fondata sull'esperienza. Sono la cifra del suo stile, appunto della sua specifica sensibilità.

Infatti, se « 'Partecipazione' è termine (e concetto) [...] utile a cogliere la *situazione psicologica* di completa *fusione* tra soggetto e cose che si verifica nell'anima primitiva » ⁽¹⁸⁾, diviene agevole leggere, in più punti de *Le situazioni reali*, come

Il nostro discorso sarà [...] approfondimento del problema [...] all'interno di quel peculiarissimo *modo di sentire e di pensare*, cioè vivere, il diritto, che siamo soliti *chiamare* 'esperienza giuridica medievale' ⁽¹⁹⁾.

E ancora:

Quando parliamo di società primitiva, di *mentalità* primitiva, non intendiamo riferirci necessariamente a una società preistorica, ma più semplicemente a un certo tipo di società organizzata su certe basi [...], reperibile oggi come ieri [...]. Ogni società primitiva non può non essere naturalisticamente impostata, [...] condizionata dalla realtà fenomenica. Ma primitivismo è qualcosa di più: è un *modo specifico di pensare e sentire* il condizionamento dello spirito da parte della realtà fenomenica ⁽²⁰⁾.

E infine, sempre in tema di attenzione per il linguaggio con sensibilità ovvero stile pragmatico fiorentino (profilo su cui si tornerà):

Parlare d'esperienza giuridica significa porre al nostro esame dei *termini naturali*, significa definire la ricerca in riferimento a una certa cultura, a un certo *stile*, a un certo atteggiarsi delle forze economiche e sociali che circolano *entro quei termini* e tipizzano la vita del diritto,

⁽¹⁸⁾ *L'ordine giuridico medievale*, p. 68n. Sul profilo « psicologico », *Il diritto in una società che cambia*, pp. 88-91.

⁽¹⁹⁾ *Le situazioni reali*, p. 5.

⁽²⁰⁾ Ivi, p. 43.

e le cristallizzazioni che da e in quella vita si formano e che siam soliti chiamare 'istituti' (21).

Dunque, con piena evidenza, il richiamo alla « sensibilità » e alla « mentalità » non è affatto estraneo all'impresa scientifica medesima, nel suo linguaggio adeguato. Ancora negli anni Duemila, pensando retrospettivamente a sé medesimo — sé pos-moderno — quale storico in formazione, Grossi scriverà che è proprio quella capacità di storicizzazione, di attenzione al movimento del reale, di azione dunque, a dover animare

di necessità un intellettuale tecnicamente provvedutissimo ma provveduto anche di *sensibilità storica*, che non si appaghi di mettersi alla ricerca di norme confezionate dall'alto e *pigramente* si ponga all'ombra del loro riparo; [il quale invece] *si senta* coinvolto nel processo produttivo del diritto, [nel] seguire duttilmente il movimento e il mutamento rapidissimi, [nel] constatare i vuoti che l'evoluzione ha generato ed enunciare quei principi regolatori di cui c'è necessità (22).

Grossi ne offre esempi: il pratico applicatore « ricco di sensibilità » che inventa forme adeguate ai bisogni (23); Rescigno civilista « dalla *fine sensibilità* storico-politica », che nel 1968 rilegge il codice civile alla luce della Costituzione (24); la « *sensibilissima* dottrina francese » del dopoguerra che riprende la teorica del dominio utile (25); « mercanti e navigatori che [in seno alla Civitas Amalfitana] han concorso a creare, *fidando quasi unicamente su sensibilità e intuizione*, il diritto commerciale e marittimo » (26).

È da quella sensibilità (del pratico, del singolo studioso, della *scientia iuris* nel suo complesso, di forze operative anonime), dunque in dialogo con la mentalità d'una moltitudine d'attori, ch'è nata la vocazione stessa, il *Beruf* grossiano: la sua partecipazione al lavoro

(21) Ivi, p. 4.

(22) *Il diritto tra potere e ordinamento*, pp. 58-59.

(23) *Prima lezione di diritto*, p. 52.

(24) *Il diritto tra potere e ordinamento*, pp. 49-50.

(25) *Le situazioni reali*, p. 13.

(26) *Mitologie giuridiche della modernità*, p. 82.

della *scientia iuris*. Non è un caso che egli vorrà dedicare un intero volume alla preistoria e alla storia d'una intera 'officina' fiorentina, la Facoltà giuridica (27).

E il riferimento alla « mentalità » rimarrà altresì costante nell'*opera omnia*, dove il lemma è onnipresente, ancora nel 2020 quando egli spiegava « quanto conta la mentalità » nel volume *Grammatiche del diritto* (28). Scriveva Grossi nel 1995:

Il richiamo alla *mentalità* avrà per taluno, per molti, un sapore passatista [...] con l'assopirsi degli entusiasmi per le metodologie parigine. Noi vorremmo semplicemente continuare le scelte metodiche che facemmo proprio nel lontano 1968, [...] indagando l'enorme universo sommerso dei valori storici, appunto il sostrato delle *mentalità giuridiche*, [...] rispetto alle tecniche poste in essere da legislatori, giudici, notai, dottori, privati. [...] È il terreno delle mentalità, forza invisibile, impalpabile ma incisiva, che imprime all'universo giuridico un carattere preciso, [...] che dev'essere attinto solo attraverso sicuri strumenti di accesso, quelli della vita quotidiana, [...] il diritto privato, [...] manifestazione vitale d'un corpo sociale laddove il potere politico si occupa scarsamente di regolare la vita quotidiana dei sudditi (29).

2. Engagement, o del ritorno al diritto.

A conferma della necessità operativa d'una dinamica d'ascolto e sensibilità storica e politica nel lavoro della *scientia iuris*, sempre nella prefazione a *Le situazioni reali* si può leggere come Grossi, dopo aver evidenziato il proprio essersi posto al servizio dell'elaborazione di un testo in dialogo con l'esperienza, un testo

Nato nella scuola e per la scuola, [... il quale vuol prendere le distanze da] diversi volumi di corsi, e di autorevolissimi maestri [...], dedicati allo studio dei *diritti reali* e pur pregevoli sotto vari aspetti

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

(28) *Grammatiche del diritto. In dialogo con Paolo Grossi*, a cura di M. Timoteo, Bologna, il Mulino, 2020, pp. 32-40.

(29) *L'ordine giuridico medievale*, p. 6.

[...], ma più o meno tutti inficiati da un pesante formalismo che impedisce una compiuta storicizzazione del materiale assunto a oggetto, [...] appunto il settore dei *diritti reali* (proprietà, possesso, servitù prediali e personali, diritti reali limitati, oneri reali, modi d'acquisto e di trasferimento della proprietà) ⁽³⁰⁾;

ebbene, a conferma della necessaria attenzione da parte dello studioso al movimento e al mutamento in atto, egli scrive che, di quella sclerosi,

si sono accorti per primi, *con pronta acutezza e provvida intuizione, gli studenti maceratesi e fiorentini*, ai quali è stato da noi ripetutamente proposto come interessante tema di studio quello delle *situazioni reali* nell'età medievale ⁽³¹⁾,

sicché

dietro certe affermazioni contro il formalismo giuridico, che abbiamo sentito echeggiare insistentemente nell'ambito delle *recenti e spesso puntuali proteste studentesche*, non si poteva non raccogliere e accogliere un richiamo a concepire l'ordinamento più come esperienza che come norma, il diritto più come organizzazione che come legge ⁽³²⁾.

Sono queste parole dalle quali emerge con tutta evidenza la dimensione esistenziale grossiana, il suo sentire la « voce proveniente dal campo del reale », la quale — in obbedienza al senso intrecciato del sentire, che riguarda il suono immateriale nell'orecchio ma anche il cuore incarnato in petto — è voce che chiama al coinvolgimento « nel processo di formazione dell'azione creativa » ⁽³³⁾, al mescolarsi dentro un'azione che è complessa perché capace di tenere insieme ed ordinare forze plurali. Da qui nascerà anche il suo *engagement* storico-istituzionale, il suo peculiare essere-in-situazione.

⁽³⁰⁾ *Le situazioni reali*, pp. V-VI.

⁽³¹⁾ *Ibidem*.

⁽³²⁾ *Ivi*, p. VIII.

⁽³³⁾ *Uno storico del diritto*, p. 48.

Un'azione anche attenta alla dimensione della « strategia », come Grossi fiorentino sottolinea più volte (in ciò machiavellico, né lontano da Debord ⁽³⁴⁾) quando fa l'analisi non solo in termini di « pesante strategia » ⁽³⁵⁾ — anche « suadente [...] callidissima » ⁽³⁶⁾ — della visione assolutistica, gerarchica e proprietaria del diritto da parte dello Stato borghese, compensativa tramite la sua orditura mitologica anche del « risultato strategicamente negativo derivante dalla secolarizzazione » ⁽³⁷⁾.

Ma anche e soprattutto quando parla del proprio progetto culturale e della modifica di prospettiva — « Una scelta (che chiamerei) *modernistica* » ⁽³⁸⁾ —, appunto dall'epoca medievale alla modernità giuridica (la storia del pensiero giuridico *moderno*). Egli motiva infatti quel cambio perché « anche *strategicamente* conveniente per iniziare un colloquio più vivace tra storici e cultori di un diritto positivo, essendo questi ultimi necessariamente più *sensibili* a un momento storico maggiormente ravvicinato » ⁽³⁹⁾.

In tema di pratica e di azione è esplicito il rinvio a Maurice Blondel e a *L'action. Essai d'une critique de la vie et d'une science de la pratique* (1893), nel tempo della propria identità psicologica in formazione: « Identità né facile né quieta, essa mi avrebbe affaticato perennemente; [...] posizione però fertilissima sul piano intellettuale come m'insegnava Blondel ne *L'action* » ⁽⁴⁰⁾. Nella stessa pagina Grossi fa pure riferimento alla rilevanza che la lettura di Blondel ebbe per Emilio Betti, altro suo personale maestro. Il « cuore » è ben presente nei testi grossiani — lui che era « un innamorato del diritto

⁽³⁴⁾ Si veda G. DEBORD, *Stratégie*, Paris, L'Échappée, 2018, su cui C. MARIE-CASTANET, *Guy Debord, Stratégie*, in « Critique d'art », 2020.

⁽³⁵⁾ *Uno storico del diritto*, pp. 93, 106-107, anche *Il diritto in una società che cambia*, pp. 60, 63.

⁽³⁶⁾ *Mitologie giuridiche della modernità*, pp. 39, 60.

⁽³⁷⁾ Ivi, pp. 45-46, anche *Il diritto in una società che cambia*, pp. 23-24.

⁽³⁸⁾ P. GROSSI, *Oltre le storie nazionali: il 'Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno' di Firenze fra passato e presente*, in « Quaderni fiorentini », 50 (2021), p. 746.

⁽³⁹⁾ *Uno storico del diritto*, p. 69, anche *Incontro con Paolo Grossi*, pp. 44-45, né mancano accenni al profilo strategico nell'azione interna all'accademia, *Il diritto in una società che cambia*, p. 44.

⁽⁴⁰⁾ *Uno storico del diritto*, p. 20.

[...] e della ricerca scientifica » ⁽⁴¹⁾ —, in specie anche quando, nel proporre il « ritorno al diritto », vede invece operare « pesanti ipoteche culturali ancorché pressoché intatte nell'intelletto e nel cuore (è, purtroppo, così) di parecchi giuristi italiani » ⁽⁴²⁾.

Si tratta di posizioni che lo facevano incamminare, nell'azione, verso il « recupero di umanità » e la « restituzione alla società e alla cultura in essa circolante [...] di ciò che è sempre stato suo come ineliminabile dimensione *esistenziale* » ⁽⁴³⁾, dunque verso l'ascolto non propriamente d'una arcana voce dell'Essere heideggeriana, quanto piuttosto della concreta e « carnale » voce della massa del diritto, di cui egli aveva a cuore il salvataggio della lingua — *à la* Canetti — in un linguaggio giuridico ben costruito, in una bella istituzione, in un architettonico e plurale ordinamento dell'esperienza.

« Carnalità del diritto » è espressione tipicissima e ricorrente in Grossi ⁽⁴⁴⁾, così come costante è il richiamo alla dimensione di salvataggio del singolo da parte del diritto inteso come *ordo*, ordinamento nella sua « onticità, ossia il carattere di fondazione riposta d'una comunità, realtà di radici appartenente alla natura stessa del corpo sociale; suo salvataggio, perché garanzia di una stabilità né artificiosa né imposta, bensì connaturale alle esigenze più autentiche d'una civiltà storica » ⁽⁴⁵⁾. Se ne veda un'esemplificazione (se ne potrebbero fare altre) nella ricostruzione storico-teologica del dibattito medievale circa l'*ordo*, cuore dell'antropologia medievale ⁽⁴⁶⁾.

L'azione, ad esempio, la quale unisce nell'istituzione accademica il ricercatore volto all'indagine scientifica, il docente dedito al

⁽⁴¹⁾ *Incontro con Paolo Grossi*, pp. 23, 25.

⁽⁴²⁾ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015, p. VII, anche *Mitologie giuridiche della modernità*, pp. 52-53.

⁽⁴³⁾ *Prima lezione di diritto*, pp. 18, anche 10-13.

⁽⁴⁴⁾ *Uno storico del diritto*, p. 118. Il filosofo tedesco viene citato da Grossi precisamente in tema di « 'carnalità' del diritto, [che] significa 'storicità', è lo esserci di Heidegger », *Il diritto in una società che cambia*, p. 55. Per il richiamo a Canetti, e non solo per questo, F.S. NISIO, *La massa del diritto*, Pisa, Ets, 1994.

⁽⁴⁵⁾ *Il diritto tra potere e ordinamento*, p. 11, *Incontro con Paolo Grossi*, p. 57.

⁽⁴⁶⁾ *L'ordine giuridico medievale*, pp. 75-85.

compito della didattica, e gli studenti destinatari dello sforzo educativo (47). E come noto, Grossi non limitò a quei due soli ambiti « formali » (ricerca, didattica) il proprio *engagement* esistenziale istituzionale (48) — il suo essere-in-situazione, come detto — e per averne conferma, oltreché riandare alla sua vicenda di Preside di facoltà a Firenze all'inizio degli anni Settanta (49), si legga « il [suo] saggio più famoso e anche più fortunato » (50), il breve e combattivo testo (che neppure fu l'unico) sulla riforma dell'accademica italiana, apparso nel 1998 sui *Quaderni fiorentini* col titolo *C'era una volta l'Università in Italia* — testo eminentemente antispettacolare, se solo si ricorda cosa Debord intendesse con la nozione di « spettacolo »:

Lo spettacolo non è identificabile al semplice sguardo, sia pure combinato con l'ascolto. È ciò che sfugge all'*attività* degli uomini, alla riconsiderazione e alla correzione della loro opera. È *il contrario del dialogo*. Ovunque vi è rappresentazione indipendente, lo spettacolo si ricostituisce (51).

Didattica e ricerca *uno intuitu*, come si potrebbe anche dire, nella metamorfica situazione del presente, dell'indagine storica e dell'azione la quale, in fondo, altro non è che « riscoprire nel passato certezze ed incertezze dell'uomo contemporaneo » (52) (per esempio l'esser presi nel « nostro cosciente o subcosciente positivismo giuridico » (53)), come si esprime Grossi riecheggiando l'approccio de-

(47) Sull'« azione creativa » e il « miracolo della lezione », *Uno storico del diritto*, p. 48.

(48) « La vocazione istituzionale è iscritta nell'intera attività intellettuale e magistrale di Grossi », P. COSTA, *Paolo Grossi: il sapere come istituzione*, in *Pluralismo giuridico. Itinerari contemporanei*, Milano, Giuffrè, 2023, pp. 303-312, in libero accesso online, ripreso anche in G. CAZZETTA, *L'attrazione del reale. Storicità del diritto nel pensiero di Paolo Grossi*, in « Rivista di diritto agrario », CI (2022), 3, p. 27.

(49) *Il diritto in una società che cambia*, pp. 46-48.

(50) *Incontro con Paolo Grossi*, p. 26.

(51) G. DEBORD, *La Société du Spectacle* (1967), Paris, Gallimard, 2022, trad. *Commentari sulla società dello spettacolo e La Società dello Spettacolo*, Milano, SugarCo Edizioni, 1990, § 18. Per l'« idea » di Università cara a Grossi, *Incontro con Paolo Grossi*, pp. 47, 70-75.

(52) *Le situazioni reali*, p. VIII.

(53) *L'ordine giuridico medievale*, p. 15.

clinato in argomento di « angoscia storica » da un altro grande scienziato e didatta del diritto, Jean Carbonnier nel suo *Flessibile diritto*, all'interno della sezione dedicata a *Le incertezze del diritto*, in specifico nel saggio *La parte del diritto nell'angoscia contemporanea*: « L'angoscia che sentono gli esseri umani quando, più o meno confusamente, si sentono trascinati nel divenire dell'umanità »⁽⁵⁴⁾, anche in materia giuridica.

Lo stesso Carbonnier fu ben all'ascolto delle *angoisses* nate negli eventi francesi di quegli anni, se ha potuto scrivere che « forse è sembrato che l'ipotesi del non-diritto abbia trovato una nuova illustrazione negli incidenti del maggio 1968 »⁽⁵⁵⁾. Va segnalato che il saggio *La part du droit dans l'angoisse contemporaine* venne anch'esso rifuso in radice nell'ultima edizione di *Flexible droit*, fatta salva la pagina iniziale già qui citata, e il titolo rimasto intatto: nel passaggio scomparve, fra altre cose, uno dei due riferimenti a Camus, ma adesso appare Sartre⁽⁵⁶⁾.

3. *Situazionismo di stile fiorentino: pragmatico e giuridico.*

Come si legge, il volume grossiano su *Le situazioni reali*, metodologicamente strategico nella vicenda del suo autore se pur terzo in ordine cronologico in bibliografia⁽⁵⁷⁾, viene elaborato dentro un'epoca lunga che durava già dall'inizio degli anni Sessanta, periodo nel quale l'autore coglieva « l'occasione per stilare un piano generale di ricerca sul sistema medievale dei diritti reali, [... *compendiando...*] i risultati di circa otto anni di ricerche e di ripetuti

⁽⁵⁴⁾ J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur* (1969), Paris, LGDJ, 2001¹⁰, p. 201, trad. dalla 7ed. *Flessibile diritto*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 155. Il saggio era edito da un decennio nel tomo XX della *Encyclopédie française. Le monde en devenir*, Paris, Société nouvelle de l'encyclopédie française, 1959.

⁽⁵⁵⁾ È del 1963 la prima pubblicazione de *L'hypothèse du non-droit* nelle « Archives de philosophie du droit », poi ripreso nella prima edizione di *Flexible droit* del 1969; la citazione è dal primo dei due *Scolies sur le non-droit* in *Flexible droit*, 2001¹⁰ (dove gli scolii sono stati rifiutati), p. 48 trad. p. 46.

⁽⁵⁶⁾ Ivi, 2001¹⁰, p. 201.

⁽⁵⁷⁾ *Bibliografia degli scritti di Paolo Grossi (1956-2017)*, a cura di M. Geri, in P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017.

‘corsi’ tenuti nelle Università di Macerata e Firenze » (58). Erano anni, quelli del Grossi trentenne, nei quali egli era già da tempo in dialogo con i fermenti di rinnovamento culturale che giungevano in onda lunga dalla cultura europea: oltre al già menzionato Blondel, si trattava di autori quali Dilthey (59); la scuola delle *Annales*, e Bloch in particolare (60); Maritain (61).

È possibile che Grossi abbia appreso da Dilthey a meglio specificare la dimensione psicologica (*l'Erlebnis*: il sentire, i sentimenti *in situazione*) in termini di « ‘ensemble structurel’ en contexte anthropologique », secondo la lettura di Dilthey offerta da Kurt Flasch (62). La nozione di « struttura » è presente nella metodologia grossiana già dal testo su *Le situazioni reali* (63), poi ribadita fin negli anni Duemila (64). Si tratta di un concetto da lui non formalizzato in senso lévi-straussiano, di certo a motivo della diversa rilevanza che Grossi dava — in grazia dell’influsso ricevuto da Lévy-Bruhl — alla dimensione psicologica ed affettiva nell’attività di « comprensione », sicché si potrebbe parlare di prestrutturalismo in parallelo col prelogico lévy-bruhliano (si ricordi che Lévy-Bruhl più volte affermò che il termine non era di sua invenzione). Ne è comunque attestata un’esemplificazione esplicita nella concezione romaniana dell’ordinamento giuridico come « organizzazione, struttura, posizione della società stessa » (65).

(58) *Uno storico del diritto*, pp. 65-66.

(59) Ivi, pp. 32-34 e 39-43, un Dilthey mediato anche tramite la ricezione operata da Marrou e Betti.

(60) Ivi, pp. 35-36.

(61) Ivi, p. 35.

(62) K. FLASCH, *Prendre congé de Dilthey*, Paris, Les Belles Lettres, 2008, p. 102; si veda anche I.N. BULHOF, *Structure and Change in Wilhelm Dilthey's Philosophy of History*, in « History and Theory », 1, 1976, pp. 21-32.

(63) « La consuetudine come fonte *strutturante* dell’ordinamento nuovo », *Le situazioni reali*, pp. VI, 6, 10, 68.

(64) « Legittimo parlare di ‘medievale’ e ‘moderno’ anche per la storia del diritto, [...] uno sfondo strutturale, un clima spirituale, una mentalità circolante spiccatamente nuovi », *Nobiltà del diritto*, pp. 94-95; « La struttura del diritto » fra fisiologia e patologia, *Prima lezione di diritto*, p. 29; « Le strutture comunitarie », *Il diritto tra potere e ordinamento*, pp. 41-42; rapporti tra ideologia e strutture negli strumenti diagnostici marxiani fatti propri da GROSSI, *Il diritto in una società che cambia*, p. 49.

(65) P. GROSSI, *Ordinamento*, in ID., *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 207.

Si tratta di letture tramite le quali Grossi andava formando il proprio sé — sentiva, diveniva sensibile — alla mentalità del suo tempo, dunque « non alla sola dimensione razionale, [ma anche] all'inquietudine, addirittura all'angoscia esistenziale del povero uomo del presente » (66). Tutte tensioni ben riflesse, come si è letto, dalle e nelle opere di autori a lui contemporanei, non solo giuristi né solo italiani, tutti depositari di ricchi fermenti intellettuali circa la condizione dell'umano all'interno delle società occidentali.

Per averne conferma anche sul piano storico dell'esperienza personale, basti ricordare l'elogio che egli fa (« Una delle grosse fortune della mia gioventù » (67)) della « frequentazione con una insegnante *di lingua francese* munita di una tastiera culturale assai aperta, con la quale mantenni un costante contatto anche dopo i due anni del ginnasio superiore » (68). Si noti che, in questo punto del testo, Grossi non indica il nome della persona — già peraltro menzionato in precedenza (p. 10), si tratta di Vittoria Marcolini (69) —, e alla circostanza si può far assumere il significato di un rinvio espresso soprattutto al profilo della lingua, e della cultura specifica da quella lingua veicolata. Si tratta della lingua francese in quegli anni Cinquanta, anni nei quali appunto andava diffondendosi la letteratura filosofica esistenzialista nelle sue tre principali articolazioni: ontologica, umanista ed anche di matrice cristiana, per richiamare la nota classificazione di Abbagnano (Sartre, Merleau-Ponty, Camus, Marcel).

Sarà la Marcolini, come si legge esplicitamente nella medesima pagina, ad avergli trasferito l'interesse per il volume dello storico Henri-Irénée Marrou *La connaissance historique* edito nel 1954, nel quale il lettore poteva per l'appunto confrontarsi apertamente col capitolo in tema de *L'esistenziale in storia* (70). Ma ancora, sempre da lei egli avrà ricevuto pure l'impulso a leggere, oltre Descartes e i

(66) *Uno storico del diritto*, p. 34.

(67) *Ivi*, p. 32.

(68) *Ibidem*.

(69) Per ulteriori elementi biografici della Marcolini, *Incontro con Paolo Grossi*, p. 21.

(70) H.-I. MARROU, *La connaissance historique*, Paris, Seuil, 1954, trad. *La conoscenza storica* (1962), Bologna, il Mulino, 1969³, pp. 208-225.

moralisti francesi (71), anche il già menzionato Maurice Blondel (72) e, possibilmente, lo stesso Bergson (73).

Insomma, non v'è dubbio che la formazione grossiana sia stata francese e non solo fiorentina. Certamente, egli è innanzitutto l'« erede — lo sono, e mi compiaccio d'esserlo — d'una risalente tradizione culturale fiorentina, che nutre, ai primi del Novecento, il momento fertile della avventura pragmatistica » (74).

« La mia fiorentinità profonda » (75), Firenze « dimensione dello spirito, portatrice di una dimensione universale » (76), « città capitale per eccellenza » (77) « della cultura e dell'arte ininterrottamente dal Medioevo ad oggi » (78). Sul movimento del pragmatismo fiorentino — « la cui riflessione s'incarna in una ferma reazione alle metafisicherie di certo esasperato positivismo nel tentativo d'instaurare un sapere positivo mediante l'analisi tecnica ed antiretorica del pensiero e specificamente del linguaggio, [...] riconducendo i principii della conoscenza in un alveo di rigorosa correttezza metodologica » (79) — è d'obbligo il rinvio alle pagine dedicate alla *Preistoria d'una Facoltà giuridica: officina fiorentina del primo Novecento* (80), oltreché ai testi dedicati a Nencioni e Finzi (81).

Al contempo, Grossi è anche figlio di una formazione di netta marca parigina: la sua è una sensibilità o mentalità composita e complessa, formatasi nell'aperto influsso proveniente anche dalla città esistenzialista per definizione la quale, in quegli anni di formazione che furono i Quaranta e Cinquanta del secolo scorso, conti-

(71) *Uno storico alla ricerca di se stesso*, p. 32.

(72) Ivi, p. 20.

(73) Ivi, p. 33.

(74) *Il diritto tra potere e ordinamento*, p. 8.

(75) *Uno storico del diritto*, p. 11.

(76) Ivi, p. 73.

(77) *Oltre le storie nazionali*, p. 752.

(78) *Il diritto in una società che cambia*, p. 42.

(79) P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 64.

(80) *Stile fiorentino*, pp. 74-84.

(81) *Nobiltà del diritto*, t. I 2008, pp. 19-45 (su Finzi), t. II 2014, pp. 63-72 (su Nencioni). In generale sul pragmatismo in Italia, si veda M. DAL PRA, *Motivi della filosofia di Calderoni*, in « Rivista critica di storia della filosofia », 3 (1979), pp. 243-271.

nuava pur sempre ad essere, e già da lungo tempo, la « capitale della cultura europea », come Edward Albert Shils amava definire Parigi.

Per una lettura pragmatista di Debord, autore che anche per questo lato Grossi poté sentire a sé vicino, D. SCUDERO, *Internazionale Situazionista: un pragmatismo latino. Una rilettura delle pubblicazioni 1958-1972*, in « Unclosed.eu », 32 (2021). Non va dimenticato il rapporto che anche Debord teorico della *psychogéographie* e dell'*urbanisme unitaire* ⁽⁸²⁾ ebbe con la sua città, Parigi, e con la città di Firenze negli anni Settanta, e con questa anche ben prima nei suoi libri: si veda il § 139 de *La Société du Spectacle* sul « possesso nuovo della vita storica » nel Rinascimento di Machiavelli e di Lorenzo de' Medici, « vita storica » che dovrà esprimere la propria « *psychologie situationniste* » ⁽⁸³⁾, la propria sensibilità o stile — « lo stile della negazione », come si legge espressamente nel § 204 —, tramite una teoria critica capace di « *comunicarsi* nel suo proprio linguaggio, il linguaggio della contraddizione, [...] critica della totalità e critica storica » ⁽⁸⁴⁾.

In lingua *francese*, peraltro, Grossi pubblicherà il breve testo di teoria già citato, *Pensée juridique*, molto elaborato architettonicamente e quasi una *summa* in tema di pensiero giuridico quale mentalità dell'Occidente, come esso può anche esser definito, testo riedito l'anno seguente anche in italiano sul foglio, appunto, *fiorentino*.

E Parigi era una città che Grossi frequentava spesso, come si legge nella *Pagina introduttiva* ai *Quaderni fiorentini* del 1989, dove egli omaggia « con schietta gratitudine » la memoria dell'appena scomparso Michel Villey, compagno di strada fin dal 1972 del neonato *Gruppo di ricerca per la storia del pensiero giuridico moderno* e dell'« *opération de sauvetage de l'histoire du droit* » da esso

⁽⁸²⁾ G. DEBORD, *Rapport sur la construction des situations* (1957), Paris, Mille et une nuits, 2006, pp. 33-44.

⁽⁸³⁾ *Ivi*, p. 38.

⁽⁸⁴⁾ DEBORD, *La Société du Spectacle*, cit., § 204, la sottolineatura è nel testo; si veda nella sez. VIII spec. §§ 204-207. Segnalo G. SINISCALCHI, *Barocco giuridico. Osservatori, osservanti, spettatori*, Milano, Franco Angeli, 2017, al quale Grossi mostra come storia e critica siano al cuore della *inventio* in campo giuridico.

rappresentata ⁽⁸⁵⁾, un « mouvement » ⁽⁸⁶⁾ — è precisamente questa la parola che usa Villey ben sensibile al tempo storico, e che Grossi riprende quando riflette sui cinquant'anni di « attenzione al *movimento* e mutamento nell'ordine giuridico » attraverso il foglio da lui fondato ⁽⁸⁷⁾ — sorto attorno al convegno sulla Seconda Scolastica che si tenne a Firenze nell'ottobre di quell'anno.

Nel sottolineare in particolare il contributo dato da Villey per la rinascita delle *Archives de philosophie du droit*, Grossi aggiunge:

Quel foglio testimoniava il lavoro comune che si svolgeva nei seminari di Place du Panthéon, di cui chi scrive ricorda ancora il clima, di cui il nostro Amico era l'anima ma a cui partecipavano i giuristi più vivi di Paris-Sorbonne, seminari che trovavano un'irripetibile appendice nelle riunioni del salotto di rue d'Assas, dove sotto la protezione di un massiccio organo, che sembrava star lì, enorme ed ingombrante, a segnalare la felice bizzarria del padrone di casa, si poteva conversare di temi storici e filosofici col civilista Carbonnier o con l'internazionalista Batiffol ⁽⁸⁸⁾.

4. *Osservanza e mistero del diritto.*

Parigini sono anche gli altri due autori menzionati esplicitamente (Lévy-Bruhl) o presenti per via mediata (Sartre) nell'universo grossiano, i quali hanno influito sulla sua formazione e sui quali adesso voglio soffermarmi.

Su Lévy-Bruhl, infatti, non si deve aggiungere molto a ciò che è stato detto nel volume del 2019, anche circa il rapporto con la *Faculté de droit* parigina nella quale si proseguiva nel solco dell'insegnamento del filosofo etnologo. Colgo comunque l'occasione per

⁽⁸⁵⁾ M. VILLEY, *La promotion de la loi et du droit subjectif dans la Seconde Scolastique*, in *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 53.

⁽⁸⁶⁾ Ivi, p. 54.

⁽⁸⁷⁾ *Oltre le storie nazionali*, p. 755.

⁽⁸⁸⁾ P. GROSSI, *Trent'anni di pagine introduttive. Quaderni fiorentini 1972-2001*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 92-93.

indicare un terzo luogo ⁽⁸⁹⁾ — primo in ordine cronologico — di richiamo esplicito a Lévy-Bruhl nell'*opera omnia* grossiana. Si tratta della lunga nota 63 alla prolusione del 1967, *Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale delle situazioni reali* ⁽⁹⁰⁾, prolusione preparatoria della sintesi didattica dell'anno successivo. È certamente il luogo nel quale si può vedere al meglio come Lévy-Bruhl abbia favorito Grossi nella comprensione di una « antropologia non umanistica » (umanistica nel senso di fondata sul soggetto) ⁽⁹¹⁾ e invece aperta sul legame naturalistico fra pensiero e situazione o anche, declinando in linguaggio giuridico su temi proprietari, su « un altro modo di possedere » ⁽⁹²⁾.

In quella nota è in questione la tesi generale dell'intero volume a venire l'anno seguente in tema di comprensione dell'epoca medievale *sub specie iuris*, tesi che era già emersa in pagine precedenti:

Non più 'monologo' dell'uomo sulla cosa ma 'dialogo', per cui la cosa viene quasi *animisticamente* intesa parte di quel *dialogo*, legata al soggetto da un vincolo intenso di natura simbiotica. Questo fu, nella sua sostanza, l'Alto Medioevo; né crisi, né acme di civiltà, non romano e non germanico, né momento di luce né di tenebra, ma un enorme sovvertimento nell'ordine dei valori d'una società, un'esperienza permeata di un genuino, vitale *naturalismo* ⁽⁹³⁾.

Nella prolusione, dunque, tematizzando l'epoca del crollo dello Stato romano e della sua organizzazione di strutture formali, nonché l'affermarsi di una sfiducia profonda nel soggetto singolo come costruttore della realtà sociale — situazione nella quale cose e fatti riconquistano il territorio umano e il soggetto ricomincia a partecipare della vita delle cose —, Grossi paga esplicitamente il proprio debito metodologico verso Lévy-Bruhl:

⁽⁸⁹⁾ I due già segnalati nel 2019 sono *Le situazioni reali*, pp. 43 nn. 1 e 2, 92 n. 3, 93, e *L'ordine giuridico medievale*, pp. 67-72.

⁽⁹⁰⁾ P. GROSSI, *Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale delle situazioni reali* (1967), in ID., *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1992.

⁽⁹¹⁾ *Uno storico del diritto*, p. 67.

⁽⁹²⁾ P. GROSSI, 'Un altro modo di possedere'. *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffrè, 1977.

⁽⁹³⁾ *Naturalismo e formalismo*, p. 48.

Ci riferiamo, con tutta evidenza, allo schema sociologico della ‘partecipazione’, cioè d’un legame *mistico* tra soggetto e cosa, come principio dominante d’una società primitiva. [...]. Il principio della partecipazione, tuttavia, disincagliato dallo schema obbligato del prelogismo, inteso in un senso più ampio e meno unilaterale di come appare negli scritti di Lévy-Bruhl, inteso cioè come *permeazione* fra i due mondi del soggetto e degli oggetti, come rilevanza estrema della sfera del reale, come problema fondamentale dell’assetto d’una società primitiva, resta, a nostro avviso, valido [...]. Il discorso ha il risultato — se non andiamo errati — di dare una rilevanza peculiare alla cosa come momento genetico, accanto all’individuo, dell’ordinamento sociale, di spostare quasi il centro focale di questo dal soggetto all’oggetto, di concedere attenzione alla *sensibilità* dell’uomo verso le cose e di queste verso l’uomo, al loro reciproco condizionamento nel quadro d’un ordine che supera uomo e cose e *li ricomprende in un’unica organizzazione vitale* ⁽⁹⁴⁾.

Lévy-Bruhl ha dunque insegnato allo storico del diritto quanto essenziale fosse mantenere ben saldo — in tutte le ricerche possibili, quale che fosse l’epoca presa in considerazione, ed è questa la prospettiva antropologica all’opera — il legame di implicazione reciproca, di « partecipazione », di « osmosi » e « permeazione » (sono questi ultimi i termini propri a Grossi) fra razionalità e sensibilità, logica ed esperienza, individui e cose.

In un ambiente storico svincolato da un formalismo giuridico rigoroso [...] la separazione tra mondo delle persone e mondo delle cose tende a mutarsi in molteplicità di rapporti e di *implicazioni*, in una *osmosi continua* tra soggetto e oggetti, con un macroscopico risultato: partecipazione del soggetto alla vita delle cose e partecipazione delle forze insite nelle cose stesse alla vita dei soggetti. [...] Partecipazione intesa come [...] *nesso vitale, simbiotico*, fra individui e realtà esterna. La visione *naturalistica* del vivere associato porta non soltanto a esaltare la realtà esteriore come un complesso di forze vitali, porta non soltanto a dare rilievo a queste forze, ma anche e soprattutto a inserirle dentro strutture giuridiche e sociali accettando pienamente

⁽⁹⁴⁾ Ivi, p. 47. Grossi s’interroga sul giusnaturalismo: *Prima lezione di diritto*, pp. 79-85, *Mitologie giuridiche della modernità*, pp. 165-234, *La cultura del civilista italiano*, pp. 1-23, *L’Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 96-104.

il loro potere creativo di strutture nuove o deformanti quelle preesistenti. Il fenomeno giuridico, nella sua interezza, vi si condiziona, e ne acquista una sua dimensione *elastica*, insomma una sua *storicità*, accentua di sé il carattere dinamico piuttosto che quello statico [...] ⁽⁹⁵⁾.

È propriamente questa la dimensione del mistico o della partecipazione nella riflessione lévy-bruhliana — dimensione ch'era già stata presente in Montaigne e Pascal, e che lo sarà in Wittgenstein e Derrida —, e ad essa Grossi rimarrà fedele in tutto l'arco della propria ricerca, dal medioevo al pos-moderno, dalle analisi sul *dominium utilis* alla critica dell'assolutismo giuridico con le sue mitologie, passando per le molteplici indagini sulla *scientia iuris*, quella italiana *in primis* e non meno quella europea ⁽⁹⁶⁾.

Come scrive ancora nel 2003,

Il fatto dell'*organizzazione* — o, per meglio dire, della *auto-organizzazione*; il fatto dell'*osservanza* spontanea delle regole organizzative: il *mistero* del diritto è tutto qui ⁽⁹⁷⁾.

Tema del « mistico » (rad. MU-=MAU-, 'legare'; gr. *myo*, 'chiudo, serro gli occhi e la bocca'; *mysterion*, 'cosa segreta') per comprendere il quale sia permesso rinviare anche ad un famoso ed importante testo di un romanista, ulteriore pensatore della capogrossiana « esperienza giuridica », Riccardo Orestano e la sua *Introduzione allo studio del diritto romano* ⁽⁹⁸⁾, nella quale certamente il termine non compare ma dove nulla si « comprende (nel duplice senso di includere e di favorire l'intendimento » ⁽⁹⁹⁾) circa la natura dell'attività della *scientia iuris*, nella sua capacità (o incapacità) di

⁽⁹⁵⁾ *Le situazioni reali*, p. 66.

⁽⁹⁶⁾ Si vedano *Scienza giuridica italiana* e i due tomi di *Nobiltà del diritto*.

⁽⁹⁷⁾ *Prima lezione di diritto*, p. 15, mia l'ultima sottolineatura; *Mitologie giuridiche della modernità*, pp. 74, 170.

⁽⁹⁸⁾ Il testo, contenuto in R. ORESTANO, *Introduzione al diritto romano*, Bologna, il Mulino, 1987, è qui citato nella ried. in « Rivista italiana per le scienze giuridiche », 4 (2013), pp. 61-80.

⁽⁹⁹⁾ Ivi, p. 66.

« esprimere la realtà, della quale [si] è parte »⁽¹⁰⁰⁾, se non assumendo anche qui la prospettiva epistemologica della partecipazione o intreccio fra osservatore e realtà, fra soggetto e oggetto. Una realtà mutevole, in trasformazione continua, dalla quale l'osservatore è separato (è questo l'etimo di 'segreto', da *se+cernere*, 'metter da parte, separare, gettare') ma con la quale egli è non di meno in relazione vitale, esistenziale, di ascolto, è sensibile ad essa e ad essa offre il proprio contributo in qualità di partecipe alla creazione continua.

Si legge nel testo di Orestano:

Le teorie istituzionali [*a partire da quella romaniana, da Orestano peraltro apprezzata, come pure da Grossi*], aspirando pur esse ad una sistematica chiusa e delimitata, continuano nella tradizione della ricerca obiettiva, tanto cara allo 'scientismo' positivista. Esse finiscono per porre l'attività della *scientia iuris* di fronte e fuori del proprio 'oggetto', precludendo la capacità di cogliere la propria *partecipazione* alla formazione del giuridico e con ciò anche ad assumere coscienza della propria funzione nella continua costruzione del proprio oggetto⁽¹⁰¹⁾.

Per « comprendere », afferma Orestano, è necessario dunque mantenere, « in una *situazione* estremamente complessa »⁽¹⁰²⁾, un rapporto di continua permeazione fra il pensiero e il suo 'fuori', tra l'esperienza e « l'astrazione nella sua funzione 'strumentale', funzione di atto e strumento di pensiero »⁽¹⁰³⁾; disponendosi ad accogliere come sempre possibile l'evento della contraddizione delle forme (è questa la famosa — ed incompresa — indifferenza alla contraddizione del prelogico lévy-bruhliano), e dunque, *à la* Derrida, « rendre l'impossible aussi possible que possible »⁽¹⁰⁴⁾, che è la condizione della sensibilità che apre alla continua necessità di riconsiderare, di decostruire le forme istituzionali date, acquisite

⁽¹⁰⁰⁾ Ivi, p. 68n.

⁽¹⁰¹⁾ Ivi, p. 66.

⁽¹⁰²⁾ Ivi, p. 65.

⁽¹⁰³⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁰⁴⁾ J. DERRIDA, *Hospitalité. Volume I. Séminaire (1995-1996)*, Paris, Seuil, 2021, p. 224.

(istituzioni culturali quali la lingua, la morale, il diritto, la politica), le quali solo a questa condizione rimangono forme e ‘fonti’ *dell’esperienza* ⁽¹⁰⁵⁾. L’esempio classico di tale dinamica, nell’opera di Grossi, rimane quella concernente la vicenda del *dominium utilis* medievale.

O ancora, come si può aggiungere in linguaggio più specificamente filosofico-giuridico richiamando Carbonnier: di movimento e permeazione, reciproca e « naturale » ⁽¹⁰⁶⁾, fra diritto e non-diritto tramite il « non, il vuoto, l’assenza » — ecco il mistico, il segreto all’opera nel movimento —, l’essenziale essendo,

nell’ipotesi del non-diritto, il *movimento* dal diritto al non-diritto, l’abbandono da parte del diritto di un terreno che occupava o che sarebbe stato di sua competenza occupare ⁽¹⁰⁷⁾.

Dunque, la « storicità » (movimento, elasticità, flessibilità) ⁽¹⁰⁸⁾ quale dimensione fondante per una prospettiva autenticamente « istituzionale » ⁽¹⁰⁹⁾, cioè ordinamentale e pluralistica — « ovviamente pluri-ordinamentale » ⁽¹¹⁰⁾, aliena da tentazioni potestative giuridico-assolutiste —, « recupero di forze plurali » ⁽¹¹¹⁾ in base alla quale sta o cade la fiducia verso quella prospettiva teorica.

Grossi usava correttamente dell’espressione di Carbonnier, *non-droit*, quale indicazione di movimento e flessibilità nell’adattamento organizzativo ⁽¹¹²⁾. Circa il *non-droit* in Carbonnier mi limito a segnalare il testo di C. GIBOIN, *L’éthique condamne-t-elle le droit? A*

⁽¹⁰⁵⁾ *Prima lezione di diritto*, pp. 76-79, spec. 76-77, *Mitologie giuridiche della modernità*, p. 173.

⁽¹⁰⁶⁾ CARBONNIER, *Flessibile diritto*, cit., p. 344 n. 8.

⁽¹⁰⁷⁾ Ivi, p. 27, la sottolineatura è nel testo.

⁽¹⁰⁸⁾ ORESTANO, *Introduzione al diritto romano*, cit., p. 68.

⁽¹⁰⁹⁾ *Prima lezione di diritto*, pp. 29-33 spec. 33.

⁽¹¹⁰⁾ Ivi, p. 73.

⁽¹¹¹⁾ *Incontro con Paolo Grossi*, p. 64.

⁽¹¹²⁾ Si veda *Le situazioni reali*, p. 5 n. 5, 14, *Pensée juridique*, p. 428 trad. p. 268 (su Carbonnier scienziato del diritto); *Mitologie giuridiche della modernità*, p. 219; *Prima lezione di diritto*, p. 83 (l’espressione compare anche nell’altra accezione invalsa nell’uso e qui accostata esplicitamente ad « anti-diritto »); *Grammatiche del diritto*, p. 123. Anche F.S. NISIO, *Il Giurista-Massa e il Non-Giurista. Jean Carbonnier filosofo*, in « Quaderni fiorentini », 41 (2012).

propos du non-droit de Carbonnier, in « Quaderni fiorentini », 51 (2022). Le rare volte che la *scientia iuris* italiana contemporanea cita Carbonnier, essa tace imbarazzata sul *non-droit*, di certo per incomprendimento della logica del suo movimento naturale. Altre volte, se pur capita ad essa di menzionare il lemma, il *non-droit* viene inteso nell'accezione luhmanniana, la quale peraltro è storicamente dipendente dalla *hypothèse* di Carbonnier e, soprattutto, è tutt'altro che una *hypothèse*, e men che meno viene compresa quale strumento di flessibilità nella relazione organizzativa, ordinamentale.

5. *Un certo grado di fusione.*

Passando al secondo autore annunciato, ed incamminandosi stavolta sulla via mediata, va fatto un passo ulteriore, rimasto non esplicitato nel volume del 2019 nondimeno già lì segnalato in bibliografia: il rapporto che Sartre medesimo, e con lui la filosofia esistenzialista (della quale già si sono ricostruite non poche tracce nell'opera grossiana), ebbe con lo stesso Lévy-Bruhl in tutte le epoche della propria vicenda intellettuale. Attestare al meglio questa relazione, nei limiti di spazio qui concessi, aprirà la strada anche per mostrare ulteriori prospettive circa gli influssi che hanno forgiato la mentalità della forma di vita grossiana, in dialogo con la quale egli è giunto ad elaborare le proprie opzioni fondamentali.

Per evidenziare il legame fra Sartre e Lévy-Bruhl, innanzitutto va ribadita l'estrema sensibilità che Sartre stesso aveva per la prospettiva antropologica: si veda la famosa intervista su *L'Anthropologie* ⁽¹¹³⁾. Sensibilità che impone di allargare l'indagine sul radicamento non solo fenomenologico di Sartre ma anche, se non soprattutto, in direzione della filosofia di Lévy-Bruhl ⁽¹¹⁴⁾, e dunque non solo verso i profili etno-antropologici di quella ricerca.

Altresì, va esplicitato al meglio il rapporto che connette i temi della partecipazione fra soggetto e cose al tema della situazione, dato che, come si è già veduto in più punti — da ultimo anche in

⁽¹¹³⁾ Si veda in « Cahiers de philosophie », 2 (1966), ried. in J-P. SARTRE, *Situations*, IX. *Mélanges*, Paris, Gallimard, 1972, pp. 83-97.

⁽¹¹⁴⁾ Sartre ebbe invece un rapporto conflittuale con Lévi-Strauss, P. GUENAN-CIA, *Des fourmis et des hommes: le débat Lévi-Strauss/Sartre*, in « Studi filosofici », 36 (2016), pp. 189-207.

Orestano, e come in generale si vedrà ancor meglio più innanzi —, il concetto di *situation*, centrale nella filosofia sartriana, è centrale pure in una prospettiva di esperienza giuridica della situazione, come può anche essere definita.

Si cominci dunque con la parola di un filosofo, Gilles Deleuze il quale dichiarò più volte il proprio debito verso Sartre, in particolare anche pubblicando nel 1964 un testo dal titolo *Il était mon maître* ⁽¹¹⁵⁾, anno in cui Sartre rifiutò il Nobel per la letteratura.

Si legge nello scritto deleuziano del 1980 dal titolo *Sartre*:

Sembra che la fenomenologia abbia avuto tre momenti: le grandi strutture hegeliane, poi la semiologia di Husserl, lo studio del senso e delle significazioni; ma infine qualcosa di molto differente comincia con Sartre. Sartre introduce nella fenomenologia tutta una pragmatica, e la converte in questa pragmatica. Perché la nozione essenziale della filosofia di Sartre resta quella di *situation*. La ‘situazione’ non è per Sartre un concetto tra gli altri, ma l’elemento pragmatico che trasforma tutto, e senza il quale i concetti non avrebbero né senso né struttura. Un concetto non ha né senso né struttura fino a che non è messo in situazione. La situazione è il funzionamento stesso del concetto. E la ricchezza e la novità dei concetti sartriani discende dal fatto che questi sono l’enunciato di situazioni e allo stesso tempo le situazioni sono concatenamenti (*agencements*) di concetti. La medesima storia si è ripetuta per la linguistica. [...] Una tale pragmatica non si aggiunge dal di fuori ai concetti, essa li traversa da parte a parte, determina i loro nuovi ritagli e i loro contenuti originali. È attraverso lo studio delle situazioni che Sartre fa sorgere i concetti che ha creato e imposto. Da *L’être et le néant*, la malafede sartriana non è separabile dalla messa in scena del ragazzo del caffè, come lo sguardo non lo è dal giardino pubblico in cui si esercita. Sebbene queste *mises en scène* a loro volta non appaiano come letterarie o teatrali, ma come l’elemento pragmatico che unisce, nel profondo del pensiero sartriano, la filosofia, il teatro, la letteratura. [...] E se c’è stata un’evoluzione di Sartre, non fu in ragione di circostanze esteriori, né per semplice confronto con il marxismo, ma perché la

⁽¹¹⁵⁾ G. DELEUZE, *Il était mon maître*, in « Arts », 28 dicembre 1964, pp. 8-9, trad. in ID., *L’isola deserta e altri scritti*, Torino, Einaudi, 2007, pp. 95-99. Sul rapporto di Deleuze con Lévy-Bruhl, cfr. più punti in NISIO, *Lucien Lévy-Bruhl*, cit.

nozione di situazione rivelava sempre più il suo tenore collettivo e politico [...] ⁽¹¹⁶⁾.

All'interno del testo appena letto, al di là della magistrale e sintetica esemplificazione storico-concettuale offerta circa la nozione di *situation*, bisogna sottolineare la rilevanza, ai fini della presente riflessione, del richiamo alla « pragmatica », ai « fattori pragmatici » nella filosofia sartriana, e dunque al fatto che « un concetto non ha né senso né struttura fino a che non è messo in situazione ».

In generale sul lemma *situazione* in filosofia, si vedano le voci *Situazione* in *Dizionario di filosofia*, cit., e *Situation* in *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* (1902-1923) di A. Lalande. Per Sartre nello specifico, F. LAISO, *La 'circostanza' di Ortega e la 'situazione' di Sartre*, in « Filosofia e nuovi sentieri », 2012. Sul debito che anche Debord aveva con Sartre, P. SABOT, *Situation(s) — entre Sartre et Debord*, pp. 21-37, e P. MACHERAY, *Debord et l'expérience de la dérive*, pp. 40-53, entrambi in *Situations, dérives, détournements. Statuts et usages de la littérature et des arts chez Guy Debord*, Paris, Les Presses du Réel, 2017. Anche P. MACHERAY, *Guy Debord: dallo spettacolo al contro-spettacolo* (2005), in *Dal pensiero critico. Filosofie e concetti per il tempo presente*, Sesto San Giovanni (Milano), Mimesis, 2015.

Deleuze ha specificato in direzione del linguaggio e dell'enunciazione la prospettiva di analisi dei fattori pragmatici della *situation*, e nulla vieta di traslare anche nell'ulteriore ambito istituzionale giuridico la medesima prospettiva, come a breve si farà, anche se tracce di questa metamorfosi sono già emerse attraverso molteplici riferimenti e suggestioni provenienti dalle parole del giurista e pragmatico fiorentino Grossi, e poi di Carbonnier ed Orestano.

Ma si rimanga ancora su Sartre: già nel 1997 Howard Davies aveva parlato di « mobilization of Lévy-Bruhl » ⁽¹¹⁷⁾ da parte del

⁽¹¹⁶⁾ G. DELEUZE, *Sartre* (1980), in *Deleuze épars*, Paris, Hermann, 2005, pp. 39-47, trad. in G. GIOLI, *Deleuze lettore di Sartre. Dissoluzione dell'Ego ed emergenza del campo trascendentale*, tesi di dottorato, Università di Parma, 2008, pp. 181-182.

⁽¹¹⁷⁾ H. DAVIES, *Sartre and the mobilization of Lévy-Bruhl*, in « French Studies », 4 (1997), pp. 422-431.

filosofo e letterato esistenzialista francese durante il periodo della Prima guerra mondiale, a cominciare dal 1939 che fu appunto l'anno della sua effettiva mobilitazione al fronte, e che fu anche quello della morte di Lévy-Bruhl.

Lévy-Bruhl rappresentò « an important thread in the intellectual fabric into which Sartre grew »⁽¹¹⁸⁾, e di questo filo viene mostrata la presenza nelle riflessioni sulla magia delle immagini a partire già dalle opere giovanili e fenomenologiche, per esempio ne *L'Imaginaire* del 1940 oltreché, per l'appunto, nei *Carnets de la drôle de guerre* scritti nel periodo di coscrizione al fronte (poi ritrovati ed editi, anch'essi postumi, solo nel 1995), testi nei quali la presenza del magico e della dimensione della partecipazione e del prelogico viene esemplificata ulteriormente.

Come scrive Davies, per Sartre

War is *potlatch*, a regime of destruction in which objects are 'sorci-ers'; objects are bewitched and bewitching, destructive and destructible...⁽¹¹⁹⁾.

Mi limito a queste poche segnalazioni dal breve ed intenso testo di Davies del 1997 anche per dare spazio ad un'ulteriore e più recente conferma in argomento: il rapporto tra Sartre e Lévy-Bruhl è stato infatti ulteriormente sottoposto ad analisi nel 2021, in un volume di un altro studioso di Sartre, Grégory Cormann, il quale prolunga nel dettaglio ed indaga ulteriormente su quel legame, anche direttamente sulla scia del lavoro di Davies. Si tratta del corposo volume *Sartre. Une anthropologie politique 1920-1980*, nel quale Cormann scrive un *Épilogue* conclusivo dal titolo *Sartre avec Lucien Lévy-Bruhl, de 1935 à 1920: la fin du mythe de la colonisation civilisatrice*⁽¹²⁰⁾. Stavolta, è la questione centrale della politica francese negli anni Venti e Trenta a passare sotto la lente d'osservazione dello studioso di un Sartre anti-colonialista, il quale trova in

⁽¹¹⁸⁾ Ivi, p. 422.

⁽¹¹⁹⁾ Ivi, p. 426.

⁽¹²⁰⁾ G. CORMANN, *Sartre. Une anthropologie politique 1920-1980*, Bruxelles, Peter Lang, 2021, p. 349 e ss. Si veda anche I. GJERGJ, *'Uccidete Sartre!' Anticolonialismo ed antirazzismo di un revenant*, Verona, ombre corte, 2018.

Lévy-Bruhl, controfattualmente rispetto alla *vulgata* interpretativa concernente le sue opere ‘etnologiche’, un alleato di tutto rispetto.

Già Davies aveva indicato al meglio come la dinamica politica sartriana andasse letta in rapporto alle categorie medesime della filosofia da lui elaborata fino a quel momento anche in dialogo con Lévy-Bruhl, poi ulteriormente articolata in prospettiva:

As far as [Sartre’s] ethnography of himself is concerned [in the *Carnets*], it is also true that he feels as though rendered null and void by conscription and consigned to an ‘anonymat primitif’; none the less, it is precisely from this state of *délaissement* that he requires his *Carnets* to retrieve him; it is in them that his quest for *authenticité* takes shape and that the acknowledgement of *engagement* crystallizes. I rehearse the technical terms deliberately, in order to stress how far the *Carnets* afford a precious opportunity to witness Sartre *en situation* ⁽¹²¹⁾.

Dunque ancora la *situation*, il punto centrale dell’intreccio che tiene insieme, in questa presente mia lettura *philosophice atque sub specie situs*, Grossi con Lévy-Bruhl e con la prospettiva esistenzialista, esperienziale ed anche situazionista.

Insomma, ci sono tracce e più che tracce della circostanza che il progetto (non solo) storiografico di Grossi — il suo pragmatismo storico-giuridico fiorentino — abbia trovato un valido conforto nel coevo ambiente filosofico esistenzialista francese. E in vista del passaggio alla considerazione della problematica in chiave esplicitamente tecnico-giuridica, ecco un’ultima evidenza dell’influsso sartriano sull’opera grossiana.

Se il richiamo all’« anonymat primitif », di cui si è appena letto in Davies interprete di Sartre, per l’aggettivo *primitif* fa pensare esplicitamente a Lévy-Bruhl; invece, per il sostantivo *anonymat* rimanda alla sfera del collettivo come descritta dal Sartre della *Critique de la raison dialectique* negli anni Sessanta, avendo anche sotto gli occhi i noti eventi storici coevi. Pur sempre rimanendo caratteristica specifica delle forme primitive dell’esperienza sociale, Sartre nondimeno cercava di evidenziare nel collettivo anche la

(121) DAVIES, *Sartre and the mobilization of Lévy-Bruhl*, cit., p. 426.

dimensione possibile di libertà individuale, realizzantesi nella « totalizzazione », nell'*auto*-organizzazione, praticata all'interno di « gruppi in fusione » intesi come un collettivo rimesso continuamente in gioco dalla sua stessa *praxis*, e non solo esposto in modo oscillante alla ricaduta nel « pratico-inerte ».

Tema questo, della « fusione », il quale — oltrech  essere visibile nella descrizione che Grossi offre, « col valore oggettivo della testimonianza », del proprio « itinerario di consapevole immedesimazione fra l'esistenza di una persona e il diritto » ⁽¹²²⁾ — viene da lui ripreso esplicitamente nell'articolazione della visione « ordinamentale » e pluralistica del diritto e dell'*auto*-organizzazione, ovvero della possibilit  del « diritto senza Stato », per richiamare il suo testo del 1996 in tema di *autonomia* come fondamento della costituzione giuridica medievale ⁽¹²³⁾.

Visione con la quale ci si riferisce a

Un'opera superindividuale che la coscienza comune, grazie alla costante ripetizione di comportamenti individuali, proietta al di fuori e al di sopra della labilit  dei singoli impulsi e volont , costituendo quel nodo di rapporti organizzativi funzioni valori in cui l'istituzione consiste, quel nodo che viene ad assumere una realt  *autonoma* con una sua vita stabile all'interno dell'esperienza sociale ⁽¹²⁴⁾,

della quale

elementi portanti non sono pi  i rapporti, collegamenti individualisticamente segnati, ma le strutture comunitarie grandi e piccole in cui i rapporti *si fondono* dando vita a tante unit  esperienziali; [ ] il primato della integrazione sociale e collettiva del singolo soggetto ⁽¹²⁵⁾.

E ancora:

⁽¹²²⁾ *La vita nel diritto*, p. 21.

⁽¹²³⁾ P. GROSSI, *Un diritto senza Stato (la nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)*, in « Quaderni fiorentini », 25 (1996), pp. 267-284.

⁽¹²⁴⁾ *Prima lezione di diritto*, p. 30.

⁽¹²⁵⁾ *Il diritto tra potere e ordinamento*, p. 42.

Organizzazione — momento essenziale, insieme alla osservanza, della cifra tipizzante del diritto — significa congiunzione e coordinazione di persone, cose ed azioni, ma anche *un certo grado di fusione* nel senso di perdita della completa insularità, quella perdita che — sola — può approdare al risultato dell'ordinamento ⁽¹²⁶⁾.

L'osservanza del linguaggio e del diritto è una sorta di cooperazione collettiva in cui il gesto di sottomissione si colora di spontaneità ma anche si oggettivizza ⁽¹²⁷⁾.

Con quest'ultima indicazione si è adesso in condizione di transitare — pur troppo velocemente — per la riflessione della dogmatica in tema di situazione giuridica, giungendo a mostrare l'operatività di quell'intreccio anche nel campo della tecnica giuridica, dunque sotto il profilo più specifico della pratica.

6. *Esperienza giuridica delle situazioni.*

« Une science est une langue bien faite », scriveva nel 1963 Paul Roubier nella *Préface* al proprio volume *Situations juridiques et droits subjectifs* ⁽¹²⁸⁾.

Sul civilista francese si veda D. DEROUSSIN, *Roubier, Paul*, in *Dictionnaire historique des juristes français (XII^e-XX^e siècle)* (2007), Paris, Quadrige/PUF, 2015²; lo stesso autore ha scritto anche la *Préface* alla riedizione 2005 delle *Situations juridiques*. Roubier fu, fra molte altre cose, pure direttore delle *Archives de philosophie du droit* dal 1951 al 1957.

Del civilista francese si fa qui menzione perché sarà in riferimento alla sua autorità che Grossi, ne *Le situazioni giuridiche*, legitimerà il passaggio dal linguaggio dei diritti reali a quello delle situazioni reali. Rinvio alla *Prefazione* di quel volume, nella quale la trasformazione è in atto nelle pagine da V a VII e dove poi verrà

⁽¹²⁶⁾ *Ordinamento*, p. 209.

⁽¹²⁷⁾ *Prima lezione di diritto*, p. 28.

⁽¹²⁸⁾ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques* (1963), ried. Paris, Dalloz, 2005, p. II.

giustificata alle pp. 6-9, con riferimento diretto a Roubier nel seguente passaggio:

L'esperienza giuridica medievale mal si presta ad una interpretazione che parta dai consueti punti obbligati del *diritto soggettivo* e del dogma della volontà [in nota: *che sono i punti obbligati di una costruzione individualistica dell'ordine giuridico, con richiamo alla Teoria generale del negozio giuridico di Betti*], ed è per questo che lo schema latissimo e, per così dire, agnostico della '*situazione reale*', proprio perché assume a suo unico contenuto l'inserimento d'una problematica 'umana' nella realtà esteriore e ne coglie le reazioni dall'angolo visuale giuridico senza implicare necessariamente una scelta a favore del soggetto nel gioco delle forze fra uomo e '*rerum natura*', è l'unico schema storicamente valido per il momento che si vuole indagare [in nota: *chi volesse caratterizzare meglio lo schema della 'situazione' in confronto soprattutto a quello del 'diritto', può vedere P. Roubier, Droits subjectifs et situations juridiques, p. 52 e ss.*] (129).

Grossi utilizzerà il linguaggio delle situazioni in tutte le fasi dell'attività scientifica: « situazioni soggettive naturali » del giusnaturalismo e della Rivoluzione (proprietà *in primis*, libertà, sicurezza, uguaglianza) (130); in tema di diritti (libera espressione del pensiero, libertà religiosa, libera circolazione, ecc.) (131); nell'operato delle Corti sulle « situazioni soggettive protette » (132), ed anche a proposito delle « situazioni di dovere » (133).

Non si può qui scendere nell'analisi dogmatica (civilistica, e non solo) concernente le *situations juridiques* nel volume di Roubier, nondimeno va segnalato l'interesse che la questione ha sollevato, al di là dell'ambito storico-giuridico come già attestato in Grossi, anche nel dibattito giusfilosofico e di teoria generale del diritto, nonché di sociologia giuridica, contesto ricostruito nel 1969 da Vittorio Frosini per l'epoca dello strutturalismo giuridico e la « crisi

(129) *Le situazioni reali*, p. 8 n. 10.

(130) *Il diritto tra potere e ordinamento*, p. 17, *L'Europa del diritto*, p. 118.

(131) *Prima lezione di diritto*, pp. 113-114.

(132) *Incontro con Paolo Grossi*, p. 62.

(133) Ivi, p. 115, *Mitologie giuridiche della modernità*, p. 190.

del soggetto del diritto »⁽¹³⁴⁾. Tema che poi fu ripreso dal figlio pubblicista, Tommaso Edoardo Frosini, per le nuove *situations juridiques atypiques* (trasformazioni dei costumi sociali e ruolo della donna, mobilità nei rapporti di lavoro, leggi sul divorzio, condizione dei rifugiati e degli immigrati)⁽¹³⁵⁾. Senza dimenticare i contributi offerti da Cordero⁽¹³⁶⁾, e dallo stesso Orestano nel 1960 in tema di « diritti senza soggetto »⁽¹³⁷⁾.

T.E. Frosini sottolinea come, in questa trasformazione del linguaggio della dogmatica giuridica e della sensibilità della giurisprudenza, sia stato generale l'influsso della nuova attenzione offerta, in filosofia, alle condizioni dell'esistenza:

Dans la pensée européenne de la seconde moitié de ce siècle, le terme *situation* a eu su succès et connu une diffusion dans le domaine de l'éthique *sous l'impulsion de la philosophie existentialiste*, dans laquelle le sujet-homme était considéré en fonction non d'une règle de type légaliste, appartenant à un code de préceptes moraux et donc abstraits comme une norme juridique, mais plutôt, à l'inverse, de l'action du sujet humaine à juger pris en référence, par rapport à *la situation réelle et concrète* dans laquelle il était placé. [...] ⁽¹³⁸⁾.

⁽¹³⁴⁾ V. FROSINI, *Il soggetto del diritto come situazione giuridica*, in « Rivista di diritto civile », XV (1969), pp. 227-242, e *Situazione giuridica*, in « Novissimo Digesto Italiano », XVII, 1970, pp. 468-471.

⁽¹³⁵⁾ T.E. FROSINI, *Situation juridique*, in *Dictionnaire encyclopédique*, cit., dove si può consultare anche una sintetica bibliografia di riferimento per la letteratura della dogmatica europea fino alla fine degli anni Sessanta. Si veda anche A. BILYACHENKO, *La circulation internationale des situations juridiques*, thèse pour le doctorat en droit, Université de La Rochelle, 2016.

⁽¹³⁶⁾ F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 1957.

⁽¹³⁷⁾ R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in « Jus », 1960, pp. 149-196, spec. 188-196.

⁽¹³⁸⁾ FROSINI, *Situation juridique*, cit., p. 554. Sartre ebbe attenzione alle questioni giuridiche fin da giovane, è del 1927 l'articolo su *La théorie de l'État dans la pensée française d'aujourd'hui*, su cui E. ARRIETA, *The law in the philosophy of Jean-Paul Sartre*, in *Reflexões contemporâneas sobre direitos humanos*, Santo Angelo (Brasil), FuRi, 2016, pp. 79-114; in generale N. POULANTZAS, *La critique de la raison dialectique de J.-P. Sartre et le Droit*, in « Archives de philosophie du droit », 10 (1965), pp. 83-110.

7. « *Figure astratte proiettate da una lanterna magica...* ».

Il progetto culturale complessivo perseguito da Grossi nella sua lunga vita è stato in continuo movimento ⁽¹³⁹⁾, « un'azione intellettuale mai appagata di se stessa » ⁽¹⁴⁰⁾, anche basata sul « diretto colloquio personale » ⁽¹⁴¹⁾ ed animata da una « visione critica » ⁽¹⁴²⁾.

All'inizio degli anni Settanta io avevo già cominciato una serrata critica alla civiltà moderna, da me identificata in una civiltà borghese, monoclasse ed economicamente elitaria, con una valutazione decisamente *ideologica*, che un marxista avrebbe potuto tranquillamente ritenere congeniale, e che fece, non a torto, storcer la bocca a taluni imperterriti *laudatores* del vecchio Stato di diritto di stampo liberale. Mi piccai di volere quel sostantivo di grosso impegno [‘pensiero giuridico’ nell’intitolazione del mio progetto] perché, pur avendo aderito all’uso di parecchi strumenti diagnostici marxiani, concepivo l’uomo come un soggetto che, anche se immerso nelle strutture e trovando in essi possibili condizionamenti, era pur capace di costruire con le sue forze intellettuali e spirituali e, grazie a queste, di vincere le resistenze strutturali. Parlar di ‘pensiero’ significava per me sottolineare la libertà e la dignità dell’uomo pensante/volente. E il sintagma ‘pensiero giuridico’ significava una dimensione complessa ⁽¹⁴³⁾.

Molteplici furono le manifestazioni di quell’ansia progettuale in prospettiva « critica »: ricerca scientifica e didattica accademica; scrittura di saggi e volumi; fondazione d’una scuola e costituzione d’un centro di studi o « piccola comunità scientifica » ⁽¹⁴⁴⁾; creazione d’un foglio e d’una *Biblioteca*; contatti internazionali su scala interdisciplinare planetaria; ideazione ed organizzazione di molte

⁽¹³⁹⁾ Si ricordi l’espressione di Villey, *retro* p. 133.

⁽¹⁴⁰⁾ *Uno storico del diritto*, p. 12.

⁽¹⁴¹⁾ *Ivi*, p. 87.

⁽¹⁴²⁾ *Mitologie giuridiche della modernità*, p. 197.

⁽¹⁴³⁾ *Il diritto in una società che cambia*, p. 49.

⁽¹⁴⁴⁾ *Uno storico del diritto*, pp. 75-76, *Oltre le storie nazionali*, §§ da 7 a 10, *Incontro con Paolo Grossi*, p. 40.

plici incontri di studio; senza dimenticare il giudice in Vaticano, e il giudice costituzionale nonché presidente di quella corte.

Questa ricchezza d'opera ha tutti gli elementi per esser interpretata attraverso la lente della metamorfosi, in dimensione giuridica, d'una visione situazionista — un situazionismo giuridico di stile fiorentino —, sicché chiudo mostrando in qual modo le tesi di Debord sullo « spettacolo » riecheggino nell'opera grossiana.

In tal modo raccolgo anche la sfida posta al lettore del volume del 2019 (lettore che anch'io, nel frattempo, sono diventato) nelle poche righe di quello che, lì, definivo « un accostamento davvero creativo » riferendomi al teorico parigino degli anni Cinquanta e Sessanta, autore fra altre cose anche del già citato *Rapport sur la construction des situations* nel 1957, anch'egli in dialogo con la filosofia sartriana.

Non va evidenziata la presenza della metafora scopica o della visione (lo *spècere* o *spectare*, 'guardare') nell'*opera omnia* di Grossi: per coglierne la centralità basta aprire una pagina qualsiasi delle sue opere, pagina nella quale egli stia riflettendo sul tema metodologico. Ma come ha mostrato Debord, quello sguardo — che è anche comunità di sguardi, pluralità di prospettive nell'agire — rischia sempre di restare irretito nelle trame dello « spettacolo », termine col quale non si indica il semplice soddisfacimento della pulsione tramite la moltiplicazione di palcoscenici e schermi sui quali viene rappresentata un'azione, bensì soprattutto lo strumento attraverso il quale,

Nelle società nelle quali predominano le condizioni moderne di produzione, [...] [*si determina un*] settore che concentra ogni sguardo ed ogni coscienza, [...] luogo dell'inganno dello sguardo [...] nel costituire il modello presente della vita socialmente dominante, l'affermazione onnipresente della scelta già fatta nella produzione, e il suo consumo conseguente ⁽¹⁴⁵⁾,

operazione con la quale si favorisce l'addormentamento indotto dalla condizione passiva, dunque l'impedimento in direzione dell'azione necessaria nella forma di vita.

Nelle parole di Debord:

(145) DEBORD, *La Société du Spectacle*, cit., §§ 1, 3, 6.

Quanto più la necessità viene ad essere socialmente sognata, tanto più il sogno diviene necessario. Lo spettacolo è il cattivo sogno della società moderna incatenata, che non esprime in definitiva se non il suo *desiderio di dormire*. Lo spettacolo è il guardiano di questo sonno ⁽¹⁴⁶⁾.

E nelle parole di Grossi:

Il vizio peggiore del giurista è la *pigrizia*. Quando, con la codificazione, i giuristi sono stati espropriati della produzione del diritto [...] si sono adeguati al ruolo di esegeti, che è un *ruolo passivo*, e si sono accontentati di questa minestra di lenticchie che veniva offerta loro. Noi abbiamo perciò un vizio da dominare e da eliminare, ed è la *pigrizia* ⁽¹⁴⁷⁾.

Come già si è letto ⁽¹⁴⁸⁾, Debord ha parlato dello « spettacolo » — cioè dell'« erede di tutta la *debolezza* del progetto filosofico occidentale, che fu pure una comprensione dell'attività, dominata dalle categorie del *vedere* » ⁽¹⁴⁹⁾ — come di ciò che, « contrario del dialogo », sottrae attività agli esseri umani, impedendo di riconsiderare e correggere la propria opera, sicché « ovunque vi è *rappresentazione* indipendente, lo spettacolo si ricostituisce ». E si ricostruisce anche in campo giuridico con l'esegesi del testo legislativo, che è espropriazione dell'attività fondamentale in campo giuridico, l'*invenzione* del diritto ⁽¹⁵⁰⁾.

Grossi era ben consapevole del problema « spettacolare », precisamente nel senso *radicale* posto da Debord, e non solo in quello della *vulgata* invalsa nella 'società dello spettacolo' contemporanea — appunto, il concetto di « spettacolo » come semplice riferimento alla pervasività della sfera mediatica. Grossi esprime come « mitologia » ciò che Debord intende per « spettacolo », riferendosi con consapevolezza a quella « impenetrabile muraglia

⁽¹⁴⁶⁾ Ivi, § 21.

⁽¹⁴⁷⁾ *Incontro con Paolo Grossi*, p. 43, *Diritto tra potere e ordinamento*, pp. 47, 48, 58, *Mitologie giuridiche della modernità*, p. XIII (« Immobilità sonnolenta » dei giuristi continentali).

⁽¹⁴⁸⁾ *Retro*, p. 127.

⁽¹⁴⁹⁾ DEBORD, *La Société du Spectacle*, cit., § 19, le sottolineature sono nel testo.

⁽¹⁵⁰⁾ Nel senso esplicitato nel volume omonimo di Grossi.

cinese che la civiltà moderna, seguendo una occhiuta strategia di controllo per la dimensione giuridica, ha eretto tra *ius* e *facta* » (151).

Ebbene, tale muraglia — di immagini, immateriali ma al contempo davvero pesanti e dure, un esempio ne è la statua della *lex* sulla copertina di *Mitologie giuridiche della modernità* —, tale muraglia tra la legge dello Stato moderno e i fatti (fra i quali l'esperienza giuridica plurale vissuta dalla massa dei consociati) non è altro che una mentalità basata su « credenze » mitologiche e dunque astratte (democrazia, volontà generale della nazione, Parlamento come voce normativa tramite produzione legislativa, principio di legalità) (152). Il problema, si badi, non sono quelle figure bensì la loro irrealità se staccate dalla vita e dall'azione, se oggetto di pura « contemplazione » in uno « spettacolo », e dunque di « passiva credenza » (153), di sottomissione

in un mondo popolato dalle figure astratte proiettate da una *lanterna magica* sapientemente manovrata (154).

Grossi adatta all'epoca di riferimento (il XVIII-XIX secolo illuminista e giusnaturalista, tempo dell'affermarsi dello Stato moderno) il richiamo alla tecnica spettacolare, e ne parla dunque in termini del più diretto antecedente della proiezione cinematografica (peraltro, proiezioni con lanterna magica si effettueranno ancora per molto tempo dopo l'invenzione del cinema).

Ma i termini tecnici sono tutti lì, ad indicare che proprio di « spettacolo » si tratta (teatro, regia, palcoscenico):

La riduzione ha avuto ed ha le sue valenze positive: il paesaggio giuridico è semplice, pertanto è chiaro; illuminato da una *sapiente regia centralistica* è anche armonioso, [...] è un *palcoscenico* giuridico popolato di modelli formali estratti da un irreal mondo preistorico

(151) P. GROSSI, *Enrico Finzi, un innovatore solitario*, in FINZI, "L'officina delle cose", cit., p. XVI.

(152) *Mitologie giuridiche della modernità*, pp. 45-49.

(153) *Il diritto in una società che cambia*, p. 61.

(154) *Mitologie giuridiche della modernità*, p. 7.

e tutti soggetti individui, dei quali due soli fungono da protagonisti, lo Stato-persona e l'individuo abbiente ⁽¹⁵⁵⁾.

Il paesaggio socio-giuridico, che gli intelligenti giuristi borghesi avevano fissato nelle mirabili armonie del Codice civile, sembra ormai uno di quei *fondali di teatro* dove sono dipinte oleografie artificiali ed irreali ⁽¹⁵⁶⁾.

Questo è, propriamente, il « potere » all'opera nella « dialettica » ⁽¹⁵⁷⁾ con l'« ordinamento » per il controllo del diritto, vicenda a tre esibita fin nel titolo dell'aureo libriccino grossiano. E « potere » è termine decisivo anche nella filosofia di Debord: in esso trova la propria radice lo spettacolo, vale a dire

Nella più vecchia specializzazione sociale, la specializzazione del *potere*, che *parla per l'insieme* delle altre [specializzazioni] [...] e dove ogni altra parola è bandita ⁽¹⁵⁸⁾, [un] discorso ininterrotto che l'ordine presente tiene su se stesso, il suo *monologo* elogiativo. È l'autoritratto del potere all'epoca della gestione *totalitaria* delle condizioni di esistenza. L'apparenza feticista di pura oggettività nelle relazioni spettacolari nasconde il loro carattere di relazione fra esseri umani e fra classi: una seconda natura sembra dominare il nostro ambiente con le sue *leggi fatali*. [...] La scissione generalizzata dello spettacolo è inseparabile dallo *Stato* moderno, vale a dire dalla forma generale della scissione nella società, prodotto della divisione del lavoro sociale e organo del dominio di classe ⁽¹⁵⁹⁾.

⁽¹⁵⁵⁾ Ivi, p. 50.

⁽¹⁵⁶⁾ *Prima lezione*, p. 66. Un felice anacronismo nel 1972: «Jacopo Almain, teologo della *nouvelle vague* parigina [!] fra il Quattrocento e il Cinquecento... », *Il dominio e le cose*, p. 144 n. 67, il punto esclamativo è mio e Godard e Truffaut non sono lontani. *La nouvelle vague de la sociologie juridique* è titolo dell'*Introduction* in NISIO, *Jean Carbonnier*, cit. Sul cinema antispettacolare, F.S. NISIO, *Manoel de Oliveira. Cinema, parola, politica*, Recco (Ge), Le Mani, 2010, spec. pp. 109-186.

⁽¹⁵⁷⁾ « La dialettica è la madre della scienza, ma dialettica significa confronto, analisi critica della posizione altrui, problematizzazione », *Incontro con Paolo Grossi*, pp. 29 e 50.

⁽¹⁵⁸⁾ DEBORD, *La Société du Spectacle*, cit., § 23.

⁽¹⁵⁹⁾ Ivi, § 24. Del « mantenere tutti nella parola » tratta l'epilogo di F.S. NISIO, *Comunità dello sguardo. Halbwachs, Sgalambro, Cordero*, Torino, Giappichelli, 2001,

Non si può aggiungere altro al veloce confronto fra Grossi e Debord, dunque il lettore dev'essere lasciato al dialogo diretto con la ricchezza dei testi finora richiamati, auspicabilmente all'interno di una comunità di ricerca e di didattica dove affinare sempre più la sensibilità, la capacità d'ascolto di voci che provengono senza sosta dal campo di vita del diritto, un campo sempre in movimento.

volume dove si riflette sulla plurale molteplicità di prospettive nell'umano (il bene), sul bisogno di credere (l'etica).

FRANCESCO M. DE SANCTIS

PAOLO GROSSI. CON NOI (*)

1. La storia del diritto di Paolo Grossi si è imposta, in Italia e all'estero, per l'insofferenza nei confronti sia di ogni delimitazione localistica, sia di ogni eccessiva specializzazione cronologica o filologica, di ostacolo, entrambe, alla forza comparatistica e alla tensione storico-dialettica che solo un'ampia campitura temporale e spaziale permette. E quella di Paolo fu campitura amplissima: diritto medievale, moderno e contemporaneo o, come egli forse preferiva, diritto medievale moderno e postmoderno. Chiunque abbia dato anche solo un rapido sguardo al suo *L'Europa del diritto* ⁽¹⁾ non avrà potuto non restare incantato dalla maestria con cui l'Autore ci affida ad ogni pagina il compito di abitare la nostra casa europea rivisitandola dalla prospettiva del diritto. E casa, più che patria, proprio perché un'abitazione costruita, in quelle splendide pagine, con i materiali peculiari al diritto e, in particolare, a quel diritto che alla modernità appare solo privato. Forse oggi è più facile per tutti capire fino in fondo il valore rivoluzionario di un libro come *Un altro modo di possedere*. *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria* ⁽²⁾ che riusciva a fare di una vicenda apparentemente appartata nella scienza giuridica italiana tardo ottocentesca il nodo di un problema urgente per la coscienza giuridica europea, perché riemerso dopo una lunga rimozione operata dalla egemonia politico-giuridica dell'individualismo possessivo confortato dalla logica romanistica del *dominium*. Se un fatto apparentemente così provinciale rispetto alla scienza ufficiale dell'Italia postu-

(*) Escluso il primo capoverso, non ho considerato, nell'uso dei verbi riferiti a Paolo, le forme del preterito adatte alla presenza del Maestro nel nostro pensiero.

⁽¹⁾ Roma-Bari, Laterza, 2007.

⁽²⁾ Milano, Giuffrè, 1977.

nitaria aveva una tale articolazione di dibattito europeo sul multiverso delle proprietà nell'intero mondo, che senso poteva avere negli anni settanta del secolo ventesimo, anni in cui Grossi scriveva il suo libro, parlare ancora di 'storia del diritto italiano' contando e ricontando « tutti i peli della barba di Teodorico o di Rotari »⁽³⁾? Paolo Grossi, la sua Scuola e la presenza internazionale del Centro di studi da Lui fondato e dei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* a cui dette vita negli anni Settanta del secolo scorso, hanno compiuto ormai una vera rivoluzione scientifica nell'università e nella mentalità del giurista, non soltanto in Italia, non soltanto in Europa. E le numerosissime lauree conferite a Paolo *honoris causa*, di qua e di là dell'Atlantico, sono il segno tangibile del riconoscimento di tale rivoluzione.

Dunque 'storia del diritto'; ma attenzione, non tanto perché il diritto *ha* una storia, il che potrebbe anche apparire scontato, ma soprattutto perché *il diritto è storia*. Diritto è quel 'fatto' sociale dalla cui prospettiva si illumina in modo peculiare la storia che disegna, conferendole anche, a volte, come vedremo, una specifica periodizzazione che apre o contrae quelle usuali. Come storia il diritto manifesta la sua 'onticità' « ossia — spiega Grossi — il suo carattere di fondazione riposta d'una comunità, realtà di radici appartenente alla natura stessa del corpo sociale »⁽⁴⁾. Queste radici sono valori costitutivi della convivenza, non superfetazioni ideologiche ma strutture portanti della vita: essi sono al tempo stesso fondamento e motore della storia intesa non tanto come potenza differenziatrice dell'umano rispetto alla natura, quanto come la più intima e profonda naturalità propria dell'uomo, pur senza alcuna nostalgia per il giusnaturalismo⁽⁵⁾. Qui la storia non si contrappone alla vita e alla

⁽³⁾ Ivi, pp. 199-200.

⁽⁴⁾ *Il diritto tra potere e ordinamento*, in *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 163-201, a p. 166.

⁽⁵⁾ La critica di Grossi al giusnaturalismo come fenomeno ripreso in maniera strategica dal Moderno, anch'esso usato come semplificatore di complessità, astrazione dalla fattualità della vita, è essenziale e severa. Il giusnaturalismo infatti pensa l'uomo astraendo dalla storia e assolutizzando la sua presunta immediatezza di unità psico-fisica elementare. Da questa prospettiva l'ordine appare un artificio funzionale all'individuo, conseguito con un atto di volontà che, nei confronti delle cose, si manifesta come *dominium* assoluto e, nei confronti degli altri uomini, come alienazione-oggettivazione

natura che in essa urge, ma ne è la sua più compiuta manifestazione poiché la vita dell'uomo accade solo come storia, nella tensione tra destino e progetto. Il *Sein*, con la sua dimensione anacastica, è epifania di un *Sollen* che dal profondo degli strati della storia ne governa il senso. La storia è quel movimento critico nella e della esperienza che, con il suo carico di eccedenza di 'senso', consuma le certezze in ogni stazione in cui il movimento sembra riposare per esser colto e, come storia del diritto, pone in crisi ogni assolutizzazione della scienza e dell'ideologia giuridica. Ciò è possibile, per Grossi, solo se lo storico del diritto (ancorché munito di tutto lo strumentario disciplinare che lo rende professionalmente ineccepibile) è prima di tutto ed essenzialmente giurista, ossia padrone di un sapere tecnico-scientifico dotato di una forte autonomia epistemica e metodologica. Forse il messaggio più costante di Paolo è che il giurista per essere completo non può ignorare la storicità del proprio oggetto di studio e di lavoro e pertanto lo storico del diritto è il giurista che ha piena consapevolezza di tale oggetto; consapevolezza che, nella misura in cui, per il diverso raggio di osservazione e per la diversa profondità di campo, si rende immune da qualsivoglia assolutizzazione, diventa consapevolezza critica. La storia del diritto è la consapevolezza critica del diritto vigente, la consapevolezza dell'effimera presenza del presente che tenta di eternarsi nella vigenza. La storia del diritto, allora, non è una semplice garnitura culturale che serve a « lardellare » la formazione del giurista posi-

della volontà di ciascuno in una volontà generale che ipostatizza il macro soggetto 'sovrano', dalla cui volontà, emancipata da 'tutti' proprio per esser generale, ci si aspetta ogni ordine e ogni diritto. Individuo destinatario di comandi e Stato sovrano monopolizzatore della loro creazione sono i due cardini attorno a cui ruota il giusnaturalismo nel proporre, solo apparentemente, il diritto naturale come matrice e orizzonte critico del diritto positivo. Così il diritto storico delle comunità, quello che accompagna e custodisce la natura dell'uomo, viene sostituito da un diritto astratto dalla storia, considerato naturale proprio per questa sua astrazione, la cui attuazione sociale viene affidata a quello che Grossi indica come il 'grande burattinaio', lo Stato, che legittima la possibilità di tirare tutti i fili della vita sociale e perciò stesso, espropriando la società dalla sua capacità ordinante, lascia crescere, indisturbate, entropiche sacche di disordine e di anomia. In una società non esautorata dallo Stato, come quella medievale, nulla di più positivo si darebbe del diritto 'naturale', come quel diritto che germoglia dal basso realizzando l'ordine 'intelligente', più che quello 'volontario' che cala dall'alto in forma meramente imperativa.

tivo, essa piuttosto rappresenta proprio la più compiuta contezza della funzione ordinante del diritto nell'estrema mutevolezza dei regimi di vita degli uomini in società. Se, come ha affermato Grossi in una sua acuminata lezione dottorale, il 'vigentista' si sofferma sul 'punto' rappresentato dal diritto qui ed ora vigente, lo storico inserisce quel punto su una 'linea' che è il senso della successione dei punti nel tempo, quel senso che fa del punto il luogo di tensione tra l'essere prodotto e l'essere potenza: frutto e seme insieme del senso della sua storia nella storia più generale ⁽⁶⁾. Perciò, a prescindere dalle diverse prestazioni professionali che caratterizzano il lavoro del giurista nella società, egli non lo è mai a pieno titolo senza la compiuta consapevolezza della storicità del diritto ⁽⁷⁾ con cui opera; consapevolezza che è resa possibile attraverso una contestualizzazione critica del *quid iuris* che soltanto la percezione comparativa di quella storicità può dare. Ma Grossi non è un utopista, egli sa bene quanto ciò sia difficilmente realizzabile nella vita di ogni singolo operatore del diritto; ma tuttavia — e su ciò bisogna concordare con lui, pena la fine della giurisprudenza come l'ha intesa la grande cultura europea — questo deve essere il compito della formazione universitaria. L'Università per Grossi — che non ha paura di sfidare l'inattuale perché sa bene quanto *unzeitgemäss* possa essere il futuro — deve tornare ad essere una comunità, oltre che di docenti e discenti, anche e soprattutto di docenti in colloquio; e il dipartimento di giurisprudenza, forte del suo sapere unitario di durata plurimillenaria, deve essere colloquio e cooperazione tra giuristi; e tra questi va messo in rilievo lo storico del diritto come coscienza critica del diritto vigente ma anche testimonianza di una unità di senso che in quella durata si è articolata in diverse esperienze e diverse maturità di tempi. Lo storico del diritto, allora, è il giurista che realizza appieno la sua missione scientifica afferrando e padroneggiando l'essenza del diritto nel suo dispiegarsi e manifestarsi, ossia la sua ordinante storicità. Questa visione non impedisce a Grossi di entrare in colloquio culturale con destinatari diversi; oltre

⁽⁶⁾ *Il punto e la linea. (L'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)*, in *Società, Diritto, Stato*, cit., pp. 3-12.

⁽⁷⁾ *Storicità del diritto* è il titolo dell'intera prima parte di *Società, Diritto, Stato*, cit., pp. 1-140.

al giurista e allo storico, Paolo sa rivolgersi anche ai ‘novizi’ — come egli usava dire, intendendo lo studente di giurisprudenza e l’uomo di cultura non giurista. Se il giurista viene posto di fronte ai pericoli di insufficienza critica di una prospettiva troppo legata al diritto vigente, allo storico si indica una prospettiva di lettura della realtà che ne lascia apparire una diversa, dotata anche di una sua autonoma temporalità, dislocata dentro e attraverso la temporalità delle diverse epoche. Solo per fare qualche esempio ricorderei l’umanesimo giuridico che, per Grossi, sfonda ampiamente la datazione della storia generale fino a lambire la mentalità contemporanea radicandosi nella trecentesca *voluntas dominandi*; il positivismo giuridico che inizia con la pretesa del sovrano di creare diritto *ex nihilo*, per via legislativa, esautorando intera la tradizione depositata nella consuetudine, nella giurisprudenza, nella scienza del diritto comune e nell’equità canonistica; l’assolutismo giuridico ⁽⁸⁾ che inizia nel tramonto dell’età dell’assolutismo politico esaltandosi nell’età delle codificazioni; la « furia del dileguare » del giacobinismo giuridico che, radicandosi nell’individualismo armato di diritti, tenta ancora, fin dentro la Carta di Nizza ⁽⁹⁾, di rimuovere la doverosità della vita comune. Solo qualche esempio, ripeto, di categorie tipicamente

⁽⁸⁾ Il sintagma, operato da Grossi, è così stipulato: « Assolutismo giuridico: un sostantivo e un aggettivo comuni, ma una congiunzione non comune [...] La congiunzione appare non solo inconsueta ma anche singolare e poco comprensibile, se si pone attenzione che con essa io ho inteso e intendo sottolineare un frutto tipico dell’età borghese, dell’età del liberalismo economico, cui la bassa retorica dei luoghi comuni della cultura corrente assegna unicamente il volto di un mondo di conquiste libertarie, età di libertà, età di diritti »; *incipit* del saggio introduttivo (*Ancora sull’assolutismo giuridico*) al densissimo *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, nel quale sono raccolti i saggi più significativi di quella che potrebbe essere definita la ‘svolta’ di Paolo Grossi dalle indagini incentrate principalmente su proprietà e diritti reali (e sul punto si v. il ricco itinerario tracciato dalla cospicua raccolta — *collectio in unum* non formale, ma pertinente alla sostanza di una ricerca trentennale — *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1992) a tematiche più esplicitamente dedicate alla critica della ‘ragion giuridica’ dei moderni, con ampie proposte di teoria e metodologia di ricerca del diritto.

⁽⁹⁾ Si v., in part., *Le molte vite del giacobinismo giuridico. Ovvero: la ‘Carta di Nizza’, il progetto di ‘Costituzione europea’ e le insoddisfazioni di uno storico del diritto*, ora in *Mitologie giuridiche della modernità*, terza ed. accresciuta, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 125-163.

grossiane che sostengono raffinatissime griglie di reinterpretazione della storia occidentale. Al novizio, infine, Grossi è in grado di mostrare, senza alcuna volgarizzazione dell'oggetto ⁽¹⁰⁾, quanto l'esperienza umana della convivenza sia intessuta di diritto. Dove diritto non è soltanto comando, norma, imperativo rafforzato da sanzione, ma soprattutto ordinamento, inteso nella semantica latina di *ordo*, ossia ordine concreto che comprende l'idea di *coetus*, che viene da *coire*, nel senso di 'andare insieme e congiungersi': diritto, dunque, come tessuto delle comunità, come *forma vitae* e *forma mentis*, come « realtà radicale », usava dire Paolo, alludendo alle radici profonde da cui quell'ordine affiora, tendenzialmente incurante dell'arbitrio del soggetto. Pur nella sua estesissima competenza pluridisciplinare, Paolo ha voluto sempre conservare una forte identità intellettuale e culturale: giurista tra i giuristi, giurista tra gli storici e Maestro di diritto tra i novizii che dal suo magistero apprendono la presenza quotidiana nella storia di un 'fatto' che impronta, anche senza una precisa percezione della sua capillare presenza, l'intera struttura della società definendone un connotato essenziale. Esemplare per quest'aspetto ancora il libro di Paolo (pubblicato nella prestigiosissima collana di Jacques Le Goff ⁽¹¹⁾), dal titolo particolarmente significativo già ricordato, *L'Europa del diritto*. Qui è dato verificare la capacità con cui l'oggetto, senza perdere nulla della sua densità, è portato alla massima trasparenza, dove può penetrare, accompagnato dalla scrittura luminosa del Maestro, anche lo sguardo del lettore meno provvisto di bagaglio tecnico, che vien messo in grado di percepire intera la complessità storica e la centralità costitutiva del diritto per quell'evento storico-culturale che è l'Europa, che lentamente emerge dalla catastrofe del mondo antico 'reinventando' il diritto. E in tale genealogia no-

⁽¹⁰⁾ Esemplare, per forza e-ducativa, la *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

⁽¹¹⁾ La collana di Le Goff, « Fare l'Europa », viene pubblicata contemporaneamente da cinque editori: C.H. Beck, Monaco; Basil Blackwell, Oxford; Critica, Barcellona; Laterza, Roma-Bari; Seuil, Parigi. E quindi anche ad Amsterdam, Lisbona, Atene, Budapest, Bratislava, Varsavia, Vilnius, Istanbul, Seül, Tokyo, Sofia, Praga, Iasi, Ljubljana, Istambul, Belgrado, San Pietroburgo.

biltà ⁽¹²⁾ e umiltà si fondono quasi necessariamente nella idea grossiana di diritto che emana dalla *humus* su cui radica l'oikoumene europea. Il diritto è nobile in misura inversa ai suoi umili natali, impastato di terra e sudore, fatto di carne e sangue: realtà impura, ma salvifica per la vita umana: anzi costitutiva della componente umana della vita. Diritto, perciò, da cogliersi non nella sola « patologia » (se A, deve essere B; dove B — norma primaria — è il Sollen che sanziona A, la norma secondaria) della sua manifestazione coattiva, ma soprattutto come epifania dei valori più intimi e riposti di una civiltà, esposto nella sua duplicità, tellurica e solare insieme, che dagli strati profondi dell'archeologia psico-antropologica dei diversi tempi storici fiorisce nell'esperienza degli uomini accompagnandoli nelle asprezze quotidiane della loro difettività.

2. Il pensiero di Paolo Grossi, pur nella sua vastissima articolazione ⁽¹³⁾, si acumina in relazione a due fuochi attorno a cui ruota con maggiore insistenza l'ellisse della sua ricerca che tuttavia copre e abbraccia un paio di millenni della storia occidentale. Sono due fuochi critici, e hanno in comune l'obbiettivo di relativizzare il riduzionismo individualistico — sia a livello del diritto privato (nel suo aspetto dominicale ⁽¹⁴⁾), sia a livello del diritto pubblico (nel suo aspetto sovranitario ⁽¹⁵⁾) — disoccultandone, appunto, la velleità riduttiva del multiverso giuridico e, pertanto, l'insufficienza a render conto, dalla prospettiva tutta determinata della loro egemonia istituzionale, della complessa corallità sociale (la nozione grossiana di società contiene quella di comunità, in una relazione metaforizzata dall'omologia dell'arcipelago con le isole) in cui si radica il diritto nella sua finalità ordinante. Tale riduzionismo, per altro, produce un ulteriore effetto deformante: l'astrazione dalla fattualità, con tutta la

⁽¹²⁾ La nobiltà del diritto (già implicita nella sua « dimensione salvante della società ») si incrementa nel passaggio dall'officina della prassi al laboratorio della scienza. Si veda *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008.

⁽¹³⁾ Si veda ad es. *Sui rapporti tra ordinamento statale e ordinamento sportivo*, Relazione introduttiva al Convegno di studi « I rapporti tra ordinamento statale e ordinamento sportivo » tenuta a Firenze presso la fondazione CESIFIN il 2 dicembre 2011.

⁽¹⁴⁾ *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, cit.

⁽¹⁵⁾ Responsabile di assolutismo giuridico, legicentrismo nelle fonti, legolatria nella scienza, sterilizzazione e atomizzazione della vita sociale.

sua carica vitale di cui il diritto è manifestazione; quella fattualità in cui si intrecciano bisogni, valori, poteri, mentalità e che, nel suo ineludibile divenire intricato e complesso, chiamiamo storia. E certo, una volta messe in salvo, come il prodotto conclusivo di quella storia, le due ‘soggettività individuali’, si può anche riconoscere che il diritto abbia una storia che in esse culmina. Ma proprio questa è l’ulteriore riduzione, relativa alla storicità del diritto che, oltre ad avere una storia narrabile anche da un osservatore esterno, è costitutivamente storia bisognosa della *comprehensio* del giurista. Ed essere storia, per il diritto, significa soprattutto che la scienza che lo studia non può ‘purificarsi’ al punto da dimenticare, per malintesa specializzazione, la storicità (con i saperi da essa implicati) di cui, appunto, è comprensione e considerare, approfittando di tale dimenticanza (o rimozione?), la vicenda del diritto, quasi fosse un’aggiunta ‘culturale’ atta ad abbellire le architetture delle astrazioni dottrinali con verniciature erudite senza alcuna valenza strutturale. I due soggetti del riduzionismo — l’individuo-proprietario da un lato e, dall’altro, lo Stato-legislatore —, nella breve e intensissima vicenda del Moderno, dimenticando la loro stessa, puntuale storicità, sembrano farsi ‘soggetti’ assoluti ed esaustivi della creazione e della fruizione del diritto, concepiti *sub specie aeternitatis* dalla medesima scienza del diritto. Il che converte tale scienza, soprattutto negli attardati epigoni della Modernità, in una sorta di mitologia⁽¹⁶⁾, narrante una cosmogonia conclusasi nel conseguimento del fine della storia giuridica europea in un cosmo esente da marcate imperfezioni.

Con la crisi del Moderno, per il dissesto delle sue superbe costruzioni, si apre un’epoca di ‘ritorni’, di incertezze e di commiati che rendono preziose le esperienze giuridiche diverse da quelle egemoni nel suo tempo storico. Ma, per quanto riguarda il diritto, che cosa può significare un suo ‘ritorno’⁽¹⁷⁾? In negativo: non significa misconoscimento del contributo essenziale della modernità

⁽¹⁶⁾ *Mitologie giuridiche della modernità*, cit.

⁽¹⁷⁾ *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015. *Al* — sta a significare che il diritto non si è mai mosso dal suo posto. Come la casa del Padre a cui torna il ‘il figliuol prodigo’ (in epigrafe al testo Grossi cita il racconto del racconto rimaneggiato da Gide, *Le retour de l’enfant prodigue*, mettendo in evidenza l’affermazione del figlio « je

alla liberazione dell'uomo e del cittadino dalle asfissie poliarchiche dell'Antico regime, né tantomeno significa misconoscimento dello sviluppo emancipativo e garantista del diritto pubblico, sia penale, sia amministrativo, sia costituzionale. E non significa, soprattutto, auspicare il ritorno a modelli di società premoderni, quasi a considerare la Modernità una sorta di storia abortiva, superabile con un velleitario restauro intenzionato a restituire, intatta, un'origine inesistente, essa stessa mitologica, estratta arbitrariamente dalla complessa genealogia degli istituti giuridici e dalla loro articolata *Wirkungsgeschichte*. Non significa, infine, non riconoscere la potente monumentalità del Moderno, con tutto il carico di ammonimenti che sa offrire allo storico e, in particolare, allo storico del diritto ⁽¹⁸⁾ che, per Paolo Grossi, trova proprio nel mondo moderno — nella sua peculiarità istituzionale — un prezioso mazzo di chiavi interpretative necessarie alla strutturazione di una scienza del diritto all'altezza del tempo della transizione. Dunque, nessuna apologia del passato, ivi compreso lo stesso Medioevo di cui Paolo Grossi è stato grande studioso ⁽¹⁹⁾. L'importanza del Medioevo nella sua opera è dovuta alla forza comparativa che esso fornisce allo storico del diritto nel porlo in tensione dialettica con la modernità: il Medioevo lungi dall'essere un modello è, per Paolo Grossi, un laboratorio («laboratorio sapienziale» succeduto alla «officina della prassi» ⁽²⁰⁾), dove si può osservare il diritto rinascere dopo la catastrofe del mondo antico insieme con un nuovo uomo e una nuova società, entrambi aggrappati alla terra e alla comunità come unici rifugi dalla fame e dall'abbandono. La lezione del Medioevo è una lezione di umiltà istituzionale rispetto all'arroganza del soggettivismo moderno ⁽²¹⁾: arroganza 'dominica' dell'individuo proprie-

cherchais qui j'étais»). Il giurista, che si è disperso e quasi perduto nelle 'mitologie', solo tornando alla casa del diritto che non ha smesso di aspettarlo, può ritrovare se stesso.

⁽¹⁸⁾ *L'Europa del diritto*, cit., pp. 65-216 (*Fondazioni della modernità giuridica*).

⁽¹⁹⁾ Indimenticabile resta il grande libro *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995 (ripubblicato ripetutamente fino al 2017).

⁽²⁰⁾ *L'Europa del diritto*, cit., pp. 9-64.

⁽²¹⁾ *Un recupero per il diritto: oltre il soggettivismo moderno*, in Paolo Grossi, a cura di G. Alpa, Roma-Bari, Giuffrè, 2011, pp. 153-167; dove Grossi — nel considerare la soggettività non necessariamente assorbita dall'individuo astratto, ma riferita alla persona «in carne ed ossa immersa al centro di un tessuto relazionale di diritti e di

tario su un mondo di cose ridotte a materiale di sfruttamento (22); arroganza potestativa del sovrano-legislatore su un mondo di uomini astrattamente eguali e liberi, ma concretamente vincolati alle e dalle nuove disuguaglianze sociali, esse si lasciate libere di operare sotto le forme astratte del ‘diritto civile’. Il Moderno e la rivoluzione dalla quale è databile la sua affermazione istituzionale, quella francese dell’Ottantanove, infatti redime i già redenti, salva i già salvati, fornisce un’attrezzatura politica di diritti a chi già ha un’attrezzatura solida di posizioni economico-sociali. Dietro il compiersi dell’eguaglianza dei moderni si cela, con l’affermarsi dell’assolutismo giuridico, la tragedia del quarto stato e, dietro quella libertà dai vincoli dell’antico regime, il potere nudo dei possidenti e lo scioglimento dei non possidenti da ogni tutela comunitaria. Ma il Moderno è anche una lezione per i tempi di transizione, come l’attuale, che nuovamente propongono il laboratorio di sperimentazione come officina del giurista (che, come scienziato, deve essere sempre, ripeto, *anche* un comparatista nel tempo e nello spazio) e non il tavolo settorio su cui fare l’esame autoptico di defunti relitti epocali. E tuttavia la Modernità di Grossi — nella storia del diritto, inteso nella sua effettività ordinante e non nelle astrazioni del ‘progetto’ filosofico-politico che, a partire da Hobbes, ne anticipano gli esiti a venire — ha un percorso intenso e breve: essa, come appena ricordato, trionfa dalla Rivoluzione francese (23) alla fine della *Belle*

doveri» che implicano l’altro e le formazioni sociali essenziali — scrive: «Bisogna riscoprire la necessaria dimensione oggettiva del soggetto, la quale non può che concretarsi nella riscoperta di tre dimensioni radicali [...] Una dimensione comunitaria che lo costringa a fare i conti con l’alterità e con interessi sovrastanti la propria egoistica ed edonistica individualità; la dimensione della tradizione che, rendendo il soggetto anello di una catena che arriva fino a lui, lo riporti alla virtù dell’umiltà e dell’ascolto; la dimensione della natura delle cose quale ulteriore lezione di umiltà e ulteriore invito all’ascolto» (p. 166).

(22) *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, cit., *passim*.

(23) Sull’effetto in apparenza solo demolitivo della Rivoluzione v. A. DE TOCQUEVILLE, *L’Ancien Régime et la Révolution*, in ID., *Ceuvres Complètes*, Paris, Gallimard, 1952, T. II, vol. I, P. I, chap. II, p. 85: «Ma mettete da parte queste macerie: percepirete un potere centrale immenso che ha attirato e inghiottito nella sua unità tutte le particelle d’autorità e d’influenza per l’innanzi disperse in una massa di poteri secondari — di ordini, di classi, di professioni, di famiglie e di individui — e come disseminati in tutto

Époque e naufraga con la Grande Guerra. L'epoca in cui, appunto, le due individualità concorrenti — individuo-proprietario e individuo-Stato (entrambi protagonisti dell'epoca dell'egemonia borghese) — tentano la rimozione del sociale, della complessità istituzionale del sociale, nella cui 'carne' abita e vive la sostanza del diritto prima di prender forma attraverso l'*inventio* di cui è depositario il sapere (teorico e pratico) dei giuristi nei loro diversi ruoli (24). La scienza del diritto, infatti, è una maieutica che aiuta la società nella sua funzione generativa del diritto. Diritto che nessun soggetto può creare dal nulla. Meno che mai il titolare di un atto di volontà (che si vuole assoluto): il legislatore 'creatore' di quella specifica norma che è la legge, la quale, dall'alto, si impone come 'comando' ordinatore, fisiologico all'omologazione della vita sociale, escludente ogni altro ordine normativo che, pertanto, viene sospinto nel patologico o nel giuridicamente inesistente. Legge che pretende, dunque, di creare diritto 'valido' ignorando che è proprio il diritto (come *Voraussetzung*), che crede di creare e di cui invece essa è solo una delle possibili espressioni, a darle la possibilità effettiva di 'comandare'. Ciò significa anche, però, che, sia l'individuo astrattamente proprietario, sia lo Stato-legislativo non sono affatto fraintendimenti di una sostanza storica e giuridica che avrebbe potuto

il corpo sociale. Dalla caduta dell'impero romano non si era visto nel mondo un potere simile. La Rivoluzione ha creato questa nuova potenza, o piuttosto questa è sorta come da sé dalle rovine causate dalla Rivoluzione ».

(24) *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2017. Con questa raccolta di saggi — scritti durante la Presidenza della Corte Costituzionale — Paolo Grossi conclude il suo percorso novennale presso la Consulta, che ha presieduto negli ultimi due anni di mandato; periodo di produzione scientifica particolarmente intensa, quasi stimolata dal terreno fertile dell'esperienza di 'giudice delle leggi' vissuta non come un freno ma come uno sprone alla ricerca. Cosa molto utile per lo studioso è anche l'appendice, *Bibliografia degli scritti di Paolo Grossi (1956-2017)*, a cura di Marco Paolo Geri, che dà conto dell'intera produzione del Maestro fino al 2017 (358 scritti, più di cento dal 2009). I temi fondamentali del libro in parola sono: il ruolo (rinnovato) del diritto nella « pos-modernità »; la critica al volontarismo legolatrico; l'anticeazionismo giuridico, per cui tutto l'ordinamento (a partire dalla stessa Costituzione) appare come un prodotto sociale presupposto ad ogni decisione di 'potere', legittimo in misura proporzionale al suo riconoscimento. Di tale ordinamento è necessaria, perciò, sempre la 'lettura' autoriale del giurista, quella del legislatore e del giudice, nonché dello stesso potere costituente, per *inventire* il diritto che abita la società come sua radice ordinante.

esprimersi altrimenti; essi sono effettivamente protagonisti di una fase ben determinata e di importanza cruciale per la storia occidentale. Esauritasi tale fase, però, non possono più conservare il ruolo giocato nel Moderno. Rispetto al quale si può anche essere critici, e radicalmente, anche da prospettive diverse da quelle della scienza del diritto. Ma solo il giurista capace di storicizzare sarà anche capace di comprendere le ragioni riduzioniste di quel ruolo. Senza lasciarsene affascinare, ma approfittandone, invece, per comprenderne anche, attraverso la comparazione esatta dalla sostanza storica del diritto, la sua peculiare storicità come causa della sua limitatezza comprensiva. E, altrettanto necessariamente, questa scienza, nell'afferrare la svolta storica che esaurisce l'egemonia dell'individualismo possessivo e dell'assolutismo legislativo aprendo una nuova fase (non più monodicamente borghese) della vita sociale, non può continuare a lavorare sul 'mito' di quelle soggettività ormai esaurite dalla storia. In figura: per Grossi la Modernità è come un'onda irresistibile che spazza, con la sua concentrata, violenta, intenzionata *reductio ad unum*, il multiverso ordinamentale accumulatosi in secoli di auto-organizzazione sociale e giurisprudenza teorica e pratica. Onda che, però, esaurita la sua potenza di 'lavacro' istituzionale, comincia a farsi risacca, dando vita a correnti retroagenti, a riflussi, a riemersioni da cui riaffiora il molteplice istituzionale (pluralismo), l'eterogeneo giuridico (varietà di fonti), l'incerto teleologico (imprevedibilità), l'incalcolabile esistenziale (incertezza) rimasti provvisoriamente sommersi. Questo è il mondo del Post. Quello che si apre con l'esaurirsi dell'energia della modernità giuridica. Un 'dopo' che non è solo tempo, ma anche 'oltre', spazio da attraversare, transito che esige il ritrovamento (*inventio*) del sentiero che, superato quello 'interrotto' della mera esegesi applicativa del *iussum*, faccia ritornare il giurista sulla strada maestra della sua peculiare ricerca: trovare le parole della lingua adatta a dire il diritto espresso in modo inarticolato dalla società dopo lo 'scoronamento' del 'creatore' e novatore legislativo. Tempo certamente di 'crisi', ma proprio del vecchio Stato e della vecchia legalità. Crisi, perciò, proprio dell'« assolutismo » che ha intrappolato e ancora intrappola la scienza giuridica. Ma non del diritto, che 'ritorna' alla sua « officina » storico-sociale, alla sua autonomia ordinante, liberato dalla « legolatria » indotta dal dominio della politica sulla sua 'creazione'.

3. La parola ‘crisi’ è un lemma polisemico per eccellenza che, però, nell’accezione corrente del termine indica il deterioramento di una condizione. E in tal senso suona gran parte della letteratura sulla crisi contemporanea del diritto, alla cui diagnosi Grossi ne contrappone un’altra gravida di prognosi. Crisi, dunque, certamente; ma appunto, lo ripeto, del diritto prodotto e controllato dalla politica, crisi del diritto sovranitario e legicentrico; crisi insomma del diritto moderno esautorato dalla storia in cui abita la fattualità che reclama l’autonomia del diritto, e dunque il ‘ritorno al diritto’. Tutta l’opera di Grossi, per chi la conosce, è una raffinatissima difesa del ‘fatto’ e delle ‘cose’ dalle astrazioni imputative. Fatti e cose, quanto più umili tanto più preziosi per il giurista che vuol cogliere la loro gravidanza giuridica: l’essere il luogo da cui *oritur ius*. Ma, attenzione, « *da mihi factum, dabo tibi ius* » come nell’antico giurista, anche in Grossi, non ha nulla a che fare con il disincantamento del mondo che, come pensava Hegel esasperandolo, rivela la non sostanzialità della cosa affidandola al consumo dell’uomo o l’insensatezza dei fatti sforiniti della luce dell’idea. Fatti e cose non galleggiano in una realtà distinta da quella in cui prende senso la vita degli uomini, né sono una mera oggettivazione dell’idea che si fa spirito. Essi, invece, ne costituiscono l’ossatura che sostiene la relazionalità umana e con il diritto, rinvenuto dal giurista ⁽²⁵⁾, la ‘salva’, per dirla con Capograssi. La fattualità da cui emana il diritto è un plesso di relazioni tra ‘significanti’ in cui l’uomo è già da sempre immerso. Il fatto da cui nasce il diritto non è la stella che implode ai limiti più esterni dell’universo in espansione, è ciò che già è sovraccarico di senso per l’uomo che lo percepisce e che, perciò, ha bisogno di esser messo in ordine, ossia in una relazione con sé e con gli altri che ne privilegi un senso e lo conservi. Fattualità è una rete di significati; cosalità è il trasudare attraverso il reale del dover essere del creato.

Ma la malintesa ‘crisi’ è radicalizzata, da Grossi, fino alla demolizione del principio più originario del diritto moderno — che certamente, letto storicamente, prima di diventare mitologia, fu un’efficace arma di guerra contro l’arbitrio e i soprusi di governanti, giudici e amministratori corrotti o corrivi coi potenti, e fu una

(25) *L’invenzione del diritto*, cit.

conquista soprattutto nel diritto penale — la certezza del diritto con il connesso principio di legalità ⁽²⁶⁾. Ma anche qui Grossi rigetta, come per il ‘dualismo’ di *Sein* e *Sollen*, la lezione kelseniana: non è la a-razionalità della decisione presa sulla base della norma come schema da riempire con l’interpretazione (= atto di volontà e non atto di conoscenza) che rende ideologiche le due nozioni cardinali del legicentrismo. È invece proprio la storicità inesausta del diritto e la necessità di interpretazione che esso esige come sua struttura profonda, come conoscenza ed esperienza di società e diritto, che, proprio nella logica della *Rechtsfindung*, non può ancorare la vita del diritto a nessuna certezza pre-data. E tuttavia, un conto è la legalità del vecchio Stato di diritto e altro discorso è, anche per Grossi, il costituzionalismo su cui si fonda la legalità costituzionale del ‘post-moderno’, soprattutto se in questa non alla fissità della regola si guarda ma alla interiore elasticità dei principii che custodiscono i valori della comunità e alla loro necessaria storicizzazione operata dalle Corti che giudicano le leggi. Valori che, ritornando nella società che li ha partoriti, orientano e regolano la vita pratica di cui il diritto è la dorsale ordinante. Tale costituzionalismo, per Paolo Grossi, è sì ‘moderno’; perciò esso appare, in un primo momento, nella sua forma ancora astratta che vede la costituzione come un fenomeno istituzionale eccentrico o, meglio, eccezionale; basato su un atto originario di volontà di un potere costituente concepito come un demiurgo che fa sorgere l’ordine dal caos (de-cidendo storia e destino) — un ‘catechismo’ per i legislatori; mentre tale fenomeno istituzionale — diventerà nelle costituzioni post-weimariane (di cui esempio cospicuo è quella italiana) il ‘breviario’ del cittadino. E si badi cittadino non tanto dello Stato, bensì della

(26) *Oltre la legalità*, Bari-Roma, Laterza, 2020, è un’ulteriore messa a punto, attraverso cinque densi saggi, della complessa attrezzatura teorica di Paolo Grossi, che — come gli altri, numerosissimi, contributi dell’ultimo decennio — fa anche tesoro dell’esperienza di giudice della Corte Costituzionale, già ricordata. La brusca indicazione del tema che ho scritto qui, nel testo, è, forse, utile per lasciar emergere immediatamente la raffinata, attraente provocazione di questo titolo che, per usare le parole dell’Autore, non ha alcuna « carica [...] demolitrice, ma [...] unicamente stimolatrice », e tuttavia sa bene di essere « in grado di scompigliare fecondamente una assuefazione collettiva adagiata su delle pretese *degnità* ormai ridotte a veri luoghi comuni » (p. X): dunque una ‘chiamata’, un appello di radicale rinnovamento alla scienza giuridica.

Repubblica — denominazione fortemente connotativa che troviamo spesso nell'ultimo Paolo con il significato originario di *res populi*, da tenere distinta dallo Stato apparato. Tale mutazione, per Grossi, è resa possibile dalla sostituzione della volontà autoritaria del potere costituente — che si pone all'anno zero dello Stato nascente — con la postura ermeneutica dell'interprete autorevole, intesa come capacità di 'lettura': rivelazione o, meglio, riappropriazione di quella ragione oggettiva, storica, custodita dalla realtà sociale che il costituente (e non è casuale che qui non uso il termine 'potere') deve saper decifrare nella società di cui si fa interprete nel ri-trovarne valori, bisogni e interessi come il fondamento di quella stessa ragione. Valori, bisogni e interessi intesi, perciò, non come emergenze dell'attualità che increspa la superficie della storia, bensì come costitutivi 'biologici' delle *radici più profonde della stessa società*, radici che per la loro stessa profondità proiettano l'albero dei valori verso l'alto del futuro di quella società. Non è l'effimera attualità che galleggia sulla superficie della storia che deve essere compresa, bensì la *contemporaneità* custodita dalle radici che hanno permesso alla società di germogliare. È tale contemporaneità che permette al consueto e al trådito di confrontarsi, metabolizzandolo, con l'apparente sradicamento del *novum*. Per quanto l'uno e l'altro (consueto e trådito) possano essere interrotti e frantumati dalla storicità 'eventuale', essi restano custoditi e metabolizzati nella 'lunga durata' di cui è concrezione il diritto nella sua peculiare storicità. In che consiste questa storicità? Nel tener conto certamente del *quid novum* necessitato dall'accadere temporale, ma soprattutto nel saper 'ritornare' ⁽²⁷⁾, attraversando tutte le discontinuità della Storia, alla sua *Ur-sprung*, alla sua originarietà infuturante. E tale 'origine' è, nella plurale potenza ordinante della società, intesa non come 'decisione' di un potere puntuale che la in-forma dall'esterno, ma come una potenza endogena alle relazioni umane (una *dynamis*) capace di selezionare e fissare quelle (relazioni) più capaci di rendere l'ordine duraturo e condiviso. Ed è proprio in questa origine che il normativo, che pur caratterizza il diritto, perde in prescrittività potestativa e guadagna in *auctoritas* organizzativa (*auctoritas* nel duplice senso di

(27) Si v. sul punto *Ritorno al diritto*, cit., pp. VII-XIV.

dare inizio e di incrementare). In questa idea kierkegaardiana del ‘ritorno’ (come ripetizione metamorfica e non ‘ritorno dell’uguale’), che abbiamo già visto nel recupero valoriale della Modernità in genere, c’è spazio, in fine, anche per lo Stato come ‘strumento’ adeguato a una Repubblica democratica, nella quale esso gioca un ruolo che a Paolo appare insostituibile. Nel Colloquio con Federico Pedrini, infatti, afferma: « in seno a quell’ordinamento giuridico che è la Repubblica italiana, e in seno a ogni società che abbia raggiunto un compiuto stadio di sviluppo culturale sociale economico politico, una presenza imprescindibile e un ruolo centrale ha lo Stato quale apparato di poteri, cui il regime democratico affida il rispetto e la promozione delle libertà di ogni cittadino, nonché del loro libero esercizio »⁽²⁸⁾. Qui, in sintesi, appare limpida e netta la posizione che, sul tema specifico e con maggiore articolazione, Grossi espone in *Oltre la legalità*: appunto la distinzione tra Repubblica e Stato che supera la vecchia distinzione tra Stato apparato e Stato comunità che relegava la Repubblica a mera ‘forma’ di governo e articolazione di Stato. Lo Stato è sì apparato, ma apparato di *poteri*, congegno costituzionale attraversato dal plurale della complessa articolazione della democrazia (scompare quella nozione unitaria e prepotente, ma anche indeterminata e ideologica, del Potere al singolare di cui si fregia l’istituzione politica del Moderno) e la comunità non è quel tutto unitario che, nell’espressione Stato-comunità, ingloba il pluralismo sociale in una fantastica unità totalizzante della cittadinanza. La distinzione adottata da Grossi permette una nozione di Repubblica capace di recuperare — ben oltre gli enti pubblici territoriali ricordati dall’art. 114, comma 1, Cost. — in una dimensione pubblicistica il riaffiorato, riconosciuto e riaffermato pluralismo sociale in cui si radica la genesi del diritto. Sembra risentire la famosa definizione: « Est [...] res publica res populi »⁽²⁹⁾ dove, con la derivazione di *publica* da *populus*, si sottolineava anche l’entità

(28) F. PEDRINI, *Colloquio su Storia, Diritto e Costituzione. Intervista al Prof. Paolo Grossi (Citille in Chianti, 10 giugno 2020)*, in « Lo Stato. Rivista semestrale di Scienza costituzionale e Teoria del Diritto », VII (2020), 14, (pp. 211-268), p. 228.

(29) CICERONE, *de re publica*, I, 25, [39]: « Est [...] res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus ».

composita del popolo accomunato da *ius*. Grossi è chiaro: rispetto allo Stato, « Repubblica rappresenta quella realtà ampia e complessa, che è popolo articolato in una pluralità di coagulazioni ordinamentali. [...] la Repubblica custodisce [...] nel suo seno una pluralità di ordinamenti giuridici, il primo dei quali, *ovviamente immancabile e prevalente*, è lo Stato »⁽³⁰⁾. E con maggiore puntualità più avanti leggiamo: « La Carta nostra parla chiaro in due precise direzioni, che si integrano perfettamente all'interno della Repubblica: afferma la centralità dello Stato, di uno Stato legislatore, che si propone con le sue leggi in un ruolo fortemente garantistico per il cittadino, suprema garanzia esso stesso della piena armonizzazione fra le libertà dei singoli individui; afferma una visione ampia della dimensione giuridica, non consegnata — nella sua produzione — alla potestà esclusiva dello Stato »⁽³¹⁾. Qui, il 'popolo' appare, dunque, in un'altra configurazione rispetto a quello definito dalla Redentrica dell'89 e dal costituzionalismo moderno, dove lo si voleva frutto e, al tempo stesso 'autore', di quella *unio* (Hobbes) sovrana che, liquidando ogni gruppo associazione comunità, gli permettesse di porre in essere la volontà generale attraverso la 'rappresentazione' dell'attore della legislazione, unica fonte di validità del diritto. Il popolo qui appare invece come l'abitatore concreto, articolato in diverse formazioni sociali e comunitarie, di quella 'dimensione' anche territoriale di Paese e territorio in cui si radica il pluralismo da cui rampolla il suo diritto effettivo. Dove la costituzione ha la propria, adeguata dimensione originaria, appunto come opera collettiva e soprattutto graduale: un deposito di valori storicamente sedimentati, oggetto del « riconoscimento » che i Padri costituenti sono stati in grado di compiere, lasciandone emergere i principî più riposti, riconoscendoli come patrimonio ('munus' è sia 'còmposito', 'servizio doveroso', sia 'dono') ereditario irrinunciabile e attivandoli come motori di futuro⁽³²⁾.

⁽³⁰⁾ *Oltre la legalità*, cit., pp. 91-92, il corsivo è mio.

⁽³¹⁾ *Ivi*, p. 111.

⁽³²⁾ « La 'Repubblica', che esce dalla loro officina, ha una dimensione decisamente pluri-ordinamentale », e, pur avendo al centro lo Stato, « la Repubblica, dal punto di vista giuridico, si connota dunque come una realtà squisitamente policentrica », pp. 26 e 27 di *Oltre la legalità*.

Il diritto dunque, liberatosi, per così dire, dal presupposto volontaristico e decisionista della politica entificata in Stato come soggetto assoluto del *law making*, può tornare ad essere principalmente ⁽³³⁾ giurisdizione e giurisprudenza nelle mani dei giuristi (teorici e pratici) e dei giudici, ossia risultato del *law finding*. Da ciò il diffuso reimpiego, condiviso da Grossi, sia a livello locale sia globale, sia interno sia internazionale, sia statale sia dell'UE, del *rule of law* (nozione non a caso riscoperta e reimpiegata anche dai giuristi continentali di *civil law*) soprattutto come *judge made law*. Il *rule of law*, così inteso, si potrebbe anche tradurre con 'principio informatore del diritto' ⁽³⁴⁾, in contrapposizione a *rule by law* che potrebbe rendersi con 'regolazione attraverso la legge'. La giurisprudenza ha a che fare più con la ragione e la ragionevolezza che con la volontà, mentre la politica resta necessariamente impigliata nella decisione legata alla contingenza di interessi, bisogni o, anche, valori da far valere come assoluti o almeno imperativi in via di principio *erga omnes*. Da un lato la decisione politica (*law making*) con la sua ineliminabile opacità ed esclusività, dall'altro lato la valutazione argomentativa della giustizia (*law finding*) con la trasparenza motivazionale del giudizio e l'inclusività della *iuris dictio* che si nutre di principî (et-et) più che di regole (aut-aut); da un lato la ponderazione e il ragionamento della giurisprudenza, dall'altro il comando della volontà politica. Al culmine del protagonismo della giurisprudenzialità e della giudiziarietà del diritto contemporaneo, insieme alle

⁽³³⁾ « Lo stesso legislatore statale — scrive Grossi —, ora che gli è sfuggito di mano il vecchio monopolio, consapevole delle proprie incapacità, si arrende all'onda pluralistica attraverso il riconoscimento di molteplici realtà » (*Oltre la legalità*, cit., pp. 93-94) e due sono gli esempi significativi che cita: il 'Codice del processo amministrativo' che testimonia la risemantizzazione radicale della nozione di codice: non più sistema di regole vincolanti ma plesso di principî affidati all'interprete; la legge 168, 2017 relativa agli « assetti fondiari collettivi » che « Dopo quasi due secoli di atti legislativi che ne hanno sancito la 'liquidazione' [...] per la prima volta riconosce quali ordinamenti giuridici primari ». E tale riconoscimento si propone « come attuazione del dettato costituzionale ben espresso negli articoli 2, 9, 42, 43 » (*ibidem*). Non posso non ricordare, qui, il rilievo che quegli assetti fondiari hanno avuto nel pensiero giuridico di Paolo Grossi e di cui è cospicua testimonianza il lontano, ma sempre attualissimo, '*Un altro modo di possedere*'. *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria*, cit.

⁽³⁴⁾ Grossi suggerisce 'primato del diritto' a p. 35 del cit. *Oltre la legalità*.

altre Corti statali, europee ⁽³⁵⁾ e internazionali che elaborano diritto indipendentemente da ogni ‘potere legislativo’, si colloca innanzitutto la Corte Costituzionale, come peculiare « espressione di un tempo giuridico pos-moderno » e come « valvola respiratoria per l’ordinamento giuridico italiano » ⁽³⁶⁾. Sentiamo Grossi:

Il ‘diritto giurisprudenziale’ è oggi, accanto all’opera legislativa dello Stato e delle Regioni, una sorta di provvida valvola che permette un più congruo respiro al diritto positivo italiano. È il respiro che [...] effettua in modo assai profittevole il supremo organismo giudiziale della Corte costituzionale, avvalorato e ampliato da quel canone interpretativo intuito e definito dalla stessa Corte [...] ‘interpretazione conforme a Costituzione’, un canone che espande il giudizio di costituzionalità coinvolgendo in esso il giudice ordinario ⁽³⁷⁾.

Ma, ancora una volta, attenzione! Grossi, pur rivalutando appieno la giurisprudenza e approvando la crescente giudizialità della *Rechtsfindung*, non sposta affatto la ‘creazione’ del diritto dalla volontà politica alla ‘prudenza’ del giudice o del giurista, come se il diritto avesse sofferto solo nella Modernità di una cattiva creazione che, nella post-modernità, sarebbe stata sostituita da quella buona e corretta. Egli resta fedele a una visione ‘inventiva’ e non creazionista della costruzione del diritto, fino all’ultima pagina, dove leggiamo:

Non si parli, però, come da taluno si fa stracciandosi le vesti, di *creazionismo* dei giudici (e, più generalmente, dei giuristi teorici e pratici), di giuristi che, creando *ex nihilo*, rompono in tal modo l’unità dell’ordinamento dando vita — se non al caos — almeno a una corrosiva incertezza. Oggi che abbiamo ben percepito il vincolo simbiotico fra diritto e valori radicali di una comunità, oggi che abbiamo provvidamente riscoperto il diritto come *invenzione*, se v’è

⁽³⁵⁾ Di fronte all’appariscete giudizialità del diritto dell’Unione Europea, il rischio che Grossi segnala non è affatto in tale caratteristica giurisdizione: « se v’è un rischio che l’eurodiritto corre, questo consiste nella dominanza della fattualità economica », come leggiamo ivi, p. 34.

⁽³⁶⁾ *La Corte costituzionale. Una valvola respiratoria per l’ordinamento giuridico italiano*, « Conferenza istituzionale » alle Classi Riunite, Accademia Nazionale dei Lincei, il 10 febbraio 2017.

⁽³⁷⁾ *Oltre la legalità*, cit., p. 113.

qualcosa che dobbiamo temere [...] è il legalismo ‘ad ogni costo’, che è causa dell’inacidimento che troppe volte contempliamo sgomenti nel distacco tra produzione legislativa e movimento/mutamento incessante (e oggi rapidissimo) della vita sociale economica culturale; legalismo che deve cogliersi per quel che è, un *vulnus* alla nervatura portante della Costituzione nella complessità del suo messaggio, espresso e inespresso, formale e materiale, percorso da una dinamica espansiva e intensamente teso anche ben oltre il presente ⁽³⁸⁾.

(38) Ivi, pp. 114-115.

BALDASSARE PASTORE

DIRITTO COMPLESSO.
IL CONTRIBUTO DI PAOLO GROSSI
ALLA TEORIA DELLE FONTI

1. La metafora presa sul serio. — 2. Complessità sociale e complessità giuridica. — 3. Interpretazione e fonti.

1. *La metafora presa sul serio.*

Le analisi e le riflessioni sulle fonti del diritto hanno costituito un momento saliente del lungo e intenso itinerario di ricerca di Paolo Grossi, caratterizzato dallo sguardo sul passato proiettato sul presente e sul futuro ⁽¹⁾.

Il problema delle fonti sta molto a cuore a Grossi ed è il « più incalzante per il giurista » ⁽²⁾ dal momento che esso riguarda le radici e le fondazioni di un intero ordinamento giuridico. Tale problema trova una tradizionale e consolidata espressione attraverso il ricorso ad una metafora che appare segnalare in primo luogo il fatto della manifestazione esterna, mettendo in luce un dato « oggettivo », osservabile e identificabile.

L'uso metaforico della parola « fonte » evidenzia la sugge-

⁽¹⁾ P. GROSSI, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 7, 12. Sul percorso scientifico di Grossi, nella forma di una autobiografia intellettuale, si rinvia a quanto lo stesso Autore scrive in P. GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, Bologna, il Mulino, 2008. Si vedano anche: *Incontro con Paolo Grossi*, a cura di I. Belloni, E. Ripepe, Pisa, Plus, 2007; P. GROSSI, *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, Bologna, il Mulino, 2018.

⁽²⁾ GROSSI, *Società, diritto, Stato*, cit., p. 326. Cfr. anche ID., *Sistema moderno delle fonti del diritto ed esperienza giuridica posmoderna in Italia*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », XCVIII (2021), 2, pp. 158-159.

stione di un cominciamento ⁽³⁾, istituendo una piena identità tra l'evento della nascita del diritto e il motivo della sua validità. Il giurista, pertanto, può procedere limitandosi a verificare se, nel singolo caso, vengano soddisfatte o meno determinate premesse riguardanti le condizioni di validità delle norme, che risiedono in altre norme ⁽⁴⁾. Valga, in proposito, quanto afferma Kelsen, secondo il quale si definisce « fonte » (dal punto di vista giuridico) « il fondamento di diritto positivo della validità di una norma giuridica, cioè la norma giuridica superiore che ne regola la produzione » ⁽⁵⁾.

Secondo la definizione tradizionale sono fonti del diritto di un ordinamento « gli *atti* ed i *fatti normativi*, abilitati a costituire l'ordinamento stesso, ponendo in essere e rinnovando le norme che lo compongono » ⁽⁶⁾. Le fonti sarebbero « cose » (documenti o comportamenti empiricamente accertabili) « che l'ordinamento così qualifica, legittimandoli a porre norme costitutive di se medesimo come 'diritto oggettivo' » ⁽⁷⁾. Si proietta, in tal modo, sul problema delle fonti la struttura chiusa e autoreferenziale dell'ordinamento giuridico statale sovrano, originario ⁽⁸⁾.

La metafora della fonte allude all'immagine della sorgente da cui si assume scaturiscano le norme giuridiche in quanto componenti esclusive (o comunque essenziali) del diritto ⁽⁹⁾. In questa prospettiva la questione delle fonti riflette « l'ipotesi del positivismo giuridico » ⁽¹⁰⁾. Unicamente alle fonti del diritto è affidata la funzione razionalizzatrice del sistema e la loro configurazione gerarchica

⁽³⁾ E. PARESCHE, *Fonti del diritto (filosofia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, Giuffrè, 1968, p. 893; N. LIPARI, *Diritto civile e ragione*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 86.

⁽⁴⁾ Cfr. R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, FrancoAngeli, 2021, p. 23. Si veda, al riguardo, N. LUHMANN, *Stato di diritto e sistema sociale* (1978), Napoli, Guida, 1990, p. 39.

⁽⁵⁾ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), Torino, Einaudi, 1990, p. 263.

⁽⁶⁾ L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1998³, p. 117.

⁽⁷⁾ Così V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, Giuffrè, 1968, p. 932. Cfr. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, cit., p. 39.

⁽⁸⁾ BIN, *Critica della teoria delle fonti*, cit., p. 36.

⁽⁹⁾ N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1979, pp. 189-190; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, il Mulino, 1996, p. 15 e ss.

⁽¹⁰⁾ LIPARI, *Diritto civile e ragione*, cit., p. 82.

funge da norma di riconoscimento ⁽¹¹⁾. Il controllo delle fonti, con la loro riduzione ad un insieme rigidamente verticale, permette di esaltare la fonte gerarchicamente suprema: la legge positiva statale. Ad essa è assegnato il primato, con l'esclusione delle altre fonti (consuetudine, dottrina, giurisprudenza) ⁽¹²⁾ e la subordinazione del giudice al legislatore ⁽¹³⁾. Ne consegue che il principio di legalità, per molti versi, attiene proprio al piano delle fonti e alla tipologia degli atti legittimati a produrre diritto, e riguarda la loro adeguatezza ai criteri procedurali posti per la produzione del diritto. Il perimetro della legalità è così definito in relazione al sistema delle fonti e al rapporto tra le fonti ⁽¹⁴⁾. La gerarchia, che supporta il postulato della esclusività statale del diritto, opera come ordinazione delle fonti e come individuazione di un sistema già definito di prevalenza di una fonte su un'altra ⁽¹⁵⁾.

Grossi considera la metafora della fonte « felicemente espressiva dell'essere una manifestazione del diritto alla superficie della vita quotidiana ma risalente dagli strati profondi, radicali della società » ⁽¹⁶⁾. E, in polemica contro la concezione riduzionistica dell'esperienza giuridica che il pensiero giuridico moderno ha contribuito a diffondere (e i cui germi culturali sono maturati pienamente in età illuministica), intende affrancare da pesanti luoghi

⁽¹¹⁾ A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale: gli articoli da 1 a 15*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno. 1. *Premesse e disposizioni preliminari*, Torino, Utet, 1982, p. 185.

⁽¹²⁾ GROSSI, *Società, diritto, Stato*, cit., p. 210.

⁽¹³⁾ La teoria delle fonti, in questa prospettiva, è costruita come limite al potere degli interpreti, segnatamente dei giudici. Cfr. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, cit., pp. 57-58.

⁽¹⁴⁾ Cfr. B. PASTORE, *Principio di legalità, positivizzazione giuridica*, soft law, in *Rule of Law. L'ideale della legalità*, a cura di G. Pino, V. Villa, Bologna, Il Mulino, 2016, p. 154.

⁽¹⁵⁾ F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, I, Milano, Giuffrè, 1997, p. 561 e ss.

⁽¹⁶⁾ P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto* (2009), ora in *Paolo Grossi*, a cura di G. Alpa, Roma-Bari, Laterza, 2011, p. 23. Cfr. inoltre ID., *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003 (31^a rist. 2023), p. 78.

comuni la raffigurazione dell'assetto delle fonti così come si è concretato dalla fine del Settecento in poi ⁽¹⁷⁾.

L'impegno a « ripensare le fonti del diritto » ⁽¹⁸⁾, a cui Grossi richiama il giurista contemporaneo, richiede di riflettere sull'assolutismo giuridico in quanto « canale forzato di scorrimento del diritto moderno, quello legislativo, con la sua arrogante idealizzazione e apoloizzazione » ⁽¹⁹⁾. Parlare di « assolutismo giuridico » significa prendere in considerazione la novità *moderna* del controllo della produzione di tutto il diritto da parte del potere politico, con la perdita (o almeno la grossa attenuazione) dei suoi legami con la società e con l'ulteriore conseguente perdita della spontaneità del meccanismo produttivo, privo della « continuità osmotica » con i fatti sociali ed economici ⁽²⁰⁾. Certamente — e Grossi ne è ben consapevole — non può essere cancellata la valenza positiva della sistemazione settecentesca delle fonti. Si tratta, però, di integrarla, proponendo una lettura più complessa che segali la valenza negativa che si accompagna a quella sistemazione. Assolutismo giuridico significa aver contratto la legittimazione a produrre diritto, con la conseguente contrazione della pluralità delle fonti, ridotte a manifestazioni del potere e strutturate gerarchicamente. L'esito, con la indebita equiparazione tra diritto e legge, è stato un impoverimento del paesaggio giuridico, separato dall'esperienza in costante mutazione, a cui segue la crisi del giurista (teorico o pratico) « esiliato al rango di creatura umbratile sotto la cappa legislativa » ⁽²¹⁾, « ripetitore senza voce propria, ripetitore di voci altrui » ⁽²²⁾.

⁽¹⁷⁾ GROSSI, *Società, diritto, Stato*, cit., p. 327. Sul punto v. G. ALPA, *Paolo Grossi, alla ricerca di un ordine giuridico*, in « Contratto e impresa », XXXII (2016), 2, p. 389.

⁽¹⁸⁾ « Per ripensare, oggi, il problema delle fonti del diritto » è il titolo della terza parte del libro di GROSSI, *Società, diritto, Stato*, cit., pp. 233-343.

⁽¹⁹⁾ Ivi, p. 327.

⁽²⁰⁾ Ivi, p. 328. Si veda anche P. GROSSI, *Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli 'atti' di un convegno milanese, e alla ricerca di segni)* (1988), ora in *Paolo Grossi*, cit., pp. 142-143.

⁽²¹⁾ GROSSI, *Società, diritto, Stato*, cit., p. 328. Cfr. anche ID., *Epicedio per l'assolutismo giuridico*, cit., p. 144, nonché ID., *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, cit., pp. 97-98.

⁽²²⁾ GROSSI, *Epicedio per l'assolutismo giuridico*, cit., p. 151.

La logica delle fonti articolate gerarchicamente impedisce di comprendere il farsi del diritto nell'epoca contemporanea (23). E non può non evidenziarsi, al riguardo, il ruolo dei giuristi nella qualifica stessa di fonti del diritto, nella determinazione del loro contenuto e nella loro ordinazione (24).

Le trasformazioni che hanno caratterizzato la storia giuridica del Novecento impongono un profondo ripensamento del monismo statalistico e del connesso sistema gerarchico delle fonti (25). Grossi, in proposito, fa riferimento ad alcuni eventi salienti che riguardano il nostro contesto ordinamentale. In primo luogo, la Costituzione, nella quale vivono e si affermano i valori riconosciuti in una civiltà storica, tradotti in un complesso di principi giuridici che ne esprimono il volto essenziale e fungono da supremo strumento ordinatore. La Costituzione riflette il pluralismo intrinseco alla società (26). Il pluralismo giuridico, che è pluralismo delle fonti, realizza in pieno il progetto inscritto nella dimensione costituzionale (27). La Costituzione italiana, lungi dal rafforzare la piramide delle fonti (28), configura plessi normativi policentrici e reca con sé il germe dello sgretolamento della gerarchia, affiancando, ma anche sostituendo ad essa, come criterio di messa in ordine delle fonti, la competenza, che meglio sembra rispondere al pluralismo istituzionale dei centri di produzione giuridica (29). La Costituzione è anche disciplina delle fonti: le produce, le conforma, le condiziona, mettendone in crisi la

(23) LIPARI, *Diritto civile e ragione*, cit., p. 90.

(24) G. PINO, *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, Modena, Mucchi, 2014, p. 63.

(25) GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, cit., p. 28 e ss.

(26) P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Bari-Roma, Laterza, 2020, p. 16 e ss.

(27) GROSSI, *Sistema moderno delle fonti del diritto ed esperienza giuridica posmoderna in Italia*, cit., p. 174. Si consideri quanto scrive l'Autore, *Della interpretazione come invenzione (la riscoperta pos-moderna del ruolo inventivo della interpretazione)*, in «Quaderni fiorentini», 47 (2018), p. 18: «La Costituzione, con il suo proporre un pluralismo sociale e un corrispondente pluralismo giuridico... esige una visione pluralistica delle cosiddette fonti».

(28) N. LIPARI, *A partire da "L'invenzione del diritto" di Paolo Grossi*, in «Rivista di diritto civile», LXIV (2018), 2, p. 356.

(29) F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2004, p. 2; L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in «Enciclopedia del diritto», Annali, II, t. 2, Milano, Giuffrè, 2008, p. 558; B. PASTORE, *Pluralismi giuridici*

tradizionale configurazione lineare. Determina rapporti tra atti normativi che non possono essere letti attraverso la sola visione gerarchica. Imprime una articolazione dinamica che sfugge all'immagine dell'« omogeneo digradare da norma superiore a norma inferiore »⁽³⁰⁾. Si assiste, pertanto, ad una disarticolazione dei « tipi » di atti normativi in una varietà di figure aventi caratteri peculiari, non riconducibili ad uno schema generale omogeneo quanto a forma, efficacia attiva, resistenza passiva⁽³¹⁾.

Un altro evento fondamentale, legato al primo, è rappresentato dall'istituzione della Corte costituzionale, « cerniera fra la testualità normativa delle leggi ordinarie e quel mondo di valori ricevuti che nemmeno il legislatore può violare »⁽³²⁾; « organo della coscienza sociale » e « valvola respiratoria dell'ordinamento giuridico italiano »⁽³³⁾, operante anche attraverso il canone dell'interpretazione conforme, che espande il giudizio di costituzionalità coinvolgendo in esso il giudice ordinario⁽³⁴⁾.

Peculiare salienza assume anche il diritto dell'Unione europea con il suo organismo giudiziario: la Corte di Giustizia, chiamata ad un compito costruttivo, che ha fornito un contributo determinante al disegno di un ordine giuridico complesso⁽³⁵⁾, nel quale, peraltro, *common law* e *civil law* trovano un terreno di armonizzazione⁽³⁶⁾.

Un ulteriore fenomeno che ridisegna lo scenario giuridico è

e trasformazioni del diritto contemporaneo, in « Quaderni fiorentini », 50 (2021), pp. 403-404.

⁽³⁰⁾ MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, cit., p. 566; B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 2014, pp. 20-21.

⁽³¹⁾ MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, cit., p. 571 e ss.

⁽³²⁾ GROSSI, *Società, diritto, Stato*, cit., p. 272.

⁽³³⁾ GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, cit., p. 29; ID., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, II, Milano, Giuffrè, 2014, p. 123.

⁽³⁴⁾ GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., p. 113.

⁽³⁵⁾ Ivi, p. 47 e ss. Grossi, tra l'altro, mette in evidenza il ruolo della Corte di Giustizia nella garanzia dei diritti fondamentali della persona, in quanto parte dei principi generali del diritto comunitario nel loro collegamento con le tradizioni costituzionali comuni.

⁽³⁶⁾ GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, cit., pp. 30-31. Cfr., sul punto, LIPARI, *Diritto civile e ragione*, cit., pp. 217-221, il quale connette il tramonto della distinzione tra sistemi di *civil law* e sistemi di *common law* al

costituito dalla globalizzazione/mondializzazione, che produce de-territorializzazione, eclissi della sovranità, rottura del monopolio e del rigido controllo statale sul diritto ⁽³⁷⁾. Le esigenze di rapidità e concretezza della prassi economica producono strumenti regolativi e istituti entro una dinamica di re-privatizzazione di larghe zone del pianeta giuridico ⁽³⁸⁾. Aumentano i soggetti produttori del diritto, così come le fonti. Tali mutamenti realizzano una formazione plurale del diritto, connessa al moltiplicarsi dei canali della sua produzione, sempre più decentrata e frantumata.

Tutto ciò conduce a percepire in modo nuovo e a ripensare il problema delle fonti « quali realtà plastiche da verificare nel *continuum* dell'esperienza e da recuperare alla storia » ⁽³⁹⁾. Viene in evidenza, al riguardo, l'ineliminabile relatività del diritto, che significa storicità ⁽⁴⁰⁾. Grossi vede la storicità come dimensione nella quale emerge un diritto vivente iscritto nella esperienza della vita sociale ⁽⁴¹⁾ e riconosce nell'effettività il canone di misura della giuridicità ⁽⁴²⁾.

La società è il referente della giuridicità ⁽⁴³⁾ e ciò conduce a riscoprire quella visione *ordinamentale* del diritto, che guarda ad una

superamento della distinzione tra fonti formali e fonti *extra ordinem*, tra fonti-atto e fonti-fatto.

⁽³⁷⁾ Cfr. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, cit., p. 34 e ss.; ID., *Società, diritto, Stato*, cit., p. 287 e ss. Per un inquadramento sul tema si rinvia a M.R. FERRARESE, *Globalizzazione giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, IV, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 547-570.

⁽³⁸⁾ Grossi, peraltro, si mostra ben consapevole del rischio della strumentalizzazione della dimensione giuridica al soddisfacimento di interessi economici. GROSSI, *Società, diritto, Stato*, cit., pp. 310-312. Si veda anche ID., *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, cit., p. 35.

⁽³⁹⁾ GROSSI, *Società, diritto, Stato*, cit., p. 330.

⁽⁴⁰⁾ *Dialogo con Paolo Grossi*, in *Paolo Grossi*, cit., p. 266.

⁽⁴¹⁾ Al tema della storicità del diritto è dedicata la prima parte di *Società, diritto, Stato*, cit., pp. 1-140.

⁽⁴²⁾ GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, cit., p. 36; ID., *Società, diritto, Stato*, cit., pp. 208-209.

⁽⁴³⁾ Nel considerare il diritto quale dimensione della vita sociale è chiara l'influenza esercitata su Grossi da Giuseppe Capograssi. Cfr., ad esempio, P. GROSSI, *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », LXXXIII (2006), 1, pp. 13-40. Sul punto v. G. ZACCARIA, *La storicità recuperata: l'insegnamento di Paolo Grossi*, in « Rivista di diritto civile », LIX (2013), 1, p. 172.

« pluralità di fonti non coercibili né in un sistema né tanto meno in una gerarchia; fonti di valenza paritaria perché esprimono dimensioni diverse della società e pertanto tutte meritevoli di rispetto »⁽⁴⁴⁾. « Fonte », allora, è termine che rimanda all'insieme dei fattori che influiscono sulla produzione delle norme e questa influenza può variare: vi sono fonti che forniscono all'operatore giuridico una norma applicabile, da utilizzare immediatamente, e fonti che offrono soltanto idee, ispirazioni, orientamenti, effetti d'indirizzo, dai quali gli operatori traggono le norme⁽⁴⁵⁾. Le fonti, così, presentano gradi diversi di oggettivazione, di elaborazione, di determinazione⁽⁴⁶⁾, ma si pongono, tutte, come risorse da cui trarre le regole dei casi. Gli interpreti individuano e articolano il discorso delle fonti all'interno di una prassi in cui la normatività giuridica si pone come risultato di fattori complessi che si combinano e interagiscono.

Il diritto assume un carattere proteiforme, che ridisegna l'assetto delle fonti. Alla *semplicità* tipica del diritto dell'età della codificazione (con la sua identificazione nella legge, perno del sistema, attorno al quale ruota tutto l'insieme delle fonti) si sostituiscono insieme normativi non più esclusivamente *legislativi*, ma *costituzionali*, complicati dalla presenza di un policentrismo dei luoghi di produzione normativa. D'altro canto, le molteplici fonti interne si trovano a concorrere con fonti sovranazionali (si pensi alla penetrante incidenza del diritto europeo-comunitario) e con il diritto globale (ne è un esempio significativo la nuova *lex mercatoria*⁽⁴⁷⁾), in uno scenario che manifesta la fine della pretesa di « esclusività-impenetrabilità » dell'ordinamento e che rende il diritto intricato.

Il pluralismo giuridico si sostituisce al vecchio monismo e Grossi vede nella revisione, in primo luogo epistemologica, operata da Santi Romano il punto di riferimento teorico di questo fonda-

(44) GROSSI, *Società, diritto, Stato*, cit., p. 210.

(45) PASTORE, *Principio di legalità, positivizzazione giuridica*, soft law, cit., p. 160.

(46) Distingue tra fonti obbligatorie, dotate di autorità vincolante, e fonti facoltative, dotate di autorità persuasiva, F. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione* (2009), Roma, Carocci, 2016, pp. 110-122.

(47) In argomento si veda F. GALGANO, *Lex mercatoria*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, V, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 721-729.

mentale cambio di prospettiva (48). Guardando allo scenario di profondo mutamento e di crescente pluralismo delle fonti si potrebbe parlare di una « rivincita » del pluralismo ordinamentale romaniano (49).

Il recupero della complessità e della ricchezza dell'universo giuridico implica il riconoscere che nel divenire storico risiede « il solo terreno adatto per la germinazione e la consolidazione della giuridicità » (50). Il diritto, invero, è da reperirsi nella struttura stessa della società, appartenendo alla sua fisiologia. Si radica nei fatti concreti, che, in ragione del loro mutare, ne costituiscono il connotato essenziale (51). Storicità significa, allora, umiltà di fronte al mutamento e al nuovo che questo comporta; significa consapevolezza che il diritto non può essere ridotto ad una volontà potestativa imposta dall'alto, bensì è espressione delle molteplici risorse che il flusso storico porta con sé (52). Una siffatta consapevolezza ricade sul piano della teoria giuridica attraverso uno spostamento dalla *validità* (formale) alla *fattualità*, che si pone come elemento rilevante del panorama giuridico odierno. Le frontiere del diritto e del fatto si confondono (53), emergono fonti alternative alla legge che impegnano ad una lettura della realtà al di fuori dal cerchio chiuso del

(48) Cfr. GROSSI, *Società, diritto, Stato*, cit., p. 205 e ss., il quale scrive (a p. 206): « La contemplazione della crisi profonda (anche se latente) nel sistema ufficiale delle fonti, l'insoddisfazione per il positivismo legalistico imperante, l'inappagamento dai semplicismi delle sublimi geometrie fino ad allora ricevute sono le motivazioni generanti quel frutto maturo, cioè esprime una maturità di tempi storici, che è 'L'ordinamento giuridico' del 1917/18 ». Su Romano cfr. *ivi*, pp. 143-162. Il capitolo è significativamente intitolato *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*. Si tratta del testo della *lectio doctoralis* pronunciata presso l'Università di Bologna nel 2005.

(49) Così ZACCARIA, *La storicità recuperata: l'insegnamento di Paolo Grossi*, cit., p. 175.

(50) *Dialogo con Paolo Grossi*, cit., p. 266.

(51) GROSSI, *Società, diritto, Stato*, cit., pp. 101-102; Cfr. ALPA, *Paolo Grossi, alla ricerca di un ordine giuridico*, cit., p. 396. Invero, come scrive N. LIPARI, *Gli approdi pluralistici del diritto civile*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », LXXXVI (2022), 4, p. 975: « se si continua a misurare la giuridicità con un metro statualistico, si perde in radice ogni prospettiva pluralistica », attenta ad un contesto di comportamenti vissuti, praticati, condivisi.

(52) GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., p. 89.

(53) M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 17, 239.

legalismo e del legicentrismo ⁽⁵⁴⁾. Far riferimento alla fattualità, per Grossi, implica che il diritto si adegui alle forze « che agiscono in basso e premono da sotto in su », dando spazio alla dimensione umana del diritto stesso « legata alla conoscenza e alla volontà di individui e di gruppi » ⁽⁵⁵⁾, e alla loro capacità di relazionarsi, di darsi una misura profondendola in forme giuridiche. La fattualità, pertanto, è manifestazione della socialità del diritto ⁽⁵⁶⁾.

2. *Complessità sociale e complessità giuridica.*

Il diritto è espressione della società in quanto realtà complessa e articolata. L'essenza del diritto risiede nell'atto di ordinare, rispettando la complessità sociale ⁽⁵⁷⁾. Lo stesso diritto è una realtà *impura* e, in quanto dimensione interna della storia umana, è una realtà complessa, « perché complesso è il corpo vivente della società alla quale il diritto incessantemente si riferisce » ⁽⁵⁸⁾.

La complessità, dunque, connota la giuridicità nell'età contemporanea e la piena consapevolezza della complessità dell'universo giuridico costituisce uno dei punti centrali della riflessione di

⁽⁵⁴⁾ T. GRECO, *Paolo Grossi, teorico del diritto orizzontale*, in « Rivista di filosofia del diritto », V (2016), 1, pp. 50-51; A. PUNZI, *La lezione della storia come apertura all'innovazione. Il realismo di Paolo Grossi e la regolazione della complessità*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », XCVIII (2021), 2, p. 184 e ss. Si veda P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015, pp. 28-29.

⁽⁵⁵⁾ GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 34.

⁽⁵⁶⁾ GRECO, *Paolo Grossi, teorico del diritto orizzontale*, cit., p. 51.

⁽⁵⁷⁾ GROSSI, *Prima lezione di diritto*, cit., pp. 15-18.

⁽⁵⁸⁾ GROSSI, *Società, diritto, Stato*, cit., p. 115. Scrive GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., p. 26: « L'incantamento verticistico, che aveva dominato nel suo distendersi l'esperienza giuridica moderna caratterizzandola intensamente, aveva dato dei frutti precisi: si era, in qualche modo, realizzata l'aspirazione a una scienza *pura* e, di conseguenza, la sua riconduzione a sistema. A uno sguardo più penetrante l'operazione non riesce però a nascondere anche una valenza assai negativa: si era snaturato il diritto separandolo dal divenire sociale e dissanguandola della sua intrinseca storicità, o, per usare un vocabolo più evocativo, della sua intrinseca carnalità. Questo pluralizzarsi di ordinamenti, questo riconoscere che il diritto nasce negli strati profondi della società, pluralizza le sue fonti e anche le de-tipicizza, ed è vistosa la loro *impurità*, ovvia conseguenza della loro fattualità ».

Grossi ⁽⁵⁹⁾, che si fa interprete « di quella lunga transizione tra modernità e pos-modernità giuridiche che stiamo... ancora vivendo » ⁽⁶⁰⁾.

Complessità significa recupero di un paesaggio giuridico plurale, connesso alla riscoperta del *molteplice* (come incoercibile pluralità), che rinvia alla compresenza, nella vita della società, di diversificate situazioni d'interesse, di plurimi stili di vita, di differenti discorsi e culture, di spazi e temporalità eterogenei ⁽⁶¹⁾. La pluralità si articola in diversità sostanziali da rispettare, tentando di armonizzarle ⁽⁶²⁾. Nel mondo del diritto tutto ciò ha condotto al proliferare di una moltitudine di fonti regolative. La legge risulta inadeguata per la sua intrinseca rigidità di fronte alla dinamica sociale ⁽⁶³⁾.

La complessità è il risultato della compresenza di più plessi normativi in interazione. Non più espressione di un fluire normativo uniforme che parte da un unico centro di autorità, ma risultato di varie interrelazioni, di una incessante circolazione di significati, frutto, in costante divenire, della prassi di una pluralità di soggetti. Il concetto di complessità, propriamente, designa la possibilità di dar conto di un insieme, assunto, in qualche modo, come unitario, considerando gli elementi che lo costituiscono e le relazioni, che sono il prodotto di attività selettive, in cui esso si conforma. La complessità indica un legame tra unità e molteplicità; va intesa come incremento dei collegamenti, degli intrecci, fra elementi. Essa dipende dal variare del numero e della diversità delle componenti di un insieme, dall'ampiezza e dall'incidenza delle loro interdipen-

⁽⁵⁹⁾ GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., pp. 106-107. Cfr. M. PALAZZO, *La recuperata consapevolezza della complessità nel processo di formazione del diritto. A margine del volume di Paolo Grossi*, *Oltre la legalità*, in « Giustizia civile », 4 (2020), pp. 798 e ss., 809 e ss.

⁽⁶⁰⁾ Così P. GROSSI, *Considerazioni conclusive*, in « Rivista di filosofia del diritto », V (2016), 1, p. 87.

⁽⁶¹⁾ Cfr. V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Scienza giuridica privatistica e fonti del diritto*, a cura di M. Lobbuono, Bari, Cacucci, 2009, pp. 47, 50 e ss.

⁽⁶²⁾ P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 95-96.

⁽⁶³⁾ GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., p. 70. A ciò si lega, in Grossi, la sfiducia nella capacità dei legislatori a ordinare la complessità giuridica.

denze, nonché dalla variabilità degli elementi e delle loro relazioni nel corso del tempo. Così, gli elementi di un insieme, e le loro connessioni, frutto di dinamiche non lineari, multiple, si collocano entro una trama dove le singole parti perdono di rilievo nel loro carattere singolare e discreto e lo acquistano invece al livello del tessuto che vanno a comporre ⁽⁶⁴⁾.

Il pluralismo delle fonti, ciascuna delle quali è in rapporto di interrelazione con le altre, favorisce la complessità, che a sua volta genera un paesaggio giuridico complicato ⁽⁶⁵⁾.

La configurazione delle fonti subisce un processo di revisione verso un ordinamento « aperto » alle pratiche sociali di reperimento del diritto. Si assiste ad una dissociazione tra l'insieme delle fonti formali e quello (più ampio, comprensivo di fonti informali) accettato dalla comunità giuridica. Le fonti si de-tipicizzano. Emergono fonti « nuove ». Si assiste, così, ad una situazione di disordine ⁽⁶⁶⁾. Risulta chiaro, allora, guardando al diritto italiano odierno, il profondo contrasto con « il sistema delle fonti inchiodato negli articoli senza tempo delle 'Preleggi', puro e semplice artificio »: « è il contrasto tra un 'ordine' assolutamente artificioso e un 'disordine' effettivo » ⁽⁶⁷⁾.

Se il panorama giuridico assume sempre più una articolazione plurale, dove interagiscono tutte le norme (di diversa origine e

⁽⁶⁴⁾ Cfr. A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, I, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 201-218; P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in « Rassegna di diritto civile », 1 (2005), pp. 188-214; J.B. RUHL, *Law's Complexity: a Primer*, in « Georgia State University Law Review », 24 (2008), pp. 885-911; B. PASTORE, F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Bologna, il Mulino, 2017, pp. 283-286. Sui diversi modi in cui la teoria della complessità può riguardare il diritto si rinvia a i contributi pubblicati in *Complexity Theory and Law. Mapping an Emergent Jurisprudence*, edited by J. Murray, Th. E. Webb, S. Wheatley, Abingdon-New York, Routledge, 2019.

⁽⁶⁵⁾ Così P. GROSSI, *Sull'esperienza giuridica pos-moderna (riflessioni sull'odierno ruolo del notaio)*, in « Quaderni fiorentini », 47 (2018), p. 337.

⁽⁶⁶⁾ Cfr., in proposito, G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in « Rivista di diritto privato », 3 (2003), p. 461 e ss.; U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in « Politica del diritto », XXXVII (2006), 3, p. 361 e ss.

⁽⁶⁷⁾ GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, cit., p. 27.

provenienza), si può ben dire che la distinzione tra fonte in senso materiale e fonte in senso formale ⁽⁶⁸⁾ risulta superata. Appare estremamente difficile ricondurre le fonti a schematiche elencazioni, basate, ad esempio, sul *nomen iuris* e/o sul procedimento formale di produzione. Si è in presenza di una molteplicità di atti e fatti per mezzo dei quali vengono create, modificate, estinte norme generali e astratte e/o norme individuali e concrete. Vi sono fonti che resistono a farsi collocare esaustivamente in un qualunque grado della gerarchia. Avviene, così, che il tradizionale schema gerarchico, tramontata la sua capacità prescrittiva, si dissolve. Si ha a che fare con fonti *extra ordinem* (tra le quali rientra il *soft law*, con le sue eterogenee manifestazioni) non disciplinate da disposizioni sulla produzione giuridica ma operanti sulla base del principio di effettività (funzionante esso stesso, invero, come norma sulla produzione). Il *soft law* conferma l'idea che i materiali che popolano il panorama giuridico, e che contribuiscono variamente a determinare i processi di positivizzazione, sono molto più articolati e complessi rispetto al modo semplicistico esibito dal giuspositivismo statualistico e legicentrico. Le manifestazioni di *soft law* possono essere fatte rientrare in un modello di regolazione attento al soddisfacimento dell'esigenza di fare della normazione uno strumento capace di adattarsi a dinamiche sociali, economiche, tecnologiche in continuo mutamento, nonché idoneo a tener conto dei vari interessi in gioco, e volto ad indirizzare verso l'attuazione di determinate modalità e particolari scopi il comportamento dei soggetti. Ciò testimonia che il diritto tende, per molti versi, a conformarsi secondo una logica della possibilità e dell'opportunità, piuttosto che del vincolo e della sanzione ⁽⁶⁹⁾.

Il diritto può nascere non solo nelle forme prescritte, ma anche in forme diverse, rinviati al momento decisionale-riconoscimentale connesso ai processi di positivizzazione giuridica ⁽⁷⁰⁾. L'universo giuridico assume una configurazione multipolare, di tipo orizzon-

⁽⁶⁸⁾ R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 57-59, 64-65; ID., *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 51-52, 67-68.

⁽⁶⁹⁾ PASTORE, VIOLA, ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, cit., pp. 287-296.

⁽⁷⁰⁾ Ivi, p. 286.

tale, « a rete », piuttosto che di tipo verticale, « a piramide »⁽⁷¹⁾. I materiali che lo popolano, e che contribuiscono variamente a determinare i processi di formazione del diritto, sono molto più articolati e complessi rispetto al modo semplicistico esibito dalla tradizione legicentrica. La normatività giuridica risulta, in questo quadro, non monolitica e si colloca lungo un *continuum*, configurato dalle diverse possibili relazioni riguardanti la vigenza e la validità dei materiali giuridici, la loro effettività, la valenza che questi assumono nel processo di positivizzazione, la loro cogenza, il loro indice di ottemperanza. Ciò rinvia all'uso, all'applicabilità, all'accettazione e all'osservanza delle regole giuridiche.

La positivizzazione si compie a partire dalle fonti, ma nessuna di esse è autosufficiente, né conclusiva, e ognuna di esse rileva solo nell'ottica generale della pratica giuridica. L'ordinamento vive nel rapporto che lega i molteplici e diversamente vincolanti atti di normazione con le attività interpretative che da essi si sviluppano. Abbiamo a che fare con una continua e diffusa prassi, articolata a diversi livelli, da quelli « tecnici », a quelli non-istituzionalizzati di coloro che esperiscono il diritto come valido e lo scelgono come ragione per agire e per decidere. I materiali giuridici, così, presentano diversi piani di elaborazione e determinazione, che testimoniano il funzionamento « plurale » della positività. Il diritto si compone di fattori plurimi, variamente dislocati ai livelli della sua produzione, integrazione, ricostruzione, applicazione. Nell'ordinamento convivono plessi normativi, variamente articolati, che contribuiscono, in relazione ai concreti ambiti sociali e alle specificità regolative, alla prestazione volta ad orientare i comportamenti e a prendere decisioni.

Complessità del diritto vuol dire, anche, riconoscere che esso è il prodotto di un'ampia pluralità di fonti « statuali » ed « extra-statali », tra le quali assume una significativa consistenza l'autonomia privata. Il diritto statale è solo una parte del diritto. Viene meno

(71) Cfr., sul punto, GROSSI, *Società, diritto, Stato*, cit., pp. 268-269, 285-276, 293. V. anche F. OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?*, in *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, a cura di M. Vogliotti, Torino, Giappichelli, 2008, spec. pp. 32-38.

la pretesa dello Stato di essere l'esclusivo produttore di tutto il diritto ⁽⁷²⁾.

Vari sono i fenomeni di produzione privata del diritto: prassi negoziale, *lex mercatoria*, lodi arbitrali, procedure connesse ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie (mediazione, conciliazione, arbitrato). Si tratta di fenomeni tutt'altro che eccentrici e marginali nella vita del diritto. Gli atti dei privati diventano fonti normative ⁽⁷³⁾, ossia modi di manifestazione di regole giuridiche. Si tratta di un diritto, espressione del pluralismo normativo ⁽⁷⁴⁾, che riconfigura il modo di concepire l'ordinamento in quanto struttura conformata di funzioni, di rapporti organizzativi, di materiali normativi, di elementi valoriali, e che vive rinnovandosi continuamente attraverso atti di produzione, di interpretazione, di applicazione; risultato *in fieri* di complesse combinazioni e interdipendenze.

3. Interpretazione e fonti.

La moltiplicazione delle fonti, con la loro connessa detipizzazione, ha come conseguenza la crescita del ruolo degli interpreti ⁽⁷⁵⁾. La pluralità delle fonti conduce allo spostamento

⁽⁷²⁾ Cfr. P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 3 e ss., 6 e ss., 21-23. Si consideri, al riguardo, quanto scriveva F. VASSALLI, *Estrastatualità del diritto civile* (1951), ora in *Id.*, *Studi giuridici*, vol. III, t. II, Milano, Giuffrè, 1960, p. 755: «Il diritto civile non è mai stato mancipio dello Stato, com'è avvenuto nella fase più recente. Non lo è stato per l'intrinseca sua natura, né per suo processo di formazione». Ma già nel 1929 Widar Cesarini Sforza richiamava l'attenzione sul diritto dei privati, che regola i rapporti tra persone private e «*non emana dallo Stato*, né immediatamente né mediatamente»: cfr. W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Macerata, Quodlibet, 2018, p. 14.

⁽⁷³⁾ Sull'autonomia privata quale fonte del diritto cfr. P. PERLINGIERI, *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in «*Rivista di diritto privato*», 4 (2010), pp. 7-8, 21 e ss.; SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, cit., pp. 68 e ss., 77 e ss.

⁽⁷⁴⁾ Sui fenomeni di produzione privata del diritto, che contribuiscono a definirne il carattere pluralistico, cfr. PASTORE, *Pluralismi giuridici e trasformazioni del diritto contemporaneo*, cit., pp. 408-409. Si veda altresì S. MEDER, *Ius non scriptum. Tradizioni della produzione privata del diritto* (2007), Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, in particolare pp. 59 e ss., 91 e ss., 115 e ss., 124 e ss.

⁽⁷⁵⁾ GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., pp. 69-70.

dell'asse portante dell'ordinamento dalla legge all'interpretazione⁽⁷⁶⁾. Si riapre, in tal modo, lo spazio di intervento dei giuristi: del giudice, chiamato a forgiare strumenti nuovi in assenza delle previsioni legali o in ragione della loro inadeguatezza⁽⁷⁷⁾; della scienza giuridica, che, « dismessa ormai la veste stretta dell'esegesi », opera delineando un *corpus* di principi e nuove forme giuridiche sensibili alle trasformazioni in atto e alla mobilità del diritto, recuperando così la propria funzione costruttrice e rielaboratrice⁽⁷⁸⁾. Il ceto giurisprudenziale (sapienziale e giudiziale) riacquista, dunque, una voce determinante⁽⁷⁹⁾.

I giuristi sono chiamati — e di ciò portano la responsabilità — a partecipare al processo formativo del diritto. L'interpretazione/applicazione non può essere confinata al di fuori di tale processo, assumendolo come « già perfettamente compiuto e concluso nel momento della manifestazione di un testo normativo » e « ritenendo l'interprete/applicatore un soggetto tenuto alla intelligenza del contenuto di volontà reperibile nel testo »⁽⁸⁰⁾. La norma generale e astratta, per diventare regola esperienziale, ha bisogno dell'interpretazione, che la plasma secondo le esigenze emergenti nel tempo storico. Le disposizioni giuridiche sono solo un punto di partenza e sono soggette ad una costante ridefinizione in funzione della concretezza del caso e in vista del conseguimento di un risultato giusto⁽⁸¹⁾.

Il testo normativo non è autosufficiente. Va compreso ricontestualizzandolo nella situazione attuale dell'interprete. Qui si

⁽⁷⁶⁾ GROSSI, *Sull'esperienza giuridica pos-moderna (riflessioni sull'odierno ruolo del notaio)*, cit., pp. 333-334.

⁽⁷⁷⁾ La centralità del momento giurisdizionale « costituisce il necessario controtendere dell'erosione del primato della legislazione. Il giudice non è più chiamato semplicemente ad applicare le norme di fonte legislativa, ma a ricercare le ragioni normative — non certo univocamente precostituite — che sostengono una determinata soluzione del caso preso in esame ». Così LIPARI, *Gli approdi pluralistici del diritto civile*, cit., p. 989.

⁽⁷⁸⁾ GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, cit., p. 33. Si veda, in proposito, ZACCARIA, *La storicità recuperata: l'insegnamento di Paolo Grossi*, cit., p. 176.

⁽⁷⁹⁾ GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., p. 26.

⁽⁸⁰⁾ GROSSI, *Prima lezione di diritto*, cit., p. 106.

⁽⁸¹⁾ Così LIPARI, *A partire da "L'invenzione del diritto" di Paolo Grossi*, cit., p. 355.

esplica la valenza squisitamente *intermediativa* dell'attività interpretativa. Grossi, al riguardo, fa riferimento all'ermeneutica giuridica e apertamente riconosce il contributo dell'ermeneutica di ascendenza gadameriana al risveglio della consapevolezza della centralità del momento interpretativo/applicativo nel processo di produzione del diritto ⁽⁸²⁾.

L'interpretazione non si esaurisce nella spiegazione di un testo concluso e indisponibile. È, piuttosto, intermediazione necessaria e vitale tra le proposizioni astratte della norma e la situazione storica che l'interprete ha di fronte. L'interpretazione si pone come componente essenziale della giuridicità, nonché come mezzo stesso del suo operare in concreto.

La positivizzazione giuridica si perfeziona solo con il momento interpretativo. Il diritto cresce attraverso il costante inserimento di materiali normativi e la loro determinazione progressiva, realizzata in sede interpretativo/applicativa. Da questo punto di vista, la stessa ricerca delle fonti diviene una questione interpretativa, che mette in campo un insopprimibile ambito di libertà dell'interprete ma, nel contempo, richiede che essa si eserciti all'interno della pratica giuridica, nel rispetto del suo senso generale e dei suoi vincoli specifici ⁽⁸³⁾. Le fonti presentano gradi diversi di oggettivazione, ma si pongono, tutte, come luoghi privilegiati, in quanto risorse dotate di forza presuntiva, a cui gli interpreti si rivolgono per trarre le norme da applicare ai casi concreti ⁽⁸⁴⁾. L'attività dell'interprete consiste nel reperimento della soluzione giuridicamente adeguata alla situazione particolare e nel ritrovamento della regola del caso, cercata nei depositi normativi. Si tratta — come Paolo Grossi ha più volte detto e scritto — di un'attività *inventiva*, che rinvia al significato dei termini latini *invenire/inventio*, facenti riferimento a un cercare per trovare, ad una attività di scoperta ⁽⁸⁵⁾.

⁽⁸²⁾ GROSSI, *Prima lezione di diritto*, cit., pp. 106-111. Di Grossi, in proposito, si vedano altresì: *Società, diritto, Stato*, cit., pp. 243-245; *Introduzione al Novecento giuridico*, cit., pp. 34-36; *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2017, pp. 87-89, 123-124.

⁽⁸³⁾ PASTORE, VIOLA, ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, cit., p. 317 e ss.

⁽⁸⁴⁾ G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2012, p. 46.

⁽⁸⁵⁾ GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., pp. X, 62, 82, 86, 111.

Una siffatta attività è quanto mai essenziale nel mondo giuridico odierno, caratterizzato da stratificazioni normative molteplici, da plurime fonti e dalla loro interazione all'interno di una rete complessa. Gli interpreti, in presenza di una pluralità, spesso disordinata, di fonti, esorbitante « dalla rigidità della passata inchiodante tipicità »⁽⁸⁶⁾, devono previamente individuare il « dato » cui riferire il lavoro di attribuzione dei significati e qui il momento della scelta è rilevante. Dall'individuazione delle fonti, a seguito della loro selezione, deve ricavarsi, attraverso l'interpretazione, la regola da applicare al caso concreto⁽⁸⁷⁾. Al tradizionale compito di trarre la norma dalla fonte si affianca quello del reperimento della fonte stessa, che va costruita⁽⁸⁸⁾. L'uso delle fonti, pertanto, rinvia alla loro ricerca e individuazione, che diventano questioni di interpretazione e di applicazione del diritto. A monte delle norme vi sono svariati materiali giuridici, eterogenei e dotati di diversa forza vincolante, che formano un insieme normativo in potenza da attualizzare. Il diritto positivo appare come un'impresa solidale di soggetti, istituzionali e non-istituzionali, i quali, con la loro attività ermeneutica, individuano e articolano il discorso delle fonti all'interno di una prassi in cui la normatività giuridica si pone come risultato di componenti diversi. Riconosciuto che l'attività interpretativa costituisce un aspetto interno alla dinamica giuridica, e che il diritto giurisprudenziale è « una sorta di provvida valvola che permette un più congruo respiro al diritto positivo »⁽⁸⁹⁾, emerge l'esigenza di integrare la teoria delle fonti con la teoria dell'interpretazione⁽⁹⁰⁾.

(86) GROSSI, *Della interpretazione come invenzione (la riscoperta pos-moderna del ruolo inventivo della interpretazione)*, cit., p. 19.

(87) A. FALZEA, *Le fonti del diritto e l'interpretazione giuridica*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale. La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, t. I, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, pp. 28-32.

(88) Cfr. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, cit., p. 271; ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, cit., pp. 58-59; LIPARI, *A partire da "L'invenzione del diritto" di Paolo Grossi*, cit., pp. 357-358.

(89) GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., p. 113.

(90) A. RUGGERI, « *Itinerari* » di una ricerca sul sistema delle fonti, X, Torino, Giappichelli, 2007, p. 19; G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna, il Mulino, 2022, pp. 23-24.

Il reperimento delle regole idonee per la decisione dei casi, il cercare per trovare di cui parla Grossi, si svolge in un ambito caratterizzato dalla libertà di movimento. E ciò evidenzia il ruolo « creativo » dell'interprete. Grossi, invero, rifiuta il sintagma « creazione giurisprudenziale » perché produttivo di malintesi. Di « creazione » e di « creazionismo » parlano gli adepti del legalismo statalistico, stracciandosi le vesti « di fronte ad un ruolo, innaturale perché para-legislativo, conferito (almeno secondo loro) ai giudici dalla riflessione ermeneutica » (91). L'intervento creativo dell'interprete, però, appare inevitabile poiché include insopprimibili aspetti di soggettività, che comunque si articolano e sono contenuti all'interno di un terreno intersoggettivo, entro limiti e vincoli istituzionali, discorsivi e argomentativi, ai quali il percorso interpretativo e decisionale deve sottostare (92). Tra questi limiti, con specifico riferimento al giudice, vi sono quelli intrinseci alla sua professionalità e che incidono sulla sua azione intellettuale: l'imparzialità e la ragionevolezza; ma vi rientrano anche il rispetto del contraddittorio e l'obbligo di motivazione, con la sottoposizione dei suoi provvedimenti al controllo degli organi di impugnazione e anche dell'opinione pubblica (93). Peraltro, uno dei vincoli essenziali per l'interprete è costituito dalla fedeltà al diritto positivo, che si realizza attraverso il mantenimento di agganci con un sostrato sedimentato, che contribuisce allo sviluppo del diritto e che si nutre di legami di compatibilità (variamente articolata) con la realtà giuridica preesistente (94). La creatività giudiziale è dunque *derivata*, legata al diritto preesistente, che va inteso come deposito di potenzialità latenti,

(91) Così P. GROSSI, *Prefazione*, in *Il mestiere del giudice*, a cura di R.G. Conti, Milano, Wolters Kluwer — Cedam, 2020, p. XVI. Cfr. anche ID., *Sistema moderno delle fonti del diritto ed esperienza giuridica posmoderna in Italia*, cit., pp. 174-175. Sul punto v. PUNZI, *La lezione della storia come apertura all'innovazione. Il realismo di Paolo Grossi e la regolazione della complessità*, cit., pp. 178-180; O. ROSELLI, *Oltre la legalità. A partire da un recente libro di Paolo Grossi*, in « Sociologia del diritto », XLVIII (2021), 1, pp. 182-184.

(92) Cfr. ZACCARIA, *Postdiritto*, cit., pp. 169-172.

(93) GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., pp. 127-128.

(94) D. LYONS, *Open Texture and the Possibility of Legal Interpretation*, in « Law and Philosophy », 18 (1999), pp. 301-303.

nonché di attualizzazioni nelle quali si evidenziano, a partire da un insieme plurale di materiali normativi, nuovi significati ⁽⁹⁵⁾.

Di fronte ai cambiamenti legati alla variegata configurazione delle fonti, spetta agli interpreti il compito di fornire risposte capaci di mettere ordine nel panorama giuridico odierno. Vengono in evidenza, a questo proposito, i princìpi, con il loro ruolo ordinante e unificante, che, in ragione della loro portata assiologica, della loro indeterminatezza ed elasticità, della loro capacità espansiva, superando la rigidità pietrificata nella testualità del comando legislativo ⁽⁹⁶⁾, vanno interpretati, divenendo strumenti disciplinatori, destinati a informare di sé l'intero ordinamento, aperti a future acquisizioni, in un contesto magmatico e incerto; bussole per navigare nell'arcipelago mobile delle fonti, caratterizzato da grande fluidità, variabilità, instabilità. Veicolano altresì una visione ordinamentale, orientata a realizzare una unità plurale ⁽⁹⁷⁾, ponendosi come punti di coordinamento, chiavi di volta, trame di sostegno dell'edificio giuridico.

Le analisi e le riflessioni di Paolo Grossi sulle fonti si concentrano sulla crisi del modo con cui queste sono state configurate nell'ambito della « dialettica 'moderno/pos-moderno' », della transizione dalla modernità, che si sta ancora vivendo, verso un approdo diverso e distante dal luogo dell'imbarco ⁽⁹⁸⁾. Il paesaggio giuridico si è grandemente trasformato. Si tratta di prenderne atto, evitando ogni riduzionismo. Gli interpreti teorici e pratici (giudici, scienziati, avvocati, notai) sono chiamati a fornire risposte in grado di ordinare la transizione.

La teoria delle fonti non può non abbracciare il campo largo dell'esperienza giuridica. Attraverso la decifrazione dei segni presenti nell'universo giuridico, nella costante attenzione rivolta al suo

⁽⁹⁵⁾ ZACCARIA, *Postdiritto*, cit., p. 97.

⁽⁹⁶⁾ GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., pp. 71, 81; ID., *Oltre la legalità*, cit., p. 70 e ss. In argomento v. PUNZI, *La lezione della storia come apertura all'innovazione. Il realismo di Paolo Grossi e la regolazione della complessità*, cit., p. 183.

⁽⁹⁷⁾ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 66-67; ID., *Introduzione al Novecento giuridico*, cit., pp. 95-96.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. GROSSI, *Il diritto in una società che cambia*, cit., pp. 111-112; ID., *Considerazioni conclusive*, cit., p. 87; ID., *Sistema moderno delle fonti del diritto ed esperienza giuridica postmoderna in Italia*, cit., p. 159.

svolgimento diacronico, con la consapevole messa a fuoco del suo dinamismo interno e della sua dimensione pluralistica, Paolo Grossi, nel fornire strumenti teorici valevoli anche per il loro lavoro, richiama i giuristi d'oggi alla responsabilità di ripensare il problema delle fonti del diritto, lasciando in eredità un messaggio culturale di notevole importanza.

UMBERTO BRECCIA

UNA CONTINUA RICERCA DELLA VERA FORZA
DEL DIRITTO NELLE RIFLESSIONI
SUL PENSIERO GIURIDICO

1. Una breve testimonianza. — 2. Un altro modo « forte » dell'essere giuristi di un diritto senza aggettivi. — 3. Un testamento per i giuristi più giovani: non desistere dalla tenace ricerca, fino alla *in-ventio*, dell'autentica forza del diritto.

1. *Una breve testimonianza.*

Il patrimonio ideale, quanto mai raro per altezza e per completezza, che Paolo Grossi ci ha trasmesso ⁽¹⁾, con ben visibili esiti nel pensiero e nell'azione ⁽²⁾, si è sempre mirabilmente unito alla Sua personalissima capacità di accogliere tutti con un sorriso, senza preclusioni.

Di questa Sua inimitabile sensibilità fraterna vorrei qui dare soprattutto una breve testimonianza, piena di affetto e di gratitudine.

Sono diventate ormai proverbiali alcune modalità espressive che furono una sorta di controcanto incisivo nell'arco dei molti incontri con Paolo Grossi e con la lettura delle Sue pagine (delle quali in seguito saranno riprodotte soltanto le iniziali del nome e del cognome) ⁽³⁾.

Leggiamo, così, che alla radice materiale dei tempi e degli spazi storici non sono modelli astratti, ma « uomini in carne e ossa ». Uno dei caratteri, che, sottraggono il diritto al suo inafferrabile empireo

⁽¹⁾ Fra le ultime pagine: P. GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno (dal monismo legalistico al pluralismo giuridico)*, Milano, Giuffrè, 2021. Per un primo confronto si rinvia a « Quaderni fiorentini », LI (2022).

⁽²⁾ Un chiaro quadro d'insieme già si trae da un omaggio dei discepoli: Ordo iuris. *Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003.

⁽³⁾ Per motivi facilmente intuibili, i riferimenti sono ridotti al minimo.

e lo riportano sulla terra, è, per l'appunto e in termini ancor più generali (come spesso si legge in P.G.), « la carnalità ».

Il monito è fermo: bisogna rovesciare drasticamente la prospettiva: dai « fatti fangosi » verso una rimozione liberatoria, che pur sempre nell'esperienza di ben altri fatti ha un fondamento costituzionale, radicalmente innovativo.

L'enfasi, che muove dall'alto, occulta la « concretezza » giuridica, la quale — è quel che si sente spesso, da P.G. in prima persona, ripetere — « sale dal basso » di un'esperienza collettiva: da un intreccio di relazioni interpersonali, quotidiane e pervase di vita.

Sono tratti, codesti, di per sé eloquenti nella loro notoria e palmare evidenza; e hanno una misura stilistica originalissima, ravvivata da un'icastica schiettezza, tutta fiorentina.

Ebbene — chiediamoci a questo punto — quale idea fondamentale anima e sorregge la trama delle narrazioni di P.G.?

L'impressione più immediata è che il « diritto » attenda sempre di esser conosciuto e riconosciuto, trovato e ritrovato, al culmine di una *in-ventio* ⁽⁴⁾, in quanto fenomeno complesso, irriducibile a una dimensione oggettivamente e soggettivamente parziale e insulare; cosicché non tragga la sua forza da un'altra forza più alta, ma sia provvisto di una dinamica intrinseca.

Gli « ostacoli di fatto » nel lessico costituzionale (i « fatti fangosi » nel lessico di P.G.) si pongono in tensione, dunque, con i fatti giuridici *liberatorii*. Tale il senso normativo (art. 3, comma 2) del famoso « compito » costituzionale: un compito sempre in attesa di un « compimento ».

L'idea fondamentale è, in poche parole, l'immagine di una salda prerogativa della « giuridicità »: che dev'essere sempre descritta e prescritta.

Tale è anche il nucleo ricorrente del diritto quale infaticabile ricerca di un'inconfondibile « grammatica ordinante »: in corso di costante aggiornamento con l'apporto costruttivo (non « creazionistico ») di un concorso di fonti interagenti.

⁽⁴⁾ P. GROSSI, *La invenzione del diritto: la funzione dei giudici*, in *cortecostituzionale.it*.

2. *Un altro modo « forte » dell'essere giuristi di un diritto senza aggettivi.*

Non solamente quando sia associato al diritto il *nomen* « forza » è pervaso di significati che esigono una determinazione contestuale e che si espongono al vortice ingovernabile dei fraintendimenti.

Il diritto, secondo P.G. e il Suo lessico perentorio, è « salvifico » (salva la società) proprio per il fatto che è radicato nella « terra » di una convivenza collettiva: non ha bisogno di stampelle fondanti o aggiuntive, mitologiche o mistiche.

Nel codice civile napoleonico la *force* è associata notoriamente alla *loi*, fra i contraenti, si estende al *contrat*.

Senonché, la legge e il contratto altro non sono se non la proiezione della forza di un diritto senza « aggettivi », poiché il diritto, in quanto tale, ha una presa diretta nelle istituzioni più diverse: e, pertanto, è immune (sempre secondo P.G.) anche da modelli « naturalistici ».

I profili paradigmatici sono al centro di un incessante laboratorio ricostruttivo e decostruttivo che riscopre o annuncia un altro modo d'essere giuristi (e tali si è, in una qualche misura, tutti: anche in uno spazio-tempo che sembra popolarsi d'intelligenze prive di carne e di ossa).

Le pagine che P.G. ha dedicato a molti protagonisti del pensiero giuridico moderno si segnalano, in maniera conseguente, per una sorta di filo conduttore: nel quale si rende assai visibile una grande consonanza con gli scritti che a loro volta furono animati da un'idea forte del diritto in quanto orizzonte che sempre tende al mutamento.

Tale forza del diritto, interferente con plurimi e difformi significati, deve prevalere — secondo quel che spesso si sente altresì dire — sul diritto della forza.

Si nota subito che non c'è molta simpatia per i giuristi esangui, imprigionati nei recessi dei luoghi « potenti », impegnati in operazioni di alchimia sterile, afflitti da una maniacale presunzione di sapienza astrusamente gergale. La metafora prediletta, qui, è la soffitta polverosa.

Il diritto è forte, al contrario, proprio per il fatto che si dicano

le cose come stanno, con una fermezza nella quale dà molte volte prova di sé un autentico coraggio intellettuale nell'affrontare le plurime insidie di universi intrecciati e dinamici. La metafora prediletta, qui, è lo spazio-studio aperto, pieno di finestre sul mondo.

Alla superficie sembra dominante un conformismo che talvolta evoca l'immagine del « breviario », sebbene sia innegabile il successo delle dottrine dei maestri del diritto civile (si rileggano anche gli spunti dedicati da Nicolò Lipari e da Enrico Del Prato all'emminente figura di Francesco Santoro Passarelli).

In profondità stanno, al tempo stesso, i personaggi prediletti da P.G.: che del diritto hanno intuito la vocazione autentica, ancorché non sempre l'apparente « eresia » delle loro idee, non strettamente esegetiche, sia stata accolta come avrebbero meritato.

La *in-ventio* della vera forza del diritto è dunque l'oggetto, secondo P.G., di una ricerca spregiudicata; esige di tener fermo lo sguardo, pur in presenza di coordinate temporali e spaziali che sembrano sottrarsi a tutti i tentativi di pervenire a ricostruzioni condivise.

Come trovare, dunque, il diritto, in tutta la sua energia non fraintesa, nell'attualità?

Ci sono immagini che possono con più efficacia attestare le continuità e le discontinuità?

Alcune « svolte » paradigmatiche sono innegabili e non esaurite?

I ripetuti neologismi annunciano un diritto possibile o una « via di fuga » arbitrariamente « creazionista »?

Il passaggio da una declinazione descrittiva che si propone al genere singolare a una vena paradigmatica che si propone al genere plurale (come nel caso esemplare del « pluralismo » e della « mappa » dei « pluralismi ») quali incognite e quali insidie trascina con sé?

Una serie d'incalzanti domande detta, dunque, l'ordine del giorno della ricerca del diritto e della ben compresa sua « formamateria » alla quale non si addice l'attributo denigratorio di segno « formalistico »: quali si annunciano e si fanno più gravi in età contemporanea e nelle potenzialità future, oltre che nella viva « storia » narrata da P.G., ovvero nella « storicità del diritto » e nei Suoi illuminanti « colloqui con i giuristi ».

I punti salienti sono a tal punto innumerevoli da scoraggiarne ogni pretesa elencazione, pur sommarla.

Nel tentativo di proporre un confine che sia ridotto all'essenziale, si consideri qui, almeno, il significato ambiguo del successo che, in una cornice spazio-temporale di segno « globale », è arriso a taluni nuovi *nomina*, che sono stati composti con ricorso al prefisso *post*, al prefisso *neo*, al prefisso *inter*.

Ecco cinque esempi solamente, fra i più ricorrenti: *diritto globale*; *diritto postmoderno*; *interterlegalità*; *neocostituzionalismo*; *postdiritto*.

L'associazione al « diritto » dell'attributo « moderno » è notoriamente tanto diffusa quanto priva di una configurazione univoca.

La questione si aggrava quando si tratti di confrontarsi con l'universo vasto e multiforme che tante volte è designato con ricorso all'immagine della postmodernità.

Un aspetto, nondimeno, è indissociabile dall'incremento che ha avuto l'idea della « svolta » costituzionale: quale, per una convinzione in origine relegata ai margini ma in seguito tendenzialmente unanime, ha assunto un carattere « paradigmatico ».

Le pagine di P.G. qui soprattutto esaltano il sentimento del diritto in quanto « forza » da inventare: per tramite di una ricerca la quale dia piena luce, in una linea di continuità con il pensiero giuridico più aperto, alla pluralità dell'area in tal senso pertinente.

Lo stile « sanguigno » ravviva, con un'intonazione che non lascia dubbi sulla nettezza del pensiero, le opinioni diverse: quali stanno al cuore dei colloqui con i giuristi.

P.G. non si limita, infatti, a segnalare la radicalità della trasformazione costituzionale.

La memoria dei protagonisti di quel tempo e delle lontane dispute sulla piena rilevanza giuridica della carta repubblicana si unisce alla testimonianza della diretta esperienza del giudice e del presidente della Corte costituzionale P.G.

Nel linguaggio, oltre che nella voce fermissima (quale spicca nei tanti incontri con un pubblico vario e sempre partecipe), il confronto con il tempo del diritto che suole dirsi « moderno » assume un risalto così netto da escludere la minima reticenza.

Lungo la linea che si fa risalire al tormentato modello di Weimar, P.G. non esita a qualificare « posmoderna » (secondo la nota dizione da P.G. testualmente prediletta) proprio la nostra carta repubblicana; e tutto questo in ragione di una nuova impronta inequivocabile che

non era in alcun modo reperibile nello Stato liberale e nella sua diffusa qualificazione in termini di « Stato di diritto ».

Il transito dall'individualismo possessivo al « personalismo » socialmente pluralistico e responsabilmente solidale fu qualcosa di più e di altro, per P.G., rispetto a un compromesso fra le ideologie a quel tempo dominanti; e, in maniera coerente con il canone che fu detto della « rigidità », assurse al rango di un vincolo giuridico di forza superiore alla fonte di legge.

Si parlò di un « dover essere » del diritto (qui il riferimento al pensiero di Luigi Ferrajoli è quasi superfluo).

P.G. può dare finalmente un significato più trasparente alle polarità « basso-alto » e si spinge fino a proclamare la fine della modernità giuridica e dell'identificazione di quest'ultima con lo Stato liberale.

Si tocca qui con mano un nodo centrale che è di stretta competenza degli storici del costituzionalismo, i quali si trovano a una sorta di bivio spaesante: da un lato, il segnavia sostituisce al preteso *post* della modernità il *neo*, quale vaghissimo segnale di un mutamento sconfinato; da un altro lato, il segnavia prende atto dell'imponenza del pluralismo, che è declinato a sua volta in un genere plurale, ma rischia di lasciar tutto in sospenso sull'orlo di un abisso, a causa di una mancanza di limiti e di percorsi ausiliari.

Sono un lettore profano, che sarà sempre in un costante colloquio con P.G., ma proprio per questa mia condizione, sento a questo punto il bisogno di chiedere un soccorso, senza escludere i mirabili allievi, ai ricercatori più qualificati, quali che siano le sfumature o i contrasti delle idee.

Lo scopo primario sta nell'imitare P.G., soprattutto quando ha saputo rendere tanto familiare ai giovani, in un modo appassionante e tutto Suo, insieme con la mutevole complessità, l'identità unitaria e autonoma del vero diritto e del vero giurista.

P.G. sa bene che le carte dei diritti « di fine settecento » furono una sicura conquista, com'è riconosciuto universalmente, « rispetto alle iniquità cetuali imperanti fino ad allora » (5).

(5) GROSSI, *La invenzione del diritto: la funzione dei giudici*, cit. P.G. è stato sempre altrettanto esplicito, com'è palese, nel porre in risalto l'occhiuto privilegio borghese che fu all'origine inscindibile da quella svolta rivoluzionaria.

Maurizio Fioravanti, a sua volta, ci rammenta che la costituzione repubblicana, dopo la fine del secondo conflitto mondiale, segna una radicale innovazione rispetto allo Stato liberale di diritto, ma è « ancora interna all'orizzonte complessivo del 'moderno' » (6).

L'opinione dominante fra molti costituzionalisti non trascura il passaggio dallo Stato liberale di diritto allo Stato costituzionale di diritto, ma non sembra condividere il punto della « fuoriuscita » dalla modernità giuridica.

Maurizio Fioravanti, storico sensibilissimo, che si è formato con P.G. e che da breve tempo è a sua volta universalmente compianto, si discosta, qui, dall'idea di un pos-moderno costituzionale seppur si chieda se, nella temperie ultima (tra la fine del Ventesimo secolo e i primi due decenni del Ventunesimo secolo), che fu notoriamente descritta come « tempo della globalizzazione » e ormai sembra priva di un volto non caotico, « risieda un potenziale sufficiente a scardinare definitivamente le porte del 'moderno' » (7).

Una risposta prende a delinarsi, sebbene assuma un'intonazione assai inquietante.

Nel momento in cui divengono sempre più vivi e marcati i tratti del 'moderno', quasi subito ci accorgiamo che insieme a quei tratti divengono sempre più flebili anche le tracce di uno dei protagonisti del 'moderno', ovvero del giurista [...].

La scienza giuridica è un ricordo, che ha avuto la sua ultima stagione tra Otto e Novecento (8).

Chiunque, per un motivo o per un altro, abbia avuto una minima notizia del nuovo lessico (che ha cercato di esprimere in forma sintetica i tempi della modernità del diritto e del suo destino) si trova, dunque, nella condizione di dover prendere atto di un confronto fra pensieri diversi.

(6) M. FIORAVANTI, *Oltre il Novecento. La Costituzione democratica nel tempo della globalizzazione*, in RomaTrE-Press.

(7) *Ibidem*.

(8) *Ibidem*.

Non dissimile, e perfino più accentuata, è a sua volta l'equivocità del « neocostituzionalismo », già per il fatto del tutto evidente che le opinioni radicalmente negative sono in conflitto con le affermazioni opposte, eppure, al loro interno, tutt'altro che univoche ⁽⁹⁾.

I discorsi problematici, per la forza stessa delle cose, si accumulano.

Potremmo esprimerci nuovamente, per esempio, in termini di pluralismo, ma, come si è anticipato, si dovrebbe piuttosto parlare, allora, di « pluralismi ».

Non a caso si è rammentato all'epilogo di una vasta indagine, ricca di spunti quanto mai illuminanti, che « le formazioni socio-giuridiche esistono e operano in una complessa sinergia conflittuale e cooperativa » ⁽¹⁰⁾.

Ne deriva che « l'esperienza giuridica, in generale, si dispiega non tanto o non soltanto in un singolo ordinamento rigidamente delimitato, quanto in una 'terra di mezzo', in uno spazio di 'interlegalità' ⁽¹¹⁾, delimitato dai punti di intersezione fra ordinamenti diversi » ⁽¹²⁾.

E proprio nel momento del suo incontrastato trionfo, dunque, il paradigma 'pluralistico' è parso essere ancora alla ricerca di una teoria sufficientemente 'potente' ⁽¹³⁾ poiché si è trovato « improvvisamente privo » di un saldo termine di confronto e di orientamento ⁽¹⁴⁾.

Tale è, dunque, il contesto nel quale perfino si delinea l'immagine, ormai a sua volta nota ma priva di una descrizione univoca, del « postdiritto ».

⁽⁹⁾ Si consideri, a mero titolo indicativo, la linea di teoria generale del diritto a cui si ispirano le idee di L. FERRAJOLI, *Perché una Costituzione della Terra?*, Torino, Giappichelli, 2021.

⁽¹⁰⁾ P. COSTA, *Il pluralismo politico-giuridico: una mappa storico-concettuale*, in questa rivista, L (2021), p. 117.

⁽¹¹⁾ *L'era dell'interlegalità*, Bologna, il Mulino, 2022.

⁽¹²⁾ COSTA, *Il pluralismo politico-giuridico: una mappa storico-concettuale*, cit., p. 117.

⁽¹³⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁴⁾ *Ibidem*.

3. *Un testamento per i giuristi più giovani: non desistere dalla tenace ricerca, fino alla in-ventio, dell'autentica forza del diritto.*

Codeste rapide notazioni, che ormai si avviano al termine, si limitano a fissare una minima traccia dell'eco, in me costantemente viva, di uno stile di pensiero; e si propongono di dare un ulteriore risalto a talune delle voci di P.G. che hanno provocato, nel consenso e nel dissenso, tanti Suoi interlocutori, fra cui si annoverano, come si è accennato, alcuni Suoi grandi discepoli.

Sarebbe di per sé significativo se si fosse in tal modo offerto un qualche contributo non molto accademico, ancorché fin troppo succinto, ai colloqui di P.G. con i giuristi, senza rimozioni e senza fraintendimenti.

Quel che non mi è possibile in ogni caso nascondere è il sentimento per lo spontaneo gesto di P.G. verso di me.

Gli devo il dono di avermi ringiovanito, nell'esortarmi, come Egli ha sempre fatto con tutti gli studenti, a non desistere dalla ricerca: fino alla *in-ventio*, dell'autentica forza del diritto.

Sempre penso, dunque, a P.G. e lo sento con me, quando, pur nell'ineluttabile, cerco di darmi un poco di quella forza: umile e fraterna.

Tutti i miei incontri con P.G., anche quelli che in un primo tempo si sono ambientati nelle sedi universitarie, sono pervasi da una personale partecipazione emotiva.

Queste pagine non riescono, per di più, a ignorare un intuibile sentimento di forte dolore a causa della perdita di una tanto sensibile vocazione a parlarmi.

Confesso, infine, di sentirmi sempre più spesso inadeguato a sopravvivere in tempi tanto difficili.

P.G. mi esorta a imitarlo, nonostante tutto, nella continua, serena e generosa apertura agli altri e al futuro.

Non smetterò, fino all'ultimo, di riascoltarne la ferma e consolante voce.

ANTONIO IANNARELLI

METODO E CONTENUTO DEL DIRITTO AGRARIO NEL DIALOGO DI GROSSI CON GLI AGRARISTI

«...solo nello specchio del passato risulta possibile riconoscere la radicale alterità della topologia mentale del XX secolo e divenire consapevoli dei suoi assiomi generativi, che normalmente rimangono oltre l'orizzonte dell'attenzione dei contemporanei»

(Ivan Illich, *Nello specchio del passato*)

1. L'agricoltura e la terra nell'itinerario biografico e culturale di Grossi storico del diritto medioevale e moderno: lo studio del diritto agrario quale « esperienza confirmativa della sua visione del diritto ». — 2. Agricoltura e terra dal premoderno al moderno: dalla « riscoperta delle proprietà collettive » alla crisi della modernità. — 3. Nascita, funzioni e sviluppo del « diritto agrario » in Italia tra moderno e pos-moderno: il lungo ininterrotto dialogo di Grossi con gli agraristi.

1. *L'agricoltura e la terra nell'itinerario biografico e culturale di Grossi storico del diritto medioevale e moderno: lo studio del diritto agrario quale « esperienza confirmativa della sua visione del diritto ».*

Nell'itinerario biografico e scientifico di Paolo Grossi si registra un legame profondo tra i paradigmi fondativi della sua complessiva « lezione », lasciata in eredità alla scienza giuridica italiana ed europea, e il suo personale rapporto con la terra ⁽¹⁾ ed il

⁽¹⁾ A suo dire (si v. P. GROSSI, *Incontro con Paolo Grossi*, Pisa, 2007, p. 58), la terra è « come protagonista, accanto all'uomo, della storia umana: una terra umanizzata dall'uomo grazie al suo lavoro, alla sua fatica, al suo genio, al suo talento; insomma, la trasfigurazione storica della coltivazione. Questa terra ha per me un valore enorme non come vicenda cosmica ma come vicenda storica, e il recupero dalla natura delle cose,

paesaggio agrario, a partire da quello toscano: legame di cui lui stesso, significativamente, ha lasciato traccia, per via dell'esplicita ubicazione dell'avvenuta licenza per la stampa di molti suoi contributi scientifici nella « quiete »⁽²⁾ della sua casa di campagna sita in Citille in Chianti, quasi fossero frutto di un singolare connubio creativo tra l'uomo e la terra ed un omaggio riconoscente alla stessa⁽³⁾.

Il riferimento alla terra e all'agricoltura è presente altresì in molti passaggi fondamentali del percorso scientifico di Grossi, nel segno della necessità, per il giurista, di provvedere certamente, anche con l'aiuto della fantasia⁽⁴⁾, all'elaborazione di strumenti tecnici⁽⁵⁾ adeguati a comprendere e leggere il reale, ma sempre

dalla storia naturale (come si diceva un tempo) alla storia umana avviene proprio con l'elemento coltivazione, con l'opera del contadino. Non c'è una visione pagana; però la terra è cosa viva, è cosa partecipe ».

(2) Così, P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, p. XIX.

(3) *Ex multis* si v. *Il diritto civile in Italia fra moderno e pos-moderno Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, 2021; *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2019; *Nobiltà del diritto*, Milano, 2014; *Introduzione al Novecento*, Roma-Bari, 2011; *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, Bologna, 2007; *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007; *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006; *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003; *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico*, cit.; *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1994 e 2005; *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998; *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1991; "La scienza del diritto privato". *Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo 1893-1896*, Milano, 1987; *Stile fiorentino. Gli Studi giuridici nella Firenze italiana 1859-1950*, Milano, 1986; "Un altro modo di possedere". *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977; *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Padova, 1968.

(4) Su questo profilo, si v. le recenti riflessioni di M. GOLDONI, *La figura di Paolo Grossi nelle immagini sparse di un agrarista*, in « Rivista di diritto agrario », 2022, I, p. 400 e ss. Tra i tanti richiami alla fantasia del giurista presenti nei lavori di Grossi non può trascurarsi l'esergo che Grossi ha collocato in apertura della sua monografia su *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico*, cit., in cui si rinviene una citazione di KOHLER, *Lehrbuch des Bürgerliches Rechts* § 43 secondo la quale « Die Rechtstechnik ist [...] nicht nur Sache des Verstandes, sondern insbesondere auch der Phantasie ».

(5) E, invero, in tutte le sue ricerche, Grossi ha sempre ritenuto « indispensabile entrare all'interno del laboratorio del giurista e sostarvi per guardare non frettolosamente e non distrattamente nel suo banco di lavoro [...] il sapere tecnico è una sorta di sapere confessorio per i giuristi, è cioè espressivo al massimo grado di cultura, ideologie,

restando fortemente legato alla concreta realtà terrena, alle radici; a saperne cogliere le voci segrete, per quanto flebili, e, però, al tempo stesso sempre tenaci esse siano; a non perdere mai i contatti, più in generale, con « l'incandescenza dei fatti sociali, economici e tecnici »; e, dunque, a sfuggire alle mitologie e ai falsi idoli ⁽⁶⁾ e, peggio, alle complicità che ne mortificherebbero, irrimediabilmente, la funzione sociale; piuttosto, a continuare a lavorare nella propria officina per procurarsi, con fatica ed abnegazione, nuovi attrezzi all'altezza dei tempi.

In questa prospettiva, la ricerca agraristica e, con essa, il dialogo costante con i cultori del diritto agrario non hanno rappresentato soltanto una delle tante pagine della sua biografia intellettuale, accanto a tantissime altre sparse sui molti sentieri del pensiero giuridico da lui sapientemente percorsi, quanto piuttosto un momento fondativo e costitutivo delle radici più profonde del suo complessivo magistero scientifico, come lui stesso ha riconosciuto nel collocare « lo studio del diritto agrario » tra « le esperienze confirmative della sua visione del diritto » ⁽⁷⁾.

La riflessione agraristica, avviatasi agli inizi della sua attività scientifica quale scelta coerente con il suo innato richiamo alla terra e alle sue vicende, si è singolarmente intrecciata e rafforzata nel tempo per via di singolari circostanze in cui è andata maturando la sua originaria formazione culturale.

Come tante volte lo stesso Grossi ha tenuto a rammentare, l'incontro con il diritto agrario, con le sue tematiche e con gli interpreti allora più autorevoli della crescita della disciplina nel-

idealità dei giuristi stessi. In altre parole, la strumentazione tecnica — se saputa leggere — rivela con incredibile puntualità tutto ciò che sta dietro il giurista e i suoi attrezzi. L'immersione della scienza giuridica nel proprio tempo, la sua specularità rispetto al proprio tempo, sarà rivelata unicamente da una decrittazione della cifra tecnica, alle sole elementari condizioni che lo storico sia disponibile a farsene interprete e sia soprattutto capace di farsene interprete»: così, GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico*, cit., p. XVI. Di qui, da un lato il suo dialogo costante con i giuristi positivi; dall'altro, la decisa rivendicazione del suo essere pur sempre giurista nella ricerca storica del diritto, difendendone, a spada tratta, la specificità rispetto agli storici in quanto tali.

⁽⁶⁾ Sul tema, più volte da lui affrontato, si v. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2005².

⁽⁷⁾ Così P. GROSSI, *La vita nel diritto*, Napoli, 2012, p. 31 e ss.

l'accademia italiana lungo il Novecento, è intervenuto nella sua vita per una singolare congiuntura legata all'originaria sua giovanile collocazione — fresco di laurea — quale fruitore di un sussidio presso l'Istituto di diritto agrario internazionale e comparato di Firenze, l'IDAIC, allora presieduto dal fondatore Giangastone Bolla: istituto che sarebbe stato per Grossi « un quartier generale provvisorio »⁽⁸⁾, prima della nascita dei *Quaderni Fiorentini* e del *Centro di Studi per la storia del pensiero giuridico moderno*⁽⁹⁾.

La sua precoce presenza all'interno di quell'Istituto che per decenni costituì il principale, se non l'unico, osservatorio nell'indagine e nella ricerca agraristica italiana ed europea, avendo come suo braccio armato la « Rivista di diritto agrario », ha certamente contribuito a rafforzare la vocazione di Grossi per ricerche storiche sulla proprietà terriera e sui contratti agrari, a partire dall'esperienza medievistica. Al tempo stesso, lo ha reso, partecipe, come segretario generale per molti anni di quell'Istituto, della stessa vita interna alla comunità accademica degli agraristi ivi raccolta e, nella veste, sempre più autorevole, di giurista, storico del diritto, delle stesse vicende che, a partire dagli anni sessanta del Novecento, hanno riguardato lo sviluppo della disciplina « diritto agrario » e dei suoi cultori, accademici e non: cultori, per i quali, sin da allora, Grossi non è stato soltanto un semplice, per quanto autorevolissimo, sodale, ma un insostituibile punto di riferimento, anche come rigorosa « coscienza critica » nel passaggio storico di tale disciplina, diritto speciale nato in Italia nei primi decenni del Novecento, dall'età del diritto moderno a quella del diritto pos-moderno, dalla rilevanza, alle sue origini, tutta solo « fondiaria » delle strutture produttive, alla mul-

(8) Così, P. CAPPELLINI, *I segni dei tempi. Prefazione a P. GROSSI, Trent'anni di pagine introduttive. Quaderni fiorentini 1972-2001*, Milano, 2009, p. VI.

(9) Non può negarsi, del resto, la traccia profonda dell'esperienza vissuta da Grossi nel suo contatto esistenziale con Giangastone Bolla, con gli agraristi nell'Istituto fiorentino del diritto agrario, sol che si consideri la sua successiva iniziativa non solo di dar vita, sempre a Firenze, ad una nuova concreta comunità di studio e di ricerca con la costituzione del « Centro di Studi per la storia del pensiero giuridico moderno », ma anche di affiancare allo stesso una rivista « Quaderni fiorentini », aperta al mondo dei giuristi, storici e non, italiani e stranieri. Iniziative, queste di Grossi, che si solo rivelate tra le più prestigiose e durature nella storia europea della scienza giuridica, a partire dalla seconda metà Novecento.

tifunzionalità che sempre di più caratterizza oggi le imprese agricole in un'economia, certamente globalizzata nei suoi esiti produttivi, siano essi beni o servizi, ma pur sempre localisticamente e pluralisticamente individualizzata nelle sue strutture produttive, sul piano sociale, culturale ed ambientale ⁽¹⁰⁾.

In realtà, le molteplici indagini a contenuto agraristico che è dato rinvenire nella sua amplissima produzione scientifica hanno avuto un ruolo strutturante nella messa a punto da parte di Grossi dei paradigmi metodologici alla base della sua complessiva riflessione giuridica e, al tempo stesso, hanno contribuito a che il giurista-storico, a fronte delle molteplici e diverse tematiche volta a volta affrontate, mettesse a fuoco sempre suggestive e coerenti chiavi di lettura.

Infatti, senza ripercorrere analiticamente le tappe delle sue ricerche ⁽¹¹⁾, è sufficiente qui rammentare che i suoi primi lavori sui contratti agrari, a partire dai quali si svilupperanno quelli successivi e fondamentali sulla proprietà terriera e sull'assetto medievale dei diritti reali, hanno avuto un ruolo decisivo nella strutturazione dell'identità di Grossi come storico del diritto.

Tali indagini apparivano ai suoi occhi « una strada da tentare ad ogni costo, giacché in quell'assetto, più che altrove, si sarebbe sorpreso il volto autentico d'una società, agraria nelle sue ossature più salde, nei suoi stimoli più profondi, e pertanto proiettata tutta verso il 'reale' e su questo costruita » ⁽¹²⁾. Esse, infatti, hanno permesso a Grossi di collocare nella stessa officina delle cose, a partire dalla terra, in quella età storica al centro della vita economica

⁽¹⁰⁾ Sulla rilevanza dell'indagine diacronica, in chiave storica, al fine di una corretta lettura dell'evoluzione del « diritto agrario » ha insistito più volte Grossi: e si v. ID., *L'agricoltura e il suo diritto nell'età della globalizzazione*, in « Accademia Nazionale di Agricoltura. Annali », 2006, p. 17 e ss.

⁽¹¹⁾ Per una lettura di insieme ci permettiamo il rinvio al nostro *Il diritto dell'agricoltura medievale nel pensiero di Paolo Grossi: Locatio e diritti reali*, in *Giornata di studio dell'Accademia dei Georgofili su Storia e diritto nell'esperienza dell'Accademia* (18 novembre 2022), di imminente pubblicazione.

⁽¹²⁾ P. GROSSI, *Note introduttive (quasi un rendiconto)*, in ID., *Il dominio e le cose*, cit., p. 2. Sull'attrazione per il reale, quale cifra della riflessione storica di Grossi, si rinvia alle dense pagine di G. CAZZETTA, *L'attrazione del reale. Storicità del diritto nel pensiero di Paolo Grossi*, in « Rivista di diritto agrario », 2022, I, p. 418 e ss.

e sociale, da un lato il fondamento sociale del diritto, chiamato a dare ordine dal basso ai rapporti tra gli uomini, senza sfuggire alla percezione e al rispetto delle condizioni oggettive e dei vincoli del mondo esterno ⁽¹³⁾, dall'altro, il contributo tecnico e sapienziale dei giuristi nell'elaborare soluzioni indirizzate a fornire risposte adeguate alle specifiche circostanze reali, al di là dei modelli astratti ereditati dalla tradizione romanistica e al sostanziale riparo dalle interferenze legislative provenienti da piccoli potentati, pur dotati di potere normativo ⁽¹⁴⁾.

In altre parole, già all'interno di quelle ricerche su argomenti 'agraristici' relativi però ad una esperienza giuridica che non conosceva ancora il 'diritto agrario', ma nelle quali le relazioni economiche intorno alla terra erano al centro della realtà sociale ed economica, emergeva nettamente, innanzitutto, la distinzione tra il diritto e la legge: ossia tra il diritto, quale « dimensione ontica d'una società » ⁽¹⁵⁾, nascente dalle cose e ordinato dalla sapienza tecnica degli operatori del diritto che andava sempre di più affinandosi e consolidandosi — diritto tutto intriso di effettività, in quanto riflettente risposte in linea con le attese sociali — e la legge, come

⁽¹³⁾ Di qui la sua costante consonanza con le pagine di Finzi, Ascarelli e Pugliatti, nel senso di dover guardare « al rapporto fra uomo e cose non più dall'alto del soggetto, bensì ponendosi a livello delle cose e osservando dal basso quel rapporto » (così P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in « Quaderni fiorentini », 1998, p. 361).

⁽¹⁴⁾ Invero nell'esperienza medievale europea, che non conosceva la statualità moderna, « gli *iura propria* (consuetudini e norme locali) si integrano armonicamente con le elaborazioni scientifiche componendo un ordine autentico, autentico com'è quell'ordine che riduce ad unità rispettando le diversità. Dove le consuetudini non parlano, dove i Principi locali non parlano (convinti come sono che l'essenzialità del loro potere non consiste nel produrre norme), lì arriva il patrimonio giuridico del diritto sapienziale dove — al contrario — tutto è effettivamente o potenzialmente previsto in grazia della virtù naturalmente espansiva dei principii. Lo *ius commune* rappresenta l'unità giuridica della intera Europa allora civilizzata »: così P. GROSSI, *Sul diritto europeo come diritto giurisprudenziale*, in Id., *Oltre la legalità*, cit., p. 31.

⁽¹⁵⁾ Così GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico*, cit., p. 276. Al primato del diritto sulla legge, al centro della sua impostazione culturale di fondo, è significativamente dedicato l'esergo presente nel saggio destinato agli studenti, *Prima lezione di diritto*, cit., in cui si richiama l'affermazione di Kaufmann, risalente al 1927, secondo la quale « Lo Stato non crea diritto, lo Stato crea leggi, e Stato e leggi stanno sotto il diritto ».

comando astratto e di portata generale, indirizzata a conformare la realtà, in vista del perseguimento di obiettivi non sempre in linea con le concrete aspettative della società, ma viceversa riflettenti, sempre più spesso, aspirazioni singolari o forzature promosse dal potere politico di turno: comando astratto che con l'avvento dello Stato moderno avrebbe avuto uno sviluppo ipertrofico prima e dopo le grandi codificazioni.

Oltre a questa distinzione, fondamentale per la costruzione del mondo giuridico e la percezione immediata della natura ordinamentale del diritto ⁽¹⁶⁾, nell'originaria ricerca agraristica sui contratti agrari e sulla proprietà nel progressivo passaggio dalla società feudale a quella borghese, Grossi ne colse un'altra, tutta interna al mondo dei giuristi. La distinzione tra i giuristi in senso pieno che, non tradendo l'attenzione al reale, agli effettivi rapporti economici emergenti nella società, continuavano (e continuano) a forgiare soluzioni tecniche adeguate, anche con il consapevole abbandono di tramandati modelli concettuali non più idonei a cogliere le novità del presente, ed i giuristi che sostituivano (e sostituiscono) l'attenzione per il reale, con quella primaria per la legge scritta e, sul piano ermeneutico, per formule concettuali, tralaticciamente autoreferenziali in quanto decontestualizzate, che, come lenti deformanti, alterano la percezione del mondo esterno, si dà per le premesse per il sacrificio dell'indagine tecnica, al cuore della scienza giuridica e del *Beruf* dei giuristi, a favore dell'ideologia: quella che, nella modernità, avrebbe favorito e inteso legittimare il ribaltamento, sul piano

⁽¹⁶⁾ La fedeltà costante a questa visione da parte di Grossi si rinviene sin dai suoi primi lavori nella particolare sua attenzione e adesione convinta alla prospettiva istituzionalistica del diritto delineata da Santi Romano nel lavoro monografico su *L'ordinamento giuridico*, edito originariamente nel 1917-1918. Sull'attualità della riflessione di Santi Romano a distanza di un secolo dalla sua apparizione, Grossi è ritornato negli ultimi anni: e si v. il suo saggio *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, in ID., *Società, diritto, Stato*, cit., p. 143 e ss.; più di recente, ID., *Il giovane Santi Romano: un itinerario verso L'ordinamento giuridico*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 2017, p. 501 e ss. Sull'istituzionalismo « legittimo » di Santi Romano e di Hauriou e quello « illegittimo » di Schmitt, si v. le preziose considerazioni di M. LA TORRE, *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Firenze, 2020, p. 78 e ss.

metodologico, del rapporto tra diritto e legge, sino a negare la stessa ammissibilità teorica del primo ⁽¹⁷⁾.

È, a ben vedere, sempre all'interno della analisi storica dell'esperienza premoderna relativa ai rapporti agrari e alle diverse situazioni reali e personali aventi ad oggetto la terra, quale fonte primaria della produzione agricola indispensabile per la stessa sopravvivenza degli agricoltori e del soddisfacimento della domanda alimentare dell'intera società, che Grossi ha colto, nel laboratorio offerto dalle relazioni giuridiche tra uomini e l'ambiente agrario, l'inevitabile pluralismo delle modalità con cui trovano ordine i rapporti tra gli uomini relativi innanzitutto all'utilizzo della natura, pur sempre nel concreto rispetto delle istanze oggettive che il mondo delle cose avanza: pluralismo economico e sociale in grado di resistere, inevitabilmente, a processi di forzata uniformizzazione e costrizione all'interno di schemi concettuali astratti, tanto più se aspiranti a divenire atemporali; al tempo stesso, in evidente conflitto, per la sua intrinseca funzione ordinamentale, con le pretese idiosincratiche legate all'affermazione egemonica di un individualismo anarchico e autodistruttivo che va oltre la stessa sola ricerca del profitto.

Non è chi non veda nelle osservazioni ora svolte la sintetica parabola dell'intervenuta « semplificazione » che Grossi ha ripercorso analiticamente e criticamente nelle sue dense pagine, illustrando sia l'itinerario che la disciplina dei diritti reali ha conosciuto prima e dopo le grandi codificazioni ottocentesche, con l'affermazione nella modernità del modello offerto dalla proprietà privata assoluta, a partire da quella agricola, sia la dispersione dell'articolata base sociale sottostante alla disciplina consuetudinaria dei rapporti

⁽¹⁷⁾ Al riguardo si consideri sia la dura costante reprimenda di Grossi riservata alla dottrina di Kelsen, che non esitò a qualificare come « un corruttore » (con parole indubbiamente più severe rispetto alle convergenti critiche espresse da G. CAPOGRASSI, *Impressioni su Kelsen tradotto*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », 1952, p. 767 e ss.), sia la critica, più volte ricorrente nei suoi lavori, dell'art. 12 delle disposizioni preliminari del vigente Codice civile italiano, ritenuto un fardello culturale di cui la dottrina civilistica non si accorge né si lamenta, e per il quale, viceversa, Grossi non nascose la voglia « di qualificare come 'fascista' per la carica autoritaria, assolutistica di cui è portatore »: così GROSSI, *Trent'anni di pagine introduttive*, cit., p. 155.

agrari, in virtù dell'utilizzo legislativo di pochi modelli tipizzati, all'interno pur sempre del generico schema locativo.

Nella sua ricerca da giurista, storico del diritto, Grossi ha sempre tenuto presente che « la storia è fatta di tante maturità di tempi, ed è pertanto più all'insegna della discontinuità che della continuità »; ma, nel contempo, ha ribadito che « al di sotto dei tanti momenti autonomi di cui la storia è composta, v'è una linea che si distende unitaria, perché il diritto è vita, non è scritto sulle nuvole ma sulla pelle degli uomini e saranno proprio i grandi problemi della vita a fornire il *continuum* spirituale dello storico. [...] Il diritto è la dimensione naturale di un'intera civiltà. Il legame diritto-civiltà è una verità elementare che deve essere recuperata alla coscienza comune e anche alla coscienza del giurista. Il diritto non è mai forzatura del sociale, violenza sul sociale; può esserlo, ma unicamente in certe sue manifestazioni patologiche. Nella sua manifestazione fisiologica, il diritto è semplicemente una delle dimensioni autentiche di una civiltà » (18).

L'approccio storicistico che Grossi ha lucidamente posto alla base delle sue ricerche, partendo proprio da indagini sui contratti agrari e sulla proprietà terriera — approccio che è andato irrobustendosi sempre di più nel procedere delle sue riflessioni — non ha avviato soltanto un'importante nuova stagione in Italia degli studi storico-giuridici, con l'apertura anche di un fruttuoso dialogo tra gli storici del diritto ed i giuristi positivi. A ben vedere, infatti, l'aperta denuncia, qui sinteticamente richiamata, delle semplificazioni, intrise di ideologia, alla base della cultura illuministica da cui è scaturita la modernità e con essa le codificazioni moderne e, progressivamente, il preteso assolutismo della legge scritta di fonte statale, ha rappresentato, nell'itinerario della ricerca giuridica di Grossi, la semplice premessa, per quanto sofisticatissima sul piano culturale, per una lettura preziosa della storia giuridica del Novecento e dello stesso nuovo secolo. Sul piano del diritto materiale e della riflessione dei giuristi, ciò ha segnato ai suoi occhi il progressivo, quanto inevitabile, dissolversi delle « sistemazioni lucide e nette dei codificatori napoleonici e dei maestri pandettisti », la consape-

(18) P. GROSSI, *Le ragioni di questo libro*, in ID., *Società, diritto, Stato*, cit., p. 8.

volezza sempre più chiara della complessità delle società pluraliste, il progressivo riemergere, in particolare in questa stagione, della funzione creativa della giurisprudenza, anche con il sacrificio della stessa certezza del diritto ⁽¹⁹⁾.

In tale lettura è dato cogliere fundamentalmente la parabola discendente della stessa modernità e, con essa, la relativizzazione dei paradigmi che ne erano a fondamento e che nell'ideologia dominante sembravano destinati alla perennità: parabola discendente cui hanno contribuito, come sempre lucidamente colto da Grossi, sia le Costituzioni pluralistiche del Novecento, sia la progressiva decadenza del modello statale moderno, sotto i colpi della globalizzazione dell'economia, sempre più sfuggente al controllo politico, e, ai giorni nostri, delle crescenti drammatiche esigenze legate alla necessità di fronteggiare, a livello planetario e con urgenza, la crisi climatica.

⁽¹⁹⁾ E si v. le più recenti riflessioni di Grossi, talora consapevolmente provocatorie, affidate ai saggi *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015; *Oltre la legalità*, cit., alla luce della stagione apertasi nel nuovo millennio. La prospettiva analitica avanzata da Grossi, in senso favorevole rispetto agli esiti più maturi del diritto post-moderno, si incrocia, attualmente, con un identico approccio che si sta facendo strada nella stessa cultura civilistica e che continua ad alimentare un ampio dibattito (al riguardo si v. *ex multis* gli Atti Seminario Leonessa, 22-23 settembre 2017, *A proposito del diritto post-moderno*, a cura di G. Grisi e C. Salvi, Roma, 2018). Non è possibile qui approfondire l'argomento. In estrema sintesi, però, non può non segnalarsi che, il passaggio del testimone, alla luce dell'esperienza premoderna, dalla centralità dei « dottori » a quella specifica oggi assegnata ai giudici, se da una parte sembra riprendere, sia pure in forme diverse, assetti premoderni, dall'altra, a nostro avviso, non appare, in ogni caso, una risposta adeguata alla complessità del nostro tempo, a partire dal semplice fatto che la conflittualità sociale, propria della modernità, presenta dimensioni di massa dovute allo sviluppo economico e tecnologico. Tale conflittualità esige risposte non riconducibili ad isolati, puntiformi, interventi giudiziari, per quanto poi condivisi da un'impresicata comunità di interpreti, bensì soluzioni democraticamente adottate che nei sistemi politici moderni, purtroppo, solo la legislazione di assemblee parlamentari può assicurare nel contesto pur sempre di un controllo circa la sua coerenza con principi supremi, come quelli presenti nelle Costituzioni. Al contrario, si corre il rischio di una strisciante rifeudalizzazione o frantumazione della società, all'ombra, distorta, di un ritorno al « diritto dei privati », con il ripristino, sia esso tacito o esplicito, della regola canonistica secondo la quale « i voti non si contano, ma si pesano » (sul tema v. E. RUFFINI, *La ragione dei più*, Bologna, 1977).

Non è un caso, come è stato assai di recente rilevato ⁽²⁰⁾, che, nel mettere in evidenza il ritorno al primato del diritto, al pluralismo delle fonti giuridiche, al recupero sempre più diffuso del rapporto tra diritto e coscienza sociale, anche con i rischi di una privatizzazione del diritto privato a favore di nuovi potentati economici sovranazionali, il forte affermarsi nella pos-modernità della « fattualità del diritto » abbia indotto Grossi ad evocare, esemplarmente, proprio « il nesso tra la visione del diritto agrario e l'idea del diritto e della storicità del diritto » ⁽²¹⁾, al punto da non esitare, a proposito di Giangastone Bolla e del suo ruolo nella nascita del diritto agrario moderno in Italia, a considerarlo « un vero giurista pos-moderno » ⁽²²⁾.

2. *Agricoltura e terra dal premoderno al moderno: dalla « riscoperta delle proprietà collettive » alla crisi della modernità.*

A voler storicizzare il percorso intellettuale di Grossi, si può dire che gli anni settanta del Novecento abbiano rappresentato un vero e proprio spartiacque nella sua biografia scientifica.

Il monismo nella configurazione delle fonti legislative, il riduzionismo nella costruzione degli istituti giuridici sulla scorta del modello codicistico, la rigorosa pretesa di indirizzare l'interpretazione giuridica al rimorchio delle formule legislative, ossia tutti i profili negativi che Grossi aveva prima imputato alla modernità in termini di mitologie e ideologie coartanti e contrastanti con la realtà sociale, hanno cominciato a registrare in concreto i loro limiti profondi nella lettura della realtà effettuale, con il conseguente riaffiorare, come l'anatra di Goethe, del diritto, rimasto vivo nella viscere della società, rispetto al parossistico sviluppo sempre più infruttuoso e vano delle leggi.

⁽²⁰⁾ Si v. le fini osservazioni di CAZZETTA, *L'attrazione del reale. Storicità del diritto nel pensiero di Paolo Grossi*, cit., p. 439.

⁽²¹⁾ *Ibidem*.

⁽²²⁾ In questi termini P. GROSSI, *Fattualità del diritto pos-moderno: l'emersione di un diritto "agrario" in Italia*, in « Diritto agroalimentare », 2016, p. 7 e ss., in part. p. 18 e ss. Il richiamo a Giangastone Bolla, anche per la vicinanza umana, è oltremodo ricorrente nei lavori di Grossi: *ex multis* si v. *Giangastone Bolla e la cultura giuridica italiana del Novecento*, in « Rivista di diritto agrario », 1977, I, p. 307 e ss.

Ai nostri fini, è sufficiente qui richiamare i contributi di Grossi che, più da vicino, segnano la prosecuzione della sua attenzione e vicinanza per le tematiche agraristiche.

Sul versante, per certi versi « tradizionale », delle ricerche sulla proprietà e sui diritti reali, si situa innanzitutto il contributo sulle proprietà collettive e sugli usi civici, a partire dalla sua monografia « Un altro modo di possedere » del 1976.

Nel ripercorrere una storia minore presente nella cultura giuridica e sociologica dell'Ottocento sulle proprietà collettive, trascurate se non anche ostracizzate dall'ideologia giuridica allora dominante, Grossi non si è limitato soltanto a confortare la visione pluralistica della proprietà che si era faticosamente affermata nel Novecento; lucidamente, ha inteso riassegnare piena dignità, anche sul piano istituzionale, ad un modello che, venuto da tempi lontani, era sopravvissuto e che oggi appare destinato a continuare ad esistere, sia pure caricato di nuove funzioni sociali e non solo nella nostra esperienza giuridica nazionale ⁽²³⁾: modello, il cui pieno recupero nella dignità dei fenomeni reali e radicati nel sociale ha aperto le porte, non solo e con largo anticipo, alla dimensione pluralistica, multifunzionale e multi-ideale dell'agricoltura ⁽²⁴⁾, ma

⁽²³⁾ La rilettura e rivalutazione moderne delle proprietà collettive, promosse da Grossi nella monografia del 1977 (da lui richiamata in un breve intervento: ID., *'Un altro modo di possedere' rivisitato*, in « Archivio Scialoja-Bolla », 2007, p. 1 e ss.; nonché ID., *'Un altro modo di possedere' quaranta anni dopo (Un ritorno dell'autore)*, in *'Un altro modo di possedere' quaranta anni dopo*, Atti del XIII Convegno annuale del Centro di studi sulle proprietà collettive e la cultura del giurista « Guido Cervati », Pisa, 2017, p. 113 e ss.) sono state al centro di altri suoi successivi saggi (e si v. *ex multis* ID., *Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, in ID., *Il dominio e le cose*, cit., p. 701 e ss.; ID., *Il mondo delle terre collettive. Itinerari giuridici tra ieri e domani*, Macerata, 2019) ed hanno contribuito ad alimentare un dibattito sul tema anche a livello europeo (*ex multis* si v. assai di recente Charles S. MAIER, *Dentro i confini. Territorio e potere dal 1500 a oggi*, Torino, 2019, p. 196 e ss.; per altri riferimenti si rinvia al nostro I *"beni collettivi" dal pre-moderno al post-moderno*, in « Archivio Scialoja-Bolla », 2018). Al riguardo, meriterebbe una attenta lettura anche il contributo che su questa tematica Grossi ha apportato nella veste di giudice della corte costituzionale, attraverso molte pronunce di cui è stato relatore ed estensore, senza, altresì, dimenticare il suo ruolo di « ispiratore » nell'introduzione della legge di « costituzionalizzazione » dei domini collettivi n. 168 del 2017.

⁽²⁴⁾ L'acuto rilievo è di F. ADORNATO, *A quaranta anni da "Un altro modo di possedere": l'orizzonte di un agrarista*, in *'Un altro modo di possedere' quaranta anni dopo*,

anche alla riflessione sulla problematica dei c.d. « beni comuni » che oggi abbraccia tanto le risorse materiali, quanto anche quelle immateriali ⁽²⁵⁾, la cui cattiva gestione rischia seriamente di mortificare in profondità le radici stesse dell'umanità ⁽²⁶⁾.

Invito espresso di quella monografia, nelle parole di Grossi, era quello « a non cogliere il rapporto uomo/cose con l'attenzione monopolizzata sul soggetto, quasi che la cosa — e particolarmente quella cosa viva che è la terra — fungesse unicamente da piattaforma inerte e mero oggetto passivo dei poteri e degli arbitrii di quello » ⁽²⁷⁾.

Ancora una volta, è stata la realtà effettuale radicata nel sociale

cit., p. 41 e ss., in part. 46, di cui si v. anche *Pulsa la vita nel diritto* (Laudatio per Paolo Grossi), discorso tenuto in occasione dell'attribuzione della Laurea honoris causa in Studi politici ed internazionali a Paolo Grossi, il 12 giugno 2013 nell'Università di Macerata.

⁽²⁵⁾ La rilevanza dei beni immateriali nella realtà socio-economica attuale non è sfuggita all'attenzione di Grossi: si v. Id., *I beni: itinerari fra 'moderno' e 'pos-moderno'*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 2012, p. 1059 e ss.

⁽²⁶⁾ Infatti le riflessioni di Grossi sulle proprietà collettive, sui *commons*, hanno anche favorito la riattenzione per la questione relativa ai c.d. « beni comuni » (sul punto, per una recente sintesi si v. il nostro, *"Beni collettivi" e "beni comuni" nel pensiero di Grossi: brevi riflessioni*, in « Rivista di diritto agrario », 2022, I, p. 443 e ss.), cui si lega il superamento della tradizionale distinzione tra beni privati e beni pubblici, con l'avvio di un dibattito oggi sempre più significativo e decisivo, alla luce dell'espansione prodigiosa della tecnologia e della sua invasività nella vita del singolo.

Il tema esula dal nostro odierno itinerario di riflessione, ma, per confermare il legame tra le problematiche dei beni collettivi e quelle dei beni comuni nell'era digitale, suggerito dalle indagini di Grossi, è sufficiente qui richiamare il profetico *caveat* che oltre quaranta anni fa aveva avanzato I. ILLICH, *Il silenzio è un bene comune*, in Id., *Nello specchio del passato*, Milano, 2005, nel prospettare, sulla scia proprio degli usi civici e delle proprietà collettive, il seguente tema: « come combattere l'appropriazione da parte di nuovi dispositivi e sistemi elettronici di un bene comune che è più sottile e più intimamente necessario al nostro essere di quanto lo siano i pascoli, le strade, un bene comune almeno altrettanto prezioso quanto il silenzio. Il silenzio, secondo le tradizioni sia orientali sia occidentali, è il grembo da cui emergono gli esser umani. Esso ci viene sottratto dalle macchine elettroniche che imitano le persone. Così potremo facilmente diventare sempre più dipendenti dalle macchine per parlare e per pensare, come siamo già dipendenti dalle macchine per spostarci. Questa trasformazione dell'ambiente da *commons* in risorsa produttiva è la forma più radicale di degrado ambientale ».

⁽²⁷⁾ GROSSI, *'Un altro modo di possedere' quaranta anni dopo (Un ritorno dell'autore)*, cit., p. 118.

a far sentire la sua voce e a richiedere una maggiore visibilità e dignità nel quadro di un sistema giuridico che ha riscoperto faticosamente, ma al tempo stesso inevitabilmente, il pluralismo dei fenomeni e la loro irriducibilità a schemi preconfezionati: pluralismo in cui ben si pongono gli assetti fondiari collettivi espressivi di un ordine giuridico che si « colloca in un'altra tradizione culturale, su un'altra antropologia giuridica », posto che « il suo contrassegno è la assoluta *alterità*, la marcata *alienità* frontalmente confliggente con la antropologia individualistica sorreggente la modernità e sorreggente l'istituto cardine, costituzionale per eccellenza della modernità, la proprietà individuale » (28).

L'attenzione rivolta in quella ricerca ai pochi giuristi che nel corso dell'Ottocento, distinguendosi dalla maggioranza, avevano guardato con interesse e senza pregiudizi alle proprietà collettive, lasciando così traccia dell'esistenza nella scienza giuridica di altri sentieri da percorrere — a conferma della complessità del reale restio a farsi mortificare in formule astratte e preconfezionate — ha aperto la strada ai successivi rilevanti contributi che Grossi ha dedicato alla rilettura di tanti grandi giuristi appartenenti a molti settori disciplinari oltre quelli del diritto privato e del diritto commerciale. In particolare, la sua attenzione si è concentrata sui giuristi che, tra Ottocento e Novecento, hanno saputo nelle loro indagini affrancarsi dall'impostazione positivista e pandettistica rimasta fortemente radicata per molti decenni del Novecento nella cultura giuridica italiana (29) e che, attualmente, appare decisamente ridimensionata proprio per merito anche delle riflessioni stimolanti, se non addirittura provocatorie, prospettate dallo stesso Grossi negli ultimi decenni della Sua vita di studioso (30).

(28) P. GROSSI, *Gli assetti fondiari collettivi e le loro peculiari fondazioni antropologiche*, in « Archivio Scialoja-Bolla », 2012, p. 1 e ss., in part. 6.

(29) E si v., ad es., le riserve critiche di P. GROSSI, *Novecento giuridico. Un secolo pos-moderno*, Napoli, 2011, p. 58 per l'impostazione di Santoro Passarelli, il quale, a suo dire, « sulle ammirevoli architetture della nostra codificazione del 1942 eresse arditi pinnacoli gotici perseverando nella persuasione che l'astrattezza — o, se si vuole, la purezza — fosse la virtù inabdicabile del civilista ».

(30) Molti di tali contributi sono ora raccolti nei volumi *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit.; e *Nobiltà del diritto*, cit.

3. *Nascita, funzioni e sviluppo del « diritto agrario » in Italia tra moderno e pos-moderno: il lungo ininterrotto dialogo di Grossi con gli agraristi.*

È in questa medesima ottica, alla luce delle articolazioni disciplinari che nel corso del Novecento sono emerse nella divisione del lavoro nelle facoltà giuridiche, che Grossi è intervenuto più volte a proposito proprio della materia 'diritto agrario', occupandosi sia della disciplina in quanto tale, sia dei principali agraristi che ne hanno favorito il decollo e legittimato la presenza nei *curricula* accademici ⁽³¹⁾.

Dal suo apparire in Italia nei primi decenni del secolo scorso, la disciplina accademica 'diritto agrario' è stata a lungo considerata come una semplice sotto-materia da ricondurre nel quadro del diritto civile sebbene, sin dall'inizio, fosse nata proprio in ragione dell'inadeguatezza, avvertita da pochi giuristi, a partire da Giangastone Bolla, del quadro generico ed insufficiente di lettura presente nella riflessione civilistica dell'epoca a proposito dei concreti problemi giuridici che il settore agricolo presentava.

Anche a questo proposito, inaugurando una serie di riflessioni sul passato e sul presente della disciplina, alla luce di quella vicinanza legata alla sua personale biografia sopra richiamata, Grossi, con molti interventi, ha mirato a recuperare in maniera piena e compiuta innanzitutto le ragioni per le quali nel corso del Novecento la riflessione agraristica, tradizionalmente ricondotta all'interno della ricerca privatistica in modo analogo a quanto è accaduto in quel medesimo turno di tempo per quella lavoristica, si fosse emancipata dal diritto civile, per dar vita, subito dopo la fine del primo conflitto mondiale, ad un autonomo ambito di indagine come « diritto agrario » destinato ad irrobustirsi e crescere nel tempo ⁽³²⁾.

⁽³¹⁾ Il suo primo contributo, al riguardo, risalente al 1972, *Il momento storico-giuridico nella elaborazione dottrinale dell'autonomia del diritto agrario*, in « Rivista di diritto agrario », 1972, I, p. 35 e ss., venne presentato da Grossi in termini di « note anticipative di una più ampia ricerca sulla storia della letteratura agraristica italiana dell'ultimo secolo ». Ricerca che, nella sua completezza, non è più stata portata a termine da Grossi, ma il cui disegno si può intravedere nei diversi interventi sul diritto agrario presenti in altri saggi elaborati nel corso dei successivi decenni.

⁽³²⁾ Nel rispetto della concretezza dell'indagine storica, è significativo rammentare, altresì, che nel suo affresco su *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico*, cit.,

Secondo Grossi, « un diritto *agrario*, era, infatti, la smentita della perfetta unitarietà del diritto civile fondata sulla sua intatta astrattezza, giacché si proponeva come riscoperta di alcuni fatti — strutturali, tecnici, economici — dotati di tanta forza da essere costitutivi di un settore autonomo nella grande coinè privatistica », evidenziando, così, « un paesaggio giuridico incredibilmente più ampio proprio perché recuperato anche nella sua dimensione fattuale », per cui « il giurista non può che rivestire i panni di colui che fruga e ricerca negli strati più riposti della pluralità giuridica »⁽³³⁾.

Anche in questo caso, come già era emerso nell'ampia riflessione sulle proprietà collettive, Grossi non ha mancato di individuare, nel sorgere dell'autonoma disciplina 'diritto agrario', la nascita di un diritto speciale che rivendicava la sua particolare identità proprio nel contrapporsi, metodologicamente, al modello allora ancora in auge nella riflessione civilistica, caratterizzato da un concettualismo di origine pandettistica.

Secondo Grossi, a fronte di un approccio, quello civilistico, murato in astratti schemi concettuali e ormai disabituato a fare i conti con la complessa realtà delle cose, la ricerca degli agraristi, pur con tutte le sue ingenuità e debolezze tecniche inevitabili, sin dal sorgere della disciplina avrebbe inteso recuperare lucidamente il rapporto con il reale, con le concrete dinamiche, volta a volta diverse, che affioravano nell'esperienza inevitabilmente plurale dell'agricoltura e dei rapporti agrari.

In altre parole, nel DNA della nuova disciplina riprendevano

Grossi abbia espressamente segnalato la novità, nel panorama della ricerca giuridica nazionale, rappresentata sia dalla nascita del « diritto agrario », in ragione proprio della sua « originalità » e dissonanza sul piano del metodo e della finalità seguiti dai suoi cultori, rispetto alle costruzioni e alle funzioni tradizionali del diritto civile e alla metodologia positivista prevalente tra i civilisti; sia dalla vicinanza del diritto agrario, in termini di specialità ed anche qui per ragioni tecniche e socio-economiche, al diritto del lavoro. Medesima attenzione per il diritto agrario non si rinviene però nell'affresco presente in un altro contributo di Grossi, *L'Europa del diritto*, cit. In questo caso la soluzione accolta è del tutto condivisibile proprio in quanto lo storico non ha riscontrato, a livello della complessiva esperienza europea, l'emersione della medesima singolare strutturazione di un diritto speciale per l'agricoltura, analogo, per metodo e per contenuti, a quello nato in Italia a partire dai primi decenni del Novecento.

⁽³³⁾ GROSSI, 'Un altro modo di possedere' quaranta anni dopo (Un ritorno dell'autore), cit., p. 117.

vitalità i paradigmi costitutivi della funzione stessa dei giuristi, quali auscultatori della realtà sociale, chiamati ad « inventare » diritto e, al tempo stesso, a promuovere, però, innovazioni anche legislative che potessero rispondere a concrete istanze sociali in coerenza con le profonde trasformazioni che il progresso tecnico ed economico avevano promosso a partire dalla fine dell'Ottocento: istanze tutte e sempre legate a quel dato materiale, insopprimibile, in quanto al cuore dell'agrarietà, rappresentato dal rapporto tra uomo e terra nel processo produttivo.

Nel diritto agrario, fattosi strada come specifica area di indagine giuridica nei primi decenni del Novecento, alla novità metodologica rappresentata dal diverso approccio degli agraristi nel leggere i problemi sociali sottoposti alla loro attenzione rispetto ai civilisti, in ragione anche della specificità tecnica del settore economico coinvolto, si legava, inevitabilmente secondo Grossi, una più marcata percezione dell'insopprimibile presenza del diritto accanto alla legge: diritto che, anche allora, a dispetto di tutte le tipizzazioni forzate, trovava fondamento nelle consuetudini, negli usi socialmente condivisi, ossia in quelle stesse fonti normative che, nel tempo, avevano a loro volta permesso alle proprietà collettive, ereditate da epoche lontane, di esistere e di resistere oltre le soglie del pos-moderno, proprio perché erano rimaste salde le loro radici nel sociale.

È all'interno di questa dialettica, riflettente da un lato la necessità di assecondare la natura, i suoi cicli biologici e produttivi, con tutte le sue innumerevoli varianti legate alla diversità dei territori, degli ambienti, delle storie sociali, dall'altro di guidare, al tempo stesso, processi evolutivi socio-economici oltremodo complessi che, nella lettura di Grossi, è dato di cogliere il nucleo originario, intrinsecamente e inestricabilmente complesso del diritto agrario moderno.

Il « diritto agrario » deve guardare al passato per comprendere e recuperare tutta la sua storicità, come del resto è avvenuto con particolare intensità nella prima fase della sua vita ⁽³⁴⁾, ma senza

⁽³⁴⁾ Sul recupero da parte degli agraristi della storicità dei temi al centro delle proprie indagini, non ha mancato di soffermarsi Grossi e si v. ID., *Il momento storico-giuridico nella elaborazione dottrinale dell'autonomia del diritto agrario*, cit.; per

nostalgici richiami ad assetti sociali ormai tramontati. Al tempo stesso, restando fedele metodologicamente alla puntuale e attenta lettura della concreta realtà, è chiamato a dialogare con altri saperi, al fine di indirizzare anche il processo legislativo in modo che risulti coerente con le specifiche caratteristiche di un fenomeno produttivo del tutto singolare. Tale fenomeno, infatti, si rivela non riconducibile a quelli al centro del settore industriale e terziario, per le sue radici biologiche, per l'inevitabile pluralismo delle strutture produttive coinvolte, a prescindere dalle loro stesse dimensioni, per le articolate modalità di attuazione dell'attività agricola, in ragione della molteplicità degli assetti naturali in cui questa ultima si colloca, sì da risultare necessariamente integrato e partecipe nella costruzione del paesaggio e dell'ambiente che, pur nella loro unicità, si presentano a loro volta sempre plurali in quanto carichi di storia.

Nel ripercorrere le vicende storiche, per quanto recenti, del « diritto agrario » italiano, dai primi decenni del Novecento ai giorni nostri, Grossi ha lucidamente evidenziato nella disciplina « diritto agrario » il carattere strutturale di una tensione originaria e originale legata all'incontro della agricoltura, con tutto il suo mondo gravido di storia e di memoria, con la modernità dei processi economici: tensione, appunto, a partire dalle stesse fonti regolatrici, diritto e legge, come emergente, plasticamente, dalle diverse posizioni assunte a suo tempo da Bolla e da Arcangeli, pur nell'unitarietà della disciplina accademica, come poi successivamente si ripeterà nell'esperienza repubblicana negli apporti soprattutto di Bassanelli, Carrozza, Romagnoli, Galloni, Costato ⁽³⁵⁾.

Tensione, inevitabile e per certi versi costitutiva, quanto all'approccio metodologico degli agraristi, i quali sin dal nascere della disciplina, sono stati chiamati da un lato a tenere sempre conto della realtà concreta, a partire, ad es., dai ritmi dei processi attraverso i quali la natura, coadiuvata dall'opera dell'uomo, fornisce i suoi frutti

altri riferimenti si v. anche i nostri saggi *La cultura agraristica tra codificazione e Costituzione (1935-1952)*, in « Quaderni fiorentini », 1999, p. 631 e ss. e, più di recente, *Comparazione e diritto positivo. Un dialogo tra saperi giuridici*, a cura di A. Somma e V. Zeno-Zencovich, Roma, 2021, p. 7 e ss.

⁽³⁵⁾ Sul punto si v. GROSSI, *Fattualità del diritto pos-moderno: l'emersione del diritto agrario in Italia*, cit., e ID., *L'agricoltura e il suo diritto nell'età della globalizzazione*, cit.

e si perpetua, per cui l'ordine della terra e quello degli agricoltori che ad essa destinano la loro attività si integrano sul piano dell'effettività normativa; dall'altro, ad assumersi la responsabilità di vigilare e tentare di indirizzare, gli interventi di cui si fanno carico le istituzioni nazionali e sovranazionali nell'adottare provvedimenti legislativi diretti ad orientare, se non anche a conformare, la disciplina dell'agricoltura, con il ricorso a soluzioni e modelli non sempre calibrati per una agricoltura per sua natura plurale e che molte volte non risultano in linea con le attese della base sociale. Di qui, secondo una felice intuizione risalente a Giangastone Bolla, la strutturale apertura comparatistica, diacronica e sincronica, del diritto agrario che ha permesso ai suoi cultori di sintonizzarsi, prima della stessa dottrina civilistica italiana, sul diritto di fonte comunitaria, sulle cui basi è poi intervenuto il diritto dell'Unione europea⁽³⁶⁾, nonché sull'impatto normativo dovuto alla globalizzazione dell'economia, con l'effetto di mettere a frutto l'originaria attenzione verso le esperienze straniere, grazie anche, per molti decenni, al supporto attivo dell'IDAIC.

Infatti, la specialità della disciplina trovava sin dalle origini la sua ragion d'essere nelle caratteristiche strutturali del mondo agricolo, inidoneo per molteplici ragioni tecniche economiche e sociali ad una totale perfetta integrazione nei modelli organizzativi del mondo industriale. Di qui l'esigenza che, in sintonia con la realtà, l'esperienza giuridica nel suo insieme potesse cogliere siffatte peculiarità: peculiarità, a ben vedere, che il processo di industrializzazione del settore primario, fattosi strada anche in Italia nel corso del Novecento, non ha potuto che confermare, sia pure in forme diverse, oggi riassunte nella evocativa formula dell'« eccezionalismo agricolo », per cui l'agricoltura, a partire da quella territoriale, continua ad esigere un trattamento normativo particolare in stretta aderenza alle sue molteplici funzioni sociali e alle condizioni di debolezza strutturale degli operatori agricoli nella relazioni di filiera con le loro agguerrite controparti negoziali⁽³⁷⁾.

(36) Sul punto ci permettiamo il rinvio al nostro, *Comparazione e diritto agrario*, cit.

(37) Per una illustrazione sintetica del persistente « eccezionalismo agricolo » si rinvia al nostro *Il mercato agro-alimentare europeo*, in *Cibo e diritto. Una prospettiva comparata*, a cura di L. Scaffardi e V. Zeno-Zencovich, Roma, 2020, vol. I, p. 251 e ss.

Sicché, anche per quanto riguarda il « diritto agrario », ossia il complessivo l'ordine relativo alle modalità di manifestarsi del rapporto tra uomo e terra, nel « processo produttivo » che resta al cuore dell'agrarità, la prospettiva delineata da Grossi sul piano metodologico e, peraltro, più volte da lui segnalata agli agraristi, sottolinea certamente quanto sia inevitabile l'attenzione responsabile per le leggi scritte, espressioni oggi della dialettica tra fonti nazionali e fonti sovranazionali (in ragione sia della esperienza unionale europea, sia della mondializzazione dell'economia): del resto il mutamento della legislazione ha scandito nel corso già del Novecento il mutare delle problematiche giuridiche al centro del diritto agrario.

Partita dalla assorbente attenzione per i rapporti agrari aventi ad oggetto l'utilizzo delle terre, nell'acuito conflitto tra proprietà e lavoro intervenuto in avvio della società di massa tra la fine dell'Ottocento e ampia parte del successivo secolo, l'esperienza agraristica si è successivamente concentrata sul conflitto tra proprietà ed impresa all'interno dell'azienda agraria, per poi trasferirsi sui rapporti che vedono oggi gli agricoltori contrattualmente impegnati con le imprese alimentari nella fornitura della materia prima necessaria per la produzione di alimenti lungo le filiere agro-alimentari in rapporti di mercato nazionali e sovranazionali profondamente squilibrati a loro danno.

Nessuna disciplina come il diritto agrario ha registrato nel giro di pochi decenni, mutamenti significativi nei contenuti dell'indagine affidata ai propri cultori, posto che, a differenza di molte altre discipline, essa ha registrato al proprio interno le tensioni e le complessità legate al processo di modernizzazione in cui era coinvolto il settore agricolo. Al tempo stesso, pur nell'innegabile impatto che i mutamenti tecnologici ed economici hanno registrato sulle strutture produttive, sulle modalità attuative dell'agricoltura, sui caratteri antropologici degli agricoltori, immutato e comunque centrale è pur sempre rimasto il rapporto tra uomo e terra alla base del processo produttivo primario oggi esercitato dalle imprese agricole ⁽³⁸⁾.

⁽³⁸⁾ Non è priva di rilievo la preoccupazione espressa da P. GROSSI, *Relazione di sintesi* nel Convegno tenutosi a Pisa nel 1985 dal titolo *Metodi e contenuti del diritto agrario moderno*, in « Rivista di diritto agrario », 1986, I, p. 327 e ss., in part. 437, sottesa

Di qui il monito di Grossi di non assolutizzare, nella ricerca di una precisa definitiva identità del diritto agrario, formule che riflettano solo aspetti particolari e che viceversa potrebbero rivelarsi camice di Nesso: «Oggi si parla di diritto agro-industriale, e il rischio è la fagocitazione nell'ingranaggio manifatturiero; si parla di diritto agro-ambientale, e il rischio è la fagocitazione nella semplice dimensione ecologica; si parla di diritto agro-alimentare, con una proiezione verso un soggetto (il consumatore) che non ha una identità economicamente specifica». Il suggerimento forte di Grossi rivolto agli agraristi è di avere contezza storica del proprio operare: «il richiamo a un doveroso sguardo diacronico ci permette di temperare tradizione e mutamento, di non farsi catturare dalle facili allettazioni dell'effimero, di separare effimero e durevole, per tentare di costruire il futuro su un terreno più solido di sabbie troppo mobili e incapaci di sostenere un edificio destinato a proteggere la comunità umana nella lunga durata»⁽³⁹⁾.

L'acquisita ricchezza dei fronti su cui la disciplina è stata chiamata a cimentarsi nel giro di pochi decenni non è apparsa agli occhi di Grossi una debolezza, ma un punto di forza in termini di costante tensione, nella ricerca della propria identità, da parte di una materia che, come un cantiere sempre all'opera, è chiamata a cimentarsi, per il tramite dei suoi cultori, con una realtà in perenne movimento in cui vecchio e nuovo coesistono sempre.

al vibrante invito rivolto agli agraristi di vigilare con attenzione sull'effetto potenzialmente dirompente sul dato strutturale costituito dalle aziende agricole, derivante dall'eventuale diffusione, anche nel settore agricolo, dei c.d. processi di disattivazione aziendale dovuti alla terziarizzazione ed esternalizzazione delle attività ricomprese tra quelle esercitate direttamente dall'imprenditore agricolo nella propria organizzazione aziendale prima della finale commercializzazione delle produzioni ottenute. Disattivazione aziendale, è il caso oggi di evidenziale, che nel settore agrario, a fronte delle suggestioni provenienti dall'esperienza nordamericana di segmentazione dell'impresa, non ha sin qui registrato processi significativi di diffusione, a differenza di quanto, purtroppo, si sta sviluppando, sempre di più, anche nella imprese minori di altri settori economici, con specifico riferimento ai rapporti di lavoro: di qui, come Grossi lucidamente aveva intravisto in termini di pericolo, la progressiva erosione della storica specialità del «diritto del lavoro», ossia di quel settore disciplinare che nel Novecento è stato il fratello gemello del «diritto agrario», in funzione della rafforzata tutela di specifici soggetti storici: i lavoratori per il primo, gli agricoltori per il secondo.

⁽³⁹⁾ Le due citazioni sono tratta da GROSSI, *L'agricoltura e il suo diritto nell'età della globalizzazione*, cit.

Alla luce della visione storica del diritto agrario, Grossi da un lato ha ritenuto inutili e vani gli sforzi di chi, a partire dallo stesso Giangastone Bolla, ha mirato a rafforzare l'autonomia del diritto oltre i confini della stessa unità della scienza giuridica, dall'altro ha considerato altrettanto sterili, se non pericolosi, i tentativi di allargare gli ambiti operativi della disciplina, con il rischio di perdere di vista il fenomeno centrale ed identitario rappresentato pur sempre dall'attività produttiva agricola: attività, del resto, che sin dall'avvio del nuovo millennio ha riacquisito una valenza strategica per l'intera umanità, ai fini del soddisfacimento, a livello planetario, della *food security*.

Tutto ciò, mette conto rimarcarlo, non è in contrasto con il fatto che, sul piano contenutistico, l'esperienza agraristica, oggetto del diritto agrario, sin dalle sue origini, sia andata comunque e pur sempre oltre il solo processo produttivo di materie prime destinate al mercato alimentare, ove si pensi, a tacer d'altro, alla coltivazione delle foreste cui, del resto, si lega, storicamente, la stessa esperienza delle proprietà collettive tanto care a Grossi.

Il quadro, a questo riguardo, si è arricchito, posto che, anche nella chiave ambientalistica in cui da sempre si presenta l'agricoltura, le strutture agrarie da molti decenni ormai sono aperte alla multifunzionalità che ne accresce e articola la valenza sociale. In ogni caso, nella consapevolezza di siffatti mutamenti, nel suo dialogo con gli agraristi e nella sua riflessione sulla disciplina, Grossi ha insistito sulla necessità che l'attenzione per il diritto scritto, al fine di coglierne e valorizzarne la rispondenza alla realtà concreta, debba accompagnarsi per gli agraristi con il pur sempre costante, ineludibile, richiamo al diritto 'informale' che continua a fluire nel sociale e che oggi rinvia altra forza e ispirazione nei principi costituzionali e che viene altresì alimentato, sul piano della stessa esperienza giuridica, dall'interdipendenza dei fenomeni economici a livello globale anche per il tramite della c.d. *soft law*.

Nella lezione di Grossi sul diritto agrario, confortata dal pensiero di Capograssi ⁽⁴⁰⁾, non manca certo la consapevolezza di

(40) Il riferimento è al saggio di G. CAPOGRASSI, *Agricoltura, diritto, proprietà*, in « Rivista di diritto agrario », 1952, I, p. 246 e ss., che ricorre molto spesso nella pagine di Grossi. Al riguardo si v., anche P. GROSSI, *Uno storico del diritto in colloquio con*

tutte le innovazioni legate al progresso tecnico. Queste, in molte regioni del pianeta, hanno modificato, qualitativamente, oltre che nella misura, il contributo lavorativo apportato alla terra dagli uomini che, come agricoltori, continuano in forme diverse ad essere comunque partecipi del processo produttivo agricolo. In coerenza con il suo lucido senso della storia, non vi è, in Grossi, alcuna nostalgia per un 'mondo di ieri'. Ma resta pur sempre per lui la convinzione profonda secondo la quale il nocciolo duro dell' 'agrarità', nell'ottica della ricorsività nel tempo, anche storico, del processo produttivo agricolo, quale espressione di un ordine in cui sono immersi l'uomo e il mondo esterno, dipenda, in definitiva, tutto dal rispetto degli uomini per la natura.

Ambizioni e aspettative utilitaristiche, anche di breve periodo, da parte degli imprenditori agricoli, ossia di coloro che assumono la gestione del processo produttivo agricolo di base, porterebbero all'irrimediabile rottura di quel rapporto tra uomo e ambiente naturale: rottura in cui, in definitiva, gli unici perdenti resterebbero l'umanità e la sua storia e non certo il pianeta terra.

Come dire, in buona sostanza, che l'ambiente, ossia quel bene comune, in cui sono immerse tutte le relazioni tra uomini e cose, a partire da quelle alla base dei processi produttivi agricoli, costituisce, alla luce del pensiero di Grossi, una componente necessaria e qualificante di quell'ordine « sociale » che vive, si rinnova nella storia a cui volge la sua attenzione il diritto agrario.

In questa prospettiva, la lezione di Grossi nonché il preciso monito da lui rivolto agli agraristi, sono destinati a proiettarsi nell'immediato futuro della disciplina: essi invitano i giuristi a misurarsi sempre con la realtà per esser altezza della loro funzione sociale. Attualmente, essi impongono agli agraristi di affrontare con concretezza, ma senza esitazioni, la complessa quanto ineludibile questione dell'effettiva sostenibilità ambientale ⁽⁴¹⁾. Tematica, questa, che non solo tocca fundamentalmente lo stesso esercizio della

Capograssi, in « Rivista di diritto agrario », 2006, I, p. 3 e ss. nonché in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 2006, p. 13 e ss.

⁽⁴¹⁾ Sul tema ci permettiamo il rinvio al nostro recente saggio *La sostenibilità ambientale nella e per l'agricoltura: problemi e prospettive*, relazione, di prossima pubblicazione, svolta nell'ambito del convegno su *Agricoltura e ambiente nella sfida*

agricoltura, in tutte le forme in cui essa si manifesta, esigendo, in definitiva l'avvento di « un altro modo di produrre », che va ben oltre quello biologico in senso stretto, ma che riguarda, drammaticamente, anche il futuro della storia umana sul nostro pianeta.

A proposito della crisi in cui è immerso, tuttora con diffusa inconsapevolezza, l'intero pianeta, è stato osservato ⁽⁴²⁾ che « il principio contadino assume maggiore rilevanza laddove si evidenzia che esso rappresenta un modo fondamentale per uscire dalla crisi agraria globale e pluridimensionale che stiamo attraversando. Tale principio è incentrato sulla robusta ricostruzione del capitale ecologico, sociale e culturale, vale a dire le principali risorse su cui, sempre di più, si fonda il modo contadino di fare agricoltura ».

Sono parole, queste, che certamente Paolo Grossi avrebbe accolto con trepidazione.

epocale della sostenibilità fra crisi climatica e crisi geopolitica, tenutosi a Venezia nei giorni 24 e 25 giugno 2022.

⁽⁴²⁾ J.D. VAN DER PLOEG, *I nuovi contadini. Le campagne e le risposte alla globalizzazione*, Roma, 2015, p. 365 (titolo originario: *The New Peasantries. Struggles for Autonomy and Sustainability in an Era of Empire and Globalization*, London, 2008).

ORLANDO ROSELLI

LA DIMENSIONE GIURIDICA COME DIMENSIONE COSTITUZIONALE

1. Paolo Grossi: l'indicazione di un metodo, non di modelli e teorie generali del diritto.
— 2. L'uso del sintagma « dimensione giuridica ». — 2.1. Il tema di che cosa sia 'costituzionale'. — 2.2. Il problema degli indicatori delle trasformazioni costituzionali.
— 3. La « dimensione costituzionale ». La Corte costituzionale « organo respiratorio dell'ordinamento giuridico ».

1. *Paolo Grossi: l'indicazione di un metodo, non di modelli e teorie generali del diritto.*

Così grande è l'influenza di Paolo Grossi nella cultura giuridica non solo dell'Italia che alcuni lo hanno qualificato essere anche filosofo del diritto. Tale qualifica, espressa con le migliori intenzioni di sottolineare la capacità di andare nel profondo del fenomeno giuridico, è stata respinta ripetutamente senza appello dall'intellettuale fiorentino.

Nel farlo ⁽¹⁾ vi è il ribadire un metodo, quello del rifiutare modelli predefiniti ⁽²⁾, che è all'origine di una accresciuta conoscenza dei di-

⁽¹⁾ « Qualche generoso collega ha parlato di un Grossi anche filosofo. Sono lusingato di tanto onorevole qualifica, ma non la ritengo appropriata [...]. Che io mi sia posto problemi di metodo e abbia affrontato il problema di una rete teorica atta a sorreggere la prolissità dei dati, ciò rientra semplicemente nella responsabilità di ogni 'scienziato' di munirsi di un salvante atteggiamento critico » (P. GROSSI, *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, Bologna, il Mulino, 2018, p. 55).

⁽²⁾ « Non si creda che io pensi al passato come a una fucina di modelli per l'oggi. Dio ce ne guardi: lo storico non deve sciorinare modelli, perché egli non ha modelli nel suo arsenale conoscitivo [...]. Da storico [...] ho appreso la grande verità che ogni cosa ha il suo tempo » (P. GROSSI, *Il punto e la linea (l'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)*, in *L'insegnamento del diritto oggi*, a cura di G. Rebuffa, G. Visintini, Milano, Giuffrè, 1996, p. 264). Ancora: « il passato come interamente vissuto

versi processi di strutturazione del fenomeno giuridico dall'epoca medioevale all'epoca moderna, sino alla contemporaneità ⁽³⁾.

La costruzione scientifica di Paolo Grossi va nella direzione opposta dei costruttori di teorie generali del diritto: non predetermina attraverso l'elaborazione di una teoria generale che cosa sia diritto, perché la consapevolezza del suo configurarsi va ricercata contestualizzando storicamente il fenomeno.

Si tratta di un metodo, quello grossiano, che è fisiologicamente

può arricchire il presente, ma non serba nessun modello da proiettare *illico et immediate* [...]. Quindi, guai alla modellistica, che provoca rigetti: noi dobbiamo costruire il presente con le forze del presente » (M. MECCARELLI, S. SOLIMANO, *A colloquio con Paolo Grossi*, estratto cartaceo di « Forum historiae iuris », 30 marzo 2007, capoversi 65 e 66, anche in <http://www.forbistiur.de/zitat/0703meccarelli-solimano-grossi.htm>).

Il metodo giuridico grossiano si radica non su predefiniti postulati, su pre-giudizi culturali, ma su di una disamina storica delle 'continuità'/'discontinuità' nelle varie epoche storiche che lo rendono particolarmente attento ai momenti di transizione e all'emersione di nuove esigenze ordinamentali che necessitano un ripensamento dello strumentario giuridico (GROSSI, *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, cit., *passim*).

⁽³⁾ È proprio il modo nuovo di essere storico del diritto, che per Grossi significa essere giurista a tutto tondo e avvalersi della dimensione storica per comprendere il divenire del fenomeno giuridico, che lo porta, spesso in anticipo agli stessi studiosi di diritto positivo, ad occuparsi di significative dinamiche dell'integrazione europea e di globalizzazione, a ricostruire il pensiero giuridico sin dentro la contemporaneità (O. ROSELLI, *Il progetto culturale e scientifico dei Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno nelle Pagine introduttive dei primi trent'anni*, in « Sociologia del diritto », 2009, 3, in part. p. 57 e ss. ed in ID., *Riflessioni sulle trasformazioni della dimensione giuridica*, Napoli, ESI, 2011, p. 86 e ss.).

Il tutto avviene ribadendo un metodo fondato non sulla acritica riproposizione di modelli del passato, ma la faticosa complessa comprensione dei processi di strutturazione della dimensione giuridica: così, nell'affrontare, tra i primi in Italia, il tema della « *Globalization* » dal punto di vista giuridico, lo studioso del Medioevo respinge le suggestioni di analogie con il passato tra la medievale '*lex mercatoria*' e la 'nuova *lex mercatoria*' che deve comunque fare i conti con gli Stati ed i loro organismi internazionali e sovranazionali. Scrive Grossi: « Taluno, avventatamente, ha parlato di 'medioevo prossimo futuro'. Le assonanze sono appariscenti, posto che il diritto medievale si connota sempre per una sua intima attualità, ma lo storico non può non essere percorso da un brivido di disagio: perché ogni cosa ha il suo tempo, del suo tempo è voce fedele e da questo suo tempo *non può essere astratta senza che non si commettano rischiosi errori di prospettiva* » (P. GROSSI, *Pagina introduttiva (ancora sulle fonti del diritto)*, in « Quaderni fiorentini », 29 (2000), p. 6 e in ID., *Trent'anni di pagine introduttive. Quaderni fiorentini 1972-2001*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 232, nostro è il corsivo).

portato ad entrare in rotta di collisione con ogni pretesa di cristallizzare nel tempo l'idea di diritto: il diritto è un esserci ordinamentale che muta nel tempo e che è debitore di una pluralità di dinamiche e processi sociali. Si spiega così come, nel rinnovare profondamente la storiografia giuridica, Grossi finisce per rinnovare il « pensiero giuridico » nel suo complesso e questa è la funzione principale che si propone di svolgere promuovendo il *Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno* ed i correlati *Quaderni fiorentini* e la collana denominata *Biblioteca*.

Il metodo proposto da Grossi è esplicitato nella prima *Pagina introduttiva* del 1972 dei *Quaderni fiorentini*: un battagliero 'manifesto' programmatico che il giovane studioso ha già applicato ad una significativa produzione scientifica (4).

In quelle quattro smilze paginette vi è già tutto il progetto originale e innovatore che, con determinazione, andrà costruendo nei futuri 50 anni di una instancabile implementale attività culturale e scientifica. Il voler sottrarre gli studi della storia del diritto da una sterile respingente erudizione non è fine a se stesso, non rappresenta solo la necessità di un rinnovamento disciplinare, esprime quella di

(4) G. CAZZETTA, *Pagina introduttiva (Unità e pluralità: spazi e tempi del pluralismo giuridico)*. *Cinquant'anni di Quaderni fiorentini*, in « *Quaderni fiorentini* », 50 (2021), p. 1 e ss.; ROSELLI, *Il progetto culturale e scientifico dei Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno nelle Pagine introduttive dei primi trent'anni*, cit., *passim*. Per la fase preparatoria del 'manifesto', si v. P. CAPPELLINI, *I segni dei tempi*, in GROSSI, *Trent'anni di pagine introduttive*, cit., p. V e ss.

Le 'stimme' di un metodo che andrà via via perfezionando le troviamo in lavori precedenti di Grossi, sia per la scelta dei temi che per l'approccio innovativo, come, ad esempio: *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1960; *Locatio ad longum tempus. Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune*, Napoli, Morano, 1963; *Somme penitenziali, diritto canonico, diritto comune*, in « *Annali della Facoltà giuridica. Università di Macerata* », nuova serie, 1 (1966), p. 94 e ss.; *Problematica strutturale dei contratti agrari nell'esperienza giuridica dell'Alto Medioevo italiano*, in *Atti della XIII settimana di studio del Centro italiano di studi sull'Alto Medioevo italiano, Agricoltura e mondo rurale in Occidente nell'Alto Medioevo*, Spoleto 22-28 aprile 1965, Spoleto, Panetto e Petrelli, 1966, p. 487 e ss.; *Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale delle situazioni reali*, in « *Jus* », 1967, p. 255 e ss.; né si può dimenticare che nel 1968, viene alla luce, dopo una stesura provvisoria del 1966, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto*, Padova, Cedam, 1968.

« recuperare » ⁽⁵⁾ la consapevolezza della complessità della dimensione giuridica.

Questo comporta una innovazione del metodo giuridico che investe *tutte* le comunità dei giuristi, in cui fondamentale è il ruolo degli storici del diritto proprio perché al contempo storici e giuristi ⁽⁶⁾.

Il diritto — lamenta Grossi — non è più « componente primaria nel processo culturale » ed il giurista non è più « protagonista nel meccanismo sociale, ciò è un dato allarmante dell'esperienza odierna ». Il « cultore di un diritto positivo [...] ha dimenticato che il diritto, prima ancora di essere norma e sistema logico, appartiene alla misura dell'esperienza giuridica » ⁽⁷⁾.

Ne consegue che

« Il richiamo alla storicità del sapere giuridico, verificando tante certezze, osservando l'eclissi di tanti dogmi, dubitando di tante pretese conquiste, ha dunque il significato di un riaggancio fra il giurista (e le sue tecniche) e la società (e il suo divenire); e il comune impegno dello storico del diritto e del cultore di diritto vigente *nella rimeditazione dell'itinerario del pensiero giuridico moderno assume il senso di una maggior fondazione critica della coscienza dell'operatore giurista* » ⁽⁸⁾.

⁽⁵⁾ Anche dal lessico allora utilizzato si comprende essere già maturo il pensiero di Grossi; « recuperare » il rapporto tra diritto e società sarà uno dei fili conduttori della riflessione che andrà a dipanare ed approfondire nel tempo; si farà alfiere dell'esigenza di una 'comprensione-strategia' per un ritorno al diritto, di portare ad emersione il legame tra diritto e (una storicamente individuata) società, alla ricerca di un legame ordinamentale capace di andare oltre il recinto del mero comando. Leggendo quelle quattro paginette vengono in mente decine di suoi scritti futuri e quei due combattivi libriccini che sono *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015 e *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017.

⁽⁶⁾ Per questo Grossi parla della necessità non, come fatto dal pur innovatore storico del diritto Francesco Calasso, di un « 'Colloquio con i giuristi' », ma di un « 'Colloquio tra i giuristi' », all'insegna di un duplice recupero: « riacquisire, da parte dello storico del diritto, il senso della unitarietà della 'scientia juris'; recuperare, da parte del giurista di diritto positivo, il senso della storicità come dimensione intrinseca del fenomeno giuridico » (P. GROSSI, *Pagina introduttiva*, in « Quaderni fiorentini », 1 (1972), pp. 1-2 ed in *Id.*, *Trent'anni di pagine introduttive*, cit., pp. 3-4).

⁽⁷⁾ *Ivi*, p. 3.

⁽⁸⁾ *Ibidem*. Il corsivo è nostro a voler sottolineare come il « pensiero giuridico » di Grossi si radichi nelle concretissime esigenze di un ordinamento giuridico con le quali l'« operatore giurista » deve sapersi relazionare.

Nel non voler costruire una nuova teoria generale del diritto e viceversa voler innovare in profondità il metodo giuridico, Grossi si rivela ancora più ambizioso: se convinci sulla validità di un metodo, orienti gli sviluppi successivi di quello che denomina « pensiero giuridico ». Anche la scelta di questo sintagma (inusuale in quell'inizio degli anni '70 del secolo scorso ⁽⁹⁾) anziché l'ancor oggi più diffuso « cultura giuridica », segnala la costruzione di un metodo giuridico: la conoscenza dei contesti storici; lo studio dei molteplici profili in perenne trasformazione del rapporto tra società e diritto; la necessità da parte dei giuristi di rinnovare istituti, categorie, principi giuridici e la stessa percezione di giuridicità in funzione delle esigenze ordinamentali della società ⁽¹⁰⁾.

Quest'ultimo profilo è ciò che intende per funzione del « pensiero giuridico »: centrale per Grossi è ciò che definisce la « fattualità » del diritto, ma poi i fatti devono essere ordinati, collocati in una dimensione ordinamentale.

Fare i conti con la fattualità del diritto, quindi con la realtà (materiale e immateriale), non significa appiattirsi in un apodittico realismo giuridico:

È chiaro che ogni giurista ha un disperato bisogno di categorie ordinanti. Una professione di ateoreticità non potrebbe mai avere il significato di povertà e di castità, bensì di una deleteria e respingibile

⁽⁹⁾ Sia consentito rinviare a ROSELLI, *Il progetto culturale e scientifico dei Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno nelle Pagine introduttive dei primi trent'anni*, cit., p. 73. Scelta che lo caratterizza in modo originale, differenziando Grossi sia dal pensiero marxiano (ma, soprattutto, dalla sue vulgate prevalenti) che dalle correnti idealistiche: « [...] al di là delle indulgenze idealistiche, il pensiero giuridico moderno viene assunto in tutte le sue implicazioni storiche, nella sua costruzione logica e tecnica, nelle sue motivazioni culturali e socio-economiche » (GROSSI, *Pagina introduttiva*, 1972, cit., p. 6).

⁽¹⁰⁾ Necessità questa che non significa non tener conto della tradizione giuridica, ché Grossi lo ha ben presente: significa porsi il problema di quanto di quella tradizione vi è rimasto di vitale e quanto necessari di andare 'oltre' per corrispondere alle esigenze ordinamentali della società. Il tema della tradizione giuridica riemerge anche nella più recente dottrina costituzionalistica: si v., per tutti, A. LUCARELLI, *Costituzionalismo e Storia. Riflessioni sulle dimensioni epistemologiche del senso della tradizione*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Annuario 2021, Scienza costituzionalistica e scienze umane*, Atti del Convegno annuale, Napoli 3-4 dicembre 2020, Napoli, ESI, 2022, p. 3 e ss.

impotenza. *Le pietre ammucchiate del manovale sono una realtà informe in attesa delle capacità cognitive intuitive dell'architetto che le trasformeranno in una costruzione* ⁽¹¹⁾.

Ed ancora:

Se il diritto è storia vivente, sarà la storia il laboratorio più idoneo alla *invenzione* di categorie; le quali debbono essere ordinanti, debbono cioè essere capaci di ordinare il magma del reale, e lo potranno con efficacia solo se si misureranno su quanto quel magma pretende ⁽¹²⁾.

Grossi propone un metodo che produce esiti dalle conseguenze anche teoriche nel mentre rifugge da un'astorica pre-definita concezione del diritto.

Uno di questi significativi esiti è racchiuso nell'uso del sintagma « dimensione giuridica ».

2. *L'uso del sintagma « dimensione giuridica ».*

Sintagma, quello di « dimensione giuridica », che fornisce l'immagine in movimento dei processi di strutturazione di ciò che definiamo 'diritto'. Oseremmo quasi dire che l'espressione « dimensione giuridica » descriva per Grossi l'idea di che cosa sia 'diritto' ancor più del diretto uso della parola: il diritto è una manifestazione di una particolare plurale dimensione ordinante che va ricercata (portata ad emersione ⁽¹³⁾).

Viene così proposto un metodo culturalmente liberante e scientificamente produttivo: non si adagia su consolanti concezioni del passato, ormai irrimediabilmente trasformatesi in « mitologie » ⁽¹⁴⁾, ma costringe a fare i conti non solo con ciò che è stato, ma soprattutto con ciò che è in via di trasformazione.

⁽¹¹⁾ GROSSI, *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, cit., p. 55, nostro è il corsivo.

⁽¹²⁾ *Ibidem*, di Grossi è il corsivo.

⁽¹³⁾ GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit.

⁽¹⁴⁾ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007³.

Grossi è studioso delle trasformazioni della società e *quindi* del diritto ⁽¹⁵⁾: altro che propagandista di modelli.

Il metodo che propone l'innovatore storico del diritto è di ausilio alla comprensione del presente e predispone alla necessità di interrogarsi sulle sfide future alla convivenza.

Il fare i conti con la realtà, lo portano a constatare come nelle società contemporanee la giuridicità si determina sempre più sul versante dell'interpretazione/applicazione rispetto alla statuizione delle disposizioni. Da qui l'accresciuto ruolo delle plurali multilivello giurisprudenze e del pensiero giuridico che si accompagna ad un'accresciuta responsabilità dei giuristi, in un contesto di sempre più estesa complessità.

Quel, come ricordato, affermare da parte di Grossi che « il diritto, prima ancora di essere norma e sistema logico, appartiene alla misura dell'esperienza quotidiana », significa che nella sua costruzione concorrono non solo gli enunciati normativi ma i contesti con cui si vanno a relazionare.

Il diritto è l'esito di tale mutevole (nel tempo e nello spazio) relazione. Le disposizioni sono una parte costitutiva ma non esclusiva della giuridicità.

Notava Ascarelli che diritto è il combinato disposto dell'enunciato con la sua interpretazione e che l'interprete non può prescindere da « valutazioni che hanno luogo in base a tutti i dati logici, storici, politici, economici, risultanti dal sistema, in base alla [sua] generale [...] concezione del sistema giuridico e del fenomeno sociale, del suo sviluppo storico, del senso della sua evoluzione » ⁽¹⁶⁾.

Se mutano i contesti (culturali, valoriali, sociali, economici,

⁽¹⁵⁾ Non a caso pone particolare attenzione a quei giuristi, di diverse epoche ed adesioni culturali e politiche, che si interrogano, senza pigrizie intellettuali, sull'emersione di nuove esigenze ordinamentali, che fanno dell'inquietudine e dell'insoddisfazione la cifra della loro ricerca: si v. le due raccolte: P. GROSSI, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008 e vol. II, 2014, in cui potrebbe ben figurare.

⁽¹⁶⁾ Sono parole di Ascarelli riportate da N. BOBBIO, *Tullio Ascarelli*, in ID., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 222. Non a caso il grande giurista romano è oggetto di studio, tra gli altri, di P. GROSSI, *Le aporie dell'assolutismo giuridico (Ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)*, ora anche in ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 323 e ss.

politici, scientifici, tecnologici) questo si riverbera sull'ordinamento giuridico. Un fenomeno particolarmente noto agli storici del diritto e agli studiosi di diritto comparato che hanno continuamente modo di verificare come lo stesso istituto giuridico muti nel tempo e nello spazio, anche se formalmente immutato.

Non a caso, Paolo Grossi ha parlato di « carnalità del diritto », a sintetizzare l'intima connessione dello strutturarsi del fenomeno con il vissuto delle persone e le dinamiche che attraversano la società. Il sintagma « dimensione giuridica » attiene ai processi profondi che determinano ciò che sintetizziamo con la parola 'diritto'. Processi che incidono ad ogni livello dell'ordinamento, in misura rilevante in quello costituzionale.

Queste considerazioni possono produrre nel giurista tradizionale preoccupate reazioni 'difensive' rispetto al timore di un incontrollabile eclettismo; ma non sono l'esito di una astratta teorizzazione, bensì di una verifica storica che rende evidente tutta la loro concretezza proprio nelle fasi di transizioni. Sono fasi, non a caso al centro della riflessione grossiana, in cui è possibile verificare l'incidenza nella strutturazione (« dimensione ») giuridica dei fattori che tradizionalmente consideriamo metagiuridici, ma che concorrono più di quanto siamo portati a riconoscere a produrre diritto.

Ma se non eleviamo a consapevolezza quello che abbiamo definito « l'inconsapevole giuridico » (17), l'esito sarà che di tali processi inconsapevoli saremo ancora più condizionati.

A confermarlo è la ricostruzione storica del divenire giuridico.

L'interpretazione tende sempre ad essere ermeneutica, in misura maggiore o minore, in modo consapevole o inconsapevole. Talora, possono essere gli stessi pre-giudizi ad essere determinanti nella risoluzione giuridica, tanto più sono diffusi nel corpo sociale (18).

(17) O. ROSELLI, *Humanities e l'interrogativo di cosa si intenda per diritto. L'orizzonte del giurista oltre la 'parzialità' del diritto positivo*, in « ISLL Papers » (accesso libero online), 16 (2023), p. 3.

(18) Si legga il brillante saggio di J. MAZZUCA, *Women in Law. Una eccezione alla regola. Il diritto negato di Lidia Poët, e non solo*, in « ISLL Papers » (accesso libero online), 16 (2023), che nel ricostruire « l'ingresso delle donne nelle professioni, ci si rende conto di avere a che fare con una storia che non è soltanto sociale e politica, ma

Ridurre la scienza giuridica nel recinto del normativismo sottovaluta la complessità e la pluralità dei processi ordinamentali, nel mentre il compito del giurista è navigare attraverso le turbolenze disgreganti della società. Per farlo ha necessità di aprirsi all'apporto delle altre scienze e delle arti senza scadere in un eclettismo apodittico e inconcludente ⁽¹⁹⁾.

Si tratta di problematiche non eludibili: non a caso, alcune fondamentali categorie sono fatte proprie dalla scienza giuridica solo dopo che queste si sono imposte con i caratteri determinati dalla storia e dalla storia continuamente ridefiniti (nonostante si sia portati psicologicamente a pensarli come statici, proprio per la loro centralità): si pensi alle nozioni di sovranità ⁽²⁰⁾, di atto politico ⁽²¹⁾,

che è destinata ad inverarsi nella mentalità e nella cultura dei giuristi, affiancando l'argomento giuridico a quello della tradizione » (ivi, p. 1). Di una tradizione che esula dal dato normativo e che si alimenta di pregiudizi. Tra l'altro, nel saggio si descrive la significativa vicenda di Lidia Poët, laureatasi nel 1881 « a pieni voti in giurisprudenza [...] » e dopo « il biennio di pratica forense, Lidia ottiene l'iscrizione nell'albo degli avvocati di Torino [...] ». Ma tuttavia su tale iscrizione avrà modo di pronunciarsi la Corte di Appello di Torino, escludendo la possibilità (esclusione confermata poi dalla Corte di Cassazione) con argomentazioni che non fanno riferimento ad un dato normativo, ma agli stereotipi del tempo: l'esclusione dalla possibilità di esercitare la professione forense, scrive la Corte, era per ragioni « d'educazione, di studi, d'inversatilità ordinaria negli affari, di non integra responsabilità giuridica e morale, la riservatezza del sesso, la sua indole, la destinazione, la fisica cagionevolezza di lei, la diuturna indivisibilità della sua persona dall'eventuale portato delle sue viscere, ed in generale parlando, la deficienza in essa di adeguate forze intellettuali e morali, fermezza, costanza, serietà » (ivi, p. 10). L'esclusione sarà confermata dalla Corte di Cassazione, gli argomenti 'tecnici' che emergono confermano i pregiudizi, nel riferimento all'« istituto della autorizzazione maritale » e del fatto che non vi era nella legislazione il termine avvocato coniugato al femminile.

Il pensiero che viene alla mente è che tali giudici, in un'epoca per di più imperante di quella che Paolo Grossi definisce di « assolutismo giuridico », hanno emesso sentenze fondate non su riferimenti legislativi, ma in base a pre-giudizi che li inducono a ritenere *comunque* di aver applicato la legge e *solo* la legge.

⁽¹⁹⁾ Sia consentito rinviare a O. ROSELLI, *Un problema di natura costituzionalistica: la ricerca di che cos'è diritto oltre le sole disposizioni. Il contributo di scienze ed arti*, in « Rivista AIC » (accesso libero *online*), 2022, 2, p. 129 e ss. ed in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Annuario 2021, *Scienza costituzionalistica e scienze umane*, cit., p. 227 e ss.

⁽²⁰⁾ Nozione che ha subito metamorfosi conseguenti ad eventi storici ed al mutare dei contesti, a partire dall'anno 1000; a seguire nel 1648 con la pace di Westfalia

processo costituente ⁽²²⁾, rivoluzione ⁽²³⁾, forma di Stato ⁽²⁴⁾, delle stesse mutevoli nozioni di Costituzione ⁽²⁵⁾.

con la conseguente nascita del diritto internazionale; al diverso suo fondamento nelle Costituzioni democratiche del secondo dopoguerra; per assistere a quella che viene definita « crisi della sovranità » che, sotto la spinta della complessità-pluralità-disomogeneità delle società contemporanee non è il suo venire meno, ma l'emergere della pluralità delle sue manifestazioni. Tra coloro che sono riusciti a dare la dimensione della storicità della nozione giuridica di sovranità, si v., per tutti, G. CHIARELLI, *Sovranità*, in *N.mo Dig. It.*, 1976, p. 1043 e ss.

⁽²¹⁾ La distinzione tra « atto politico » ed « atto giuridico » è possibile solo attraverso l'« inserimento » delle due categorie nel contesto storico in cui si applicano. Esempio è la vicenda riferita da G. CAPOGRASSI, *Luigi Trivelli*, in *Id.*, *Opere*, Milano, Giuffrè, vol. VII, 1990, p. 159 e ss.: Trivelli si trova, dopo l'8 settembre 1943 nella Roma occupata, a dover svolgere le facenti funzioni di Presidente della Corte dei Conti; nella seduta del 4 ottobre 1943, si pone il problema della qualificazione degli atti sottoposti al vaglio della Corte che concluse che una tale distinzione è al momento « impossibile » perché la qualificazione degli atti sarà conseguente all'esito del conflitto. Qualificazione degli atti che deriva dalla forma di Stato che gli eventi futuri andranno a definire (si v., O. ROSELLI, *Dimensione politica e forma di Stato*, in *Lo stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale. Scritti in onore di Enzo Cheli*, a cura di P. Caretti, M.C. Grisolia, Bologna, il Mulino, 2010, *passim* e in *Id.*, *Riflessioni sulle trasformazioni della dimensione giuridica*, cit.).

⁽²²⁾ Processo che si qualifica sì per l'essere libero nel fine, fondativo di un nuovo ordinamento costituzionale, ma che essendo radicato nel contesto storico ne incontra i limiti.

⁽²³⁾ Come noto, la nozione giuridica di « rivoluzione » si riferisce ad un mutamento di paradigma costituzionale che, a partire dal Sei/Settecento si accompagna alla sostituzione della vecchia con una nuova Costituzione, fondativa della nuova giuridicità. Ma l'eventuale sconfitta del progetto rivoluzionario lo rende manifestazione estrema della anti-giuridicità: abbiamo l'immagine plastica dell'incidenza/prevalenza dei fattori tradizionalmente considerati metagiuridici nella costruzione della giuridicità, fattori che finiscono per essere storicamente *interni* alla dimensione giuridica (ROSELLI, *Dimensione politica e forma di Stato*, cit., *passim*).

⁽²⁴⁾ *Ibidem*.

⁽²⁵⁾ Su cui esiste ormai una sterminata dottrina, qui ci limitiamo a ricordare alcuni dei contributi di un allievo carissimo a Paolo Grossi prematuramente scomparso: M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna, il Mulino, 1999 e la monumentale monografia *Id.*, *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Milano, Giuffrè, 2018. Ma dello studioso delle dottrine costituzionali si v. anche, *Stato costituzionale in trasformazione*, Modena, Mucchi, 2021; *Le due trasformazioni costituzionali dell'età repubblicana*, in Accademia Nazionale dei Lincei, *Atti del Convegno La Costituzione ieri e oggi* (Roma 9-10 gennaio 2008), Roma, Bardi, 2009, p. 21 e ss. e *La Costituzione federale americana come 'modello costituzionale'*, in *Culture costituzionali a*

Il diritto non può definire se stesso a prescindere dai contesti e dai fatti (intesi nel senso onnicomprensivo di tutto ciò con il quale volenti o nolenti ci troviamo a relazionare). La cultura giuridica può negarlo, ma l'esito è l'indebolimento della capacità cognitiva e prescrittiva delle costruzioni ordinamentali.

2.1. *Il tema di che cosa sia 'costituzionale'.*

Grossi, parlando di « dimensione giuridica », elabora una nozione che è già (prima ancora di utilizzare il sintagma « dimensione costituzionale ») di valenza costituzionalistica ⁽²⁶⁾, perché si occupa dei processi fondativi della giuridicità, li porta ad emersione e così facendo ne amplia la comprensione, superando la « muraglia » ⁽²⁷⁾ che il positivismo giuridico ⁽²⁸⁾ ha posto tra diritto e società.

L'elaborazione del sintagma « dimensione giuridica » obbliga a riflettere su che cosa sia 'costituzionale' e rappresenta un formidabile contributo alla crescita della stessa scienza costituzionalistica.

Il quesito è se ciò che definiamo 'costituzionale' è circoscrivibile solo ad un testo costituzionale, alla previsione di enunciati contenuti nella fonte superiore di un ordinamento giuridico o se è nozione più ampia di quella di Costituzione.

confronto. Europa e Stati Uniti dall'età delle rivoluzioni all'età contemporanea, Atti del Convegno internazionale, Genova 29-30 aprile 2004, a cura di F. Mazzanti Pepe, Name, 2005, p. 273 e ss. (estr.). Su questi temi hanno apportato contributi importanti anche altri allievi di Grossi, come il valente L. MANNORI, *Costituzione. Note sulla emersione del concetto nell'Italia del Settecento*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 87 e ss.

⁽²⁶⁾ Di questo ne sono così da tempo convinto, che ho vivo il ricordo di quando, ormai tanti anni fa, sulla scia della suggestione del grossiano sintagma « dimensione giuridica », prospettai a Grossi l'idea di scrivere una monografia sulla « dimensione costituzionale ». Saggiamente mi fu consigliato di non dare un'impostazione di astratto carattere teoretico, ma di ricondurre la riflessione all'analisi dell'evoluzione storica di un istituto giuridico. Scelsi di occuparmi di un relevantissimo fenomeno sociale: lo sciopero (O. ROSELLI, *La dimensione costituzionale dello sciopero. Lo sciopero come indicatore delle trasformazioni costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2005).

⁽²⁷⁾ Termine dalla forte capacità evocativa utilizzato da Grossi nel segnalare gli esiti di un pensiero giuridico inadeguato.

⁽²⁸⁾ Un punto va chiarito: la serrata « martellante » critica di Grossi del positivismo giuridico (come noto a tal fine conierà il sintagma « assolutismo giuridico ») non è sottovalutazione del contributo al pensiero giuridico di tale concezione giuridica: in tanti contributi accompagnerà la critica alla contemporanea sottolineatura della raffinata tecnica giuridica che sottende il napoleonico *Code civil des français* del 1804.

La tesi qui sostenuta è che la nozione di ‘costituzionale’ è più ampia di quella di ‘Costituzione’.

Lo dimostrano tanti dati storici, tra gli altri, il fatto che non tutti gli ordinamenti giuridici sono dotati di una Costituzione scritta, ma hanno un impianto costituzionale non per questo meno strutturato fondato sulla stratificazione nel tempo di una pluralità di fonti scritte fondamentali, di consuetudini e di radicate tradizioni, di convenzioni, di giurisprudenza e cultura giuridica che contribuiscono a tal fine: è il caso della Gran Bretagna. Di tutta evidenza, non avere una Costituzione scritta non significa non avere una Costituzione, ma semplicemente che l’assetto fondativo di un ordinamento giuridico si determina con altre modalità. Lo testimonia anche l’esperienza dello Stato di Israele che non ha una Costituzione nel senso tradizionale di un unico testo, ma nondimeno ha un solido impianto costituzionale, che oltre che determinato da alcune leggi qualificabili come fondamentali trova il proprio collante in una giurisprudenza costituzionale saldamente ancorata al costituzionalismo occidentale del secondo dopoguerra.

Ancora: l’ambito della sfera costituzionale può essere più ampio delle stesse previsioni contenute in una Costituzione, come necessaria appendice di questa, anche come scelta del Costituente di non predefinire staticamente tutto ciò che è rilevante da un punto di vista costituzionale. È il caso anche della Costituzione italiana, estremamente sintetica nel disciplinare la formazione del governo (per non imbrigliare le dinamiche politiche in schemi rigidi ostativi alla risoluzione delle controversie politiche), che ha portato al formarsi di più elastiche consuetudini e convenzioni costituzionali.

Talora, le stesse tecniche di redazione dei testi costituzionali fanno presagire una modalità *integrativa* nella specificazione-evoluzione dell’essere costituzionale: ad esempio, la scelta della « Legge Fondamentale » della Repubblica Federale Tedesca (a differenza di quella italiana) di fondare la tutela dei diritti sociali non su di un decalogo, ma sul riferimento complessivo al suo carattere « sociale »⁽²⁹⁾, ha finito per attribuire un *quid construens* ulteriore alla Corte costituzionale ed alla stessa giurisprudenza ordinaria sulla

(29) Art. 20, 1 c., della Legge Fondamentale della RFT: « La Repubblica Federale di Germania è uno Stato federale democratico e sociale ».

base al contempo di un rinvio esplicito alla legislazione chiamata a rendere effettivo il principio ⁽³⁰⁾.

Le stesse giurisprudenze costituzionali (sia nel modello accentrato 'austriaco' che nel modello diffuso 'americano') si trovano a dover fare i conti con « metamorfosi » così profonde e pervasive della società (il sociologo Ulrich Beck ha parlato ormai di « metamorfosi del mondo » ⁽³¹⁾) che per svolgere la propria funzione tendono ad andare 'oltre' la mera tutela degli enunciati normativi contenuti nella Costituzione, per configurare una '*giustizia costituzionale*' che oltrepassa il significato tradizionale e riduttivo di tale sintagma, confrontandosi anche con il 'costituzionale' che sta fuori dai testi.

Del resto, gli ordinamenti costituzionali (che pur sono manifestazione di 'sovranità' giuridica) hanno pur bisogno di colloquiare tra loro, come testimoniano i pluriennali incontri trilaterali tra le Corti costituzionali italiana, spagnola, portoghese, divenuti, per iniziativa proprio del Presidente Paolo Grossi, quadrilaterali con l'estensione al *Conseil Constitutionnel* francese, una Corte per di più diversa dalle altre in virtù di un peculiare preventivo controllo di costituzionalità. Questo esempio della ricerca di confronto è relativo a Corti costituzionali di ormai lunga consolidata tradizione, ma vi sono casi in cui non di mero colloquio si tratta ma di necessaria ricerca di contaminazione, di corrispondere ad una saprofito esigenza ordinamentale: è ciò che è avvenuto con la novità della istituzione della Corte costituzionale sudafricana che si è trovata nella necessità di utilizzare tecniche interpretative e categorie costituzionalistiche elaborate da giurisprudenze costituzionali di altre tradizioni giuridiche, non potendo attingere ad una autoctona tradizione costituzionale ⁽³²⁾.

C'è un quid, del non previsto e del non al momento immaginabile, che condiziona anche un Costituente. Ad esempio, il nostro nello statuire il ruolo della Corte costituzionale lo ha pensato come

⁽³⁰⁾ Lo stesso art. 20 della Legge Fondamentale, al 3 c., stabilisce che « La legislazione è soggetta all'ordinamento costituzionale, il potere esecutivo e la giurisdizione sono soggetti alla legge e al diritto ».

⁽³¹⁾ U. BECK, *La metamorfosi del mondo*, ed. it. Bari-Roma, Laterza, 2017.

⁽³²⁾ Di V. Federico si v., almeno: *Sudafrica*, Bologna, il Mulino, 2009.

quello di un organo costituzionale che al quesito se la legge o un atto avente forza di legge possa essere incostituzionale rispondesse o con una sentenza di accoglimento o con una di rigetto. La Corte, nel confrontarsi con i fatti (ma, al contempo, muovendo dal caso concreto, con le esigenze complessive del sistema) ha elaborato la ben nota articolatissima tipologia di sentenze ⁽³³⁾ esaltando il ruolo dell'interpretazione attraverso la distinzione tra enunciato normativo e diritto.

Ancora: non è un caso che ci si interroghi se si possa parlare di un diritto qualificabile come costituzionale nell'ambito di quel particolarissimo fenomeno denominato globalizzazione ⁽³⁴⁾ (ma è più aderente alla realtà se coniugato al plurale) che ha prodotto 'diritto' attraverso itinerari in cui i circuiti giuridici nazionali, sovranazionali e internazionali sono solo parte e, talora, non prevalente ⁽³⁵⁾. Ovviamente, si tratterebbe di un diritto costituzionale atipico che 'fuoriesce' dai meccanismi di produzione giuridica del passato e che trova il proprio fondamento sullo stato di necessità e funzionalità dei poliedrici attori delle globalizzazioni, da (ri)condurre nell'alveo del costituzionalismo, un costituzionalismo che, per di più, deve fare i conti con vecchi e nuovi poteri ⁽³⁶⁾, antiche ed emergenti necessità di tutele fondamentali.

La nozione grossiana di « dimensione giuridica » appartiene fin da subito alle categorie costituzionalistiche perché, in forza del metodo che sottende, vale anche con riferimento al diritto costituzionale. Di più, soprattutto con riferimento al diritto costituzionale perché questo si caratterizza per la convivenza di due profili che

⁽³³⁾ Per tutti, G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*. Vol. I. *Storia, principi, interpretazioni*; Vol. II. *Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, il Mulino, 2018.

⁽³⁴⁾ Si veda, tra gli altri, S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006, *passim*.

⁽³⁵⁾ Tra gli studiosi che nel nostro Paese hanno indagato di più sul fenomeno, aprendosi alle riflessioni della migliore dottrina straniera, si v., tra i suoi tanti contributi, M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società della globalizzazione*, Bologna, il Mulino, 2002; ID., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, il Mulino, 2002; ID., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

⁽³⁶⁾ M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi*, Bologna, il Mulino, 2022.

potrebbero apparire dicotomici ed invece ne descrivono la peculiarità: siamo in presenza di un diritto dotato di una super prescrittività (si pensi alla rigidità costituzionale) ed al tempo stesso di un diritto di confine tra il giuridico ed il non giuridico. Il diritto costituzionale è una continua sussunzione/distinzione/esclusione di fattori meta-giuridici nell'ambito della giuridicità, non può fare a meno di un rapporto dialettico con la società: è prescrizione, ma non sempre è ridicibile al solo comando dell'enunciato normativo.

Del resto, il diritto ha comunque valenza costituzionale quando è capace di dare espressione ad un portato valoriale profondo e rende possibile ordinare con tali riferimenti la società, quando produce 'osservanti'; le diverse modalità di realizzare 'osservanza' contribuiscono a determinare i caratteri costituzionali di un ordinamento.

La modalità di costruzione dell'ordinamento nella forma di Stato democratica è la valorizzazione del pluralismo.

Se c'è un diritto che non può fare a meno di fare i conti con la realtà, con i fatti, questo è proprio il diritto costituzionale: neppure questo può essere, nonostante la sua super prescrittività, ridotto a solo dover essere. Una tale affermazione non è, come può pensare qualche timoroso giurista, un indebolimento della scientificità del diritto costituzionale: anzi, ne valorizza l'intima predisposizione alla comprensione (e quindi alla capacità ordinante) della società.

Le trasformazioni (ma forse è meglio usare il termine beckiano « metamorfosi » che più descrive la radicalità dei mutamenti) della realtà sono così profonde che condizionano le nostre concezioni di istituti/categorie/principi giuridici in modo talmente strutturale da incidere nei caratteri della giuridicità, con una valenza 'costituzionale' orientante l'ordinamento giuridico.

Ne risulta una ulteriore conferma della validità del metodo grossiano: le sfide del futuro richiedono al « pensiero giuridico » di ripensarsi in profondità. Accanto al passaggio dal diritto alla società, dall'alto verso il basso, occorre pensare il diritto come passaggio orizzontale dalla società alla costruzione del suo ordinamento, operazione che richiede saper cogliere, come insegna Grossi, i « segni » del mutamento.

2.2. *Il problema degli indicatori delle trasformazioni costituzionali.*

Ma se così è, se vi sono dinamiche che modificando in profondità i contesti storici incidono in modo *costitutivo* nel correlato carattere giuridico, il tema di tali trasformazioni è da un punto di vista costituzionalistico non eludibile. Porsi il problema della loro comprensione non può essere indifferente al giurista, perché altrimenti non è in grado, nel ricomporre l'unitarietà della dimensione giuridica, di comprenderne le modalità di strutturazione, sia dal punto di vista cognitivo che prescrittivo.

In altre parole, il fluire delle dinamiche sociali è parte integrante della dimensione giuridica, tanto che la stessa scienza giuridica d'impronta positivista non può fare a meno di avvalersi di quelli che la teoria generale del diritto definisce « concetti valvola », pensati proprio in funzione del mutare sociale ⁽³⁷⁾. Senza tali concetti il diritto assumerebbe una tale ottusa prescrittività che produrrebbe non effettività ma desuetudine. Le ricadute dell'uso di tali concetti sono vistose: si pensi al limite del « buon costume » richiamato nell'art. 21 della Costituzione italiana sulla cui base la giurisprudenza per un periodo non breve ha portato a severe condanne per atti osceni in luogo pubblico a carico di candide coppiette per tenere effusioni, giurisprudenza che sarebbe oggi considerata intollerabile dal corpo sociale. L'enunciato normativo rimane invariato, ma non lo sono gli esiti della sua applicazione: nell'invarianza della disposizione è mutato il 'diritto' in conseguenza della mutata sensibilità sociale ⁽³⁸⁾.

⁽³⁷⁾ L. LOMBARDI VALLAURI, *La scienza giuridica come politica del diritto*, Firenze, Cultura, 1971, *passim*; ora il tema della scienza giuridica come politica del diritto è ancora più ampiamente trattato dal filosofo del diritto nel più facilmente reperibile *Corso di filosofia del diritto*, Padova, CEDAM, 1981.

⁽³⁸⁾ Un giurista di diritto positivo potrebbe obiettare che la previsione dei « concetti valvola » nei testi normativi è essa stessa manifestazione di diritto positivo, a cui si può controreplicare che la disciplina normativa applicata è determinata dal mutamento della percezione sociale di che cosa sia « buon costume », mutamento che nel tempo ha finito per imporre diversissime applicazioni.

L'interrogativo che ci si pone (39) è se sono individuabili indicatori delle trasformazioni sociali che interagendo con il sistema normativo incidono nell'ordinamento giuridico.

Porsi anche il solo problema, può apparire ad un giurista tradizionale eversivo delle stesse previsioni costituzionali per il timore che sia possibile il loro depotenziamento.

Ma se si analizza la giurisprudenza della Corte costituzionale non possiamo non notare come, nel pronunciarsi, in ben oltre sessanta anni, non ha potuto fare a meno di fare i conti con il sentire diffuso nella società, con riferimento ai più diversi orientamenti sociali. In alcune pronunce importanti in materia di diritto di sciopero e dell'istituto della serrata, la Corte ha espresso una innovativa giurisprudenza facendo riferimento ai «sommovimenti» nella società, come prodotto e chiave di lettura dell'art. 40 della Costituzione (40).

Non solo, nella prima giurisprudenza costituzionale in materia di diritto di famiglia la Corte costituzionale ha difeso la legittimità costituzionale di una legislazione previgente alla Costituzione, palesemente incostituzionale, facendo riferimento all'allora dominante sentire sociale in tema di (dis)uguaglianza uomo/donna. Al maturare negli anni '70 del clima culturale e sociale, la Corte ha modificato alla radice il proprio orientamento anticipando la riforma del diritto di famiglia del 1975, finalmente in sintonia con la Costituzione (41).

Oggi, le stesse previsioni costituzionali si trovano a dover fare i conti sia con un ulteriore mutare sociale (il sempre più diffuso fenomeno delle coppie di fatto, anche non eterosessuali) che con

(39) Non da ora, O. ROSELLI, *Il problema degli indicatori delle trasformazioni sociali*, in *Trasformazioni sociali e trasformazioni giuridiche*, a cura di A. Poggi, O. Roselli, Napoli, ESI, 2007, p. 27 e ss. e in *Id.*, *Riflessioni sulle trasformazioni della dimensione giuridica*, cit., p. 19 e ss.

(40) ROSELLI, *La dimensione costituzionale dello sciopero. Lo sciopero come indicatore delle trasformazioni costituzionali*, cit., *passim*.

(41) Sotto la presidenza di Paolo Grossi la Corte, il 19-20 maggio 2016, ha organizzato il Convegno scientifico, *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2017, dove è possibile leggere, tra l'altro, la relazione di V. FERRARI, *La Corte costituzionale e la famiglia. Innovazione e tradizione*, p. 147 e ss. e la significativa sintetica incisiva introduzione dello stesso P. GROSSI, *L'invenzione dell'ordine costituzionale: a proposito del ruolo della Corte*, p. 1 e ss.

uno sviluppo scientifico e tecnologico dalle potenzialità per millenni impensabili tali da porre interrogativi la cui soluzione giuridica necessita di confrontarsi con scienza e morale(i) (si pensi al tema della maternità surrogata).

Una ulteriore prova che il ‘diritto’ non si riduce a sola statuzione di enunciati, che le risposte giuridiche si trovano al crocevia di una pluralità di dinamiche ed il giurista (e il « pensiero giuridico ») sarà in grado di fare sintesi tanto più ne sarà cosciente. Il giurista (ed in particolare il giudice) nel momento in cui qualifica ciò che è diritto deve essere il più possibile in grado di avere consapevolezza dei fattori che hanno concorso a determinare il proprio giudizio e con tale operazione ricondurre a ragionevolezza ordinamentale la propria scelta, *nella trasparenza argomentativa*. Negare *a priori* i condizionamenti esistenti, od essere incapaci di comprenderne le potenziali ricadute nei processi ordinamentali (e le opzioni che si determinano), accresce la discrezionalità, non la fa venire meno.

Dunque, occorre lavorare per dotare il giurista di uno strumentario adeguato: porsi il problema dell’adozione di un metodo capace di individuare indicatori delle trasformazioni sociali che condizionano in profondità l’ordinamento della società richiede un impegno rigoroso, da perseguire senza vacui eclettismi, con umiltà certo, ma con determinazione, perché si rende necessario in un’epoca attraversata da sempre più rapide metamorfosi che il ben più lento progredire psichico dell’umanità ha difficoltà a gestire.

Nell’ambito della scienza giuridica, dell’essere ‘scienza’ con le peculiarità del ragionamento scientifico (il porre a verifica i propri esiti) e, al contempo, con riferimento alle proprie specificità (l’essere ‘giuridica’, cioè in funzione ordinamentale) ⁽⁴²⁾, è possibile avvalersi di ‘indicatori’ dei processi su cui interagisce il diritto? Vale a dire costruire modalità di comprensione (e di capacità di intervento) come avviene per altre scienze tra loro diverse?

Circoscrivendo la riflessione a quelle con le quali più di frequente quella giuridica ha necessità di colloquiare, scopriamo che

(42) Sia consentito rinviare a O. ROSELLI, *Scienza, scienza giuridica, scienza della formazione giuridica*, in « Rassegna di diritto pubblico europeo », 2010, 2, p. 173 e ss., in ID., *Riflessioni sulle trasformazioni della dimensione giuridica*, cit., p. 97 e ss. e in ID., *Scritti per una scienza della formazione giuridica*, Napoli, ESI, 2012, p. 215 e ss.

una parte rilevante della loro scientificità è fondata sulla capacità (scientifica, sottoposta a verifica) di elaborare indicatori di metamorfosi condizionanti il trasformarsi del proprio oggetto di studio. Un esempio, tra i tanti, il procedere scientifico degli studi sociologici: senza indicatori delle trasformazioni sociali navigherebbero senza bussola; considerazioni analoghe possono farsi con riferimento alla scienza economica ed altre, molte, si potrebbero fare con riferimento ad altre scienze, non solo sociali.

Nondimeno, il tema viene sottovalutato negli studi giuridici, estraneo alle tradizioni giuridiche di *civil law*, strutturate precedentemente allo sviluppo di scienze come la sociologia, l'antropologia, la scienza politica e quella economica (nei loro approdi moderni), la psicanalisi (il cui statuto scientifico viene da alcuni contestato perché si fonda su tecniche di emersione di ciò che non appare, ma che non per questo non esiste ed è anzi più condizionante) ⁽⁴³⁾, la linguistica ⁽⁴⁴⁾.

Il problema di indicatori delle trasformazioni sociali e della parte che essi ricoprono sul versante sia cognitivo che condizionante la giuridicità, è destinato a ricoprire una rilevanza scientifica e pratica sempre maggiore in virtù di mutamenti della realtà sempre più rapidi, pervasivi, radicali, stravolgenti il nostro vissuto.

Il problema scientifico non è la dimostrazione dell'esistenza di questi fattori, perché *ex post*, cioè storicamente, è possibile constatare la condizionabilità giuridica dei mutamenti di paradigma in ambiti sociali e fattuali.

Il problema è individuare, nel presente e nella sua proiezione futura, quali siano gli indicatori che si affiancano al dato normativo del mutamento giuridico e, per il costituzionalista, come ricondurre tali fenomeni ai « principi supremi dell'ordinamento costituzionale ».

A lato di queste considerazioni, può essere utile riflettere sul mutare di percezione di una parte della dottrina costituzionalistica rispetto alla nozione di « Costituzione in senso materiale » di Co-

⁽⁴³⁾ ROSELLI, *Il problema degli indicatori delle trasformazioni sociali*, cit., *passim*.

⁽⁴⁴⁾ Si aprono per il giurista orizzonti interessanti, sia consentito rinviare a O. ROSELLI, *Il diritto come linguaggio. Riflessioni sulle trasformazioni del linguaggio e delle funzioni del diritto*, in « ISLL papers » (accesso libero *online*), 2013.

stantino Mortati ⁽⁴⁵⁾. Inizialmente, ed a lungo, il libro è stato accolto con diffuso consenso cogliendone la ventata di rinnovamento scientifico rispetto alla stessa concezione di Costituzione, consenso riferito a due momenti: quello della constatazione della rottura dello Statuto albertino, pur formalmente invariato, a seguito dell'imporre del partito unico fascista e quello della trasposizione di tale teoria nella Costituzione repubblicana multipartitica (teoria divenuta così funzionale ad un allora radicatissimo sistema organizzato in partiti fortemente strutturati). Mutando negli ultimi decenni dinamiche e caratteri del sistema politico, nella teoria mortatiana una parte della dottrina vi ha letto il carattere di scissione tra Costituzione formale (difesa) e Costituzione materiale (considerata a rischio eversione).

Il teorizzare la necessità di prendere coscienza degli indicatori sociali delle trasformazioni costituzionali, da una lato, evita il pericolo di una regressione della cultura costituzionalistica ad un astorico formalismo; dall'altro, supera il pericolo di una schizofrenica scissione della dimensione costituzionale in una Costituzione in senso formale ed una in senso materiale, perché la Costituzione è una ed è l'esito, differenziato nel tempo, dell'incontro delle due dimensioni (formale e fattuale). Negarlo, finirebbe per teorizzare una Costituzione fondata sull'imposizione alla società di un astratto dover essere, anziché sulla capacità del permanere di un comune fondativo radicamento valoriale nell'evoluzione del sentire sociale.

Non possiamo che rinviare a più specifiche argomentazioni svolte in altra sede ⁽⁴⁶⁾. Qui limitandosi a ricordare come ogni rivoluzione (nel senso tecnico-giuridico di mutamento della forma di Stato) si accompagna ad un mutamento di paradigmi anche mentali; che con il processo di industrializzazione hanno dovuto fare i conti tutte le culture politiche e giuridiche ⁽⁴⁷⁾; che il fenomeno sociale (non giuridico!) della nascita dei partiti di massa ha portato con sé mutamenti costituzionali, ben prima del regime fascista, sin dentro il funzionamento degli organi costituzionali con la nascita, a seguire

⁽⁴⁵⁾ C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1940, con meritoria rist. del Centro studi grossiano, Milano, Giuffrè, 1998, prefazione di G. Zagrebelsky.

⁽⁴⁶⁾ ROSELLI, *Il problema degli indicatori delle trasformazioni sociali*, cit., *passim*.

⁽⁴⁷⁾ A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1989, *passim*.

una legislazione elettorale che non poteva più essere estremisticamente elitaria, dei gruppi parlamentari in epoca tardo-liberale; che l'imporsi del fenomeno sociale dei sindacati di massa ha portato con sé l'esigenza della costruzione di un autonomo diritto del lavoro rispetto al diritto civile, la necessità di figure giuridiche nuove come quella di contratto collettivo ⁽⁴⁸⁾, evidenziato come la disciplina del fenomeno sociale dello sciopero segnala trasformazioni nel profondo della dimensione costituzionale.

Se il diritto è una modalità di relazionarsi con la società ed i suoi problemi, le trasformazioni che l'attraversano non possono che contribuire a determinarlo. Il diritto costituzionale si trova a dover fare i conti con la molteplicità dei contesti (non solo politici, ma culturali, sociali, religiosi, economici, scientifici e tecnologici) anche più degli altri profili dell'ordinamento giuridico; lo immaginiamo vocato alla stabilità, aspirazione che coglie esigenze ordinamentali, ma che non per questo lo rende impermeabile ai mutamenti (che si possono determinare con infinite sfumature e ricadute costituzionali, che possono andare dalla capacità espansiva dei propri 'fondamentali' ⁽⁴⁹⁾, alla loro mera rivisitazione, sino alla rottura rivoluzionaria dei postulati costituzionalizzati).

Le Costituzioni sono tanto più durevoli e persistenti nel tempo, senza snaturare il processo costituente che le ha sottese, tanto più sono elastiche.

Le Costituzioni del Vecchio continente configurano ormai tutte formalmente i caratteri democratico e sociale, ma alcune 'tonalità' portano le stimmate dei tempi delle tre fasi costituzionali europee del secondo dopoguerra: quella delle Costituzioni francese (1947), italiana (1948), della RFT (1949); quelle della metà degli anni '70: le Costituzioni greca, portoghese, spagnola; quelle dell'Est Europa, post 1989. I principi supremi di riferimento sono gli stessi ⁽⁵⁰⁾: le differenze attengono al recepimento di mutamenti scientifici, culturali, sociali intercorsi nel tempo e che le Costituzioni

⁽⁴⁸⁾ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, *passim*.

⁽⁴⁹⁾ Prendo a prestito questa nozione dalla scienza economica.

⁽⁵⁰⁾ Alcune peculiarità presenta, rispetto alla forma di Stato sociale, la Costituzione portoghese, in ragione del processo costituente impresso dalla c.d. rivoluzione

più ‘datate’ hanno poi recuperato per via legislativa (sia costituzionale che ordinaria) e soprattutto attraverso le rispettive giurisprudenze costituzionali (ed ordinarie).

Si comprende l'accresciuta rilevanza del « pensiero giuridico » ed il « recupero » del ruolo dei giuristi all'insegna della responsabilità sociale: l'opposto di una apodittica resa prospettata dal nichilismo giuridico ⁽⁵¹⁾ di fronte alla invasività e potenza tecnologica, alle difficoltà di governare il mercato, alle sfide titaniche della contemporaneità e del futuro.

L'agenda del diritto e in particolare del diritto costituzionale non si esaurisce in una scienza autoreferenziale, la scienza giuridica si avvale di categorie che non sono tutte producibili da lei, che le provengono da fuori (da altre scienze, da dinamiche ‘metagiuridiche’) ma che contribuiscono a determinare il proprio oggetto. Il Costituente quando ha scritto l'art. 3 della Costituzione pensava ad un principio in funzione dei viventi, ora ne diamo una lettura ben più estesa, che ha a che fare con il principio di uguaglianza intergenerazionale ⁽⁵²⁾, ci confrontiamo con un principio di uguaglianza che sempre meno può essere circoscritto all'interno dei confini nazionali ⁽⁵³⁾; ignorava la nozione di ‘ambiente’ ⁽⁵⁴⁾; in campo medico non poteva che identificare il diritto alla salute come diritto alle cure, non essendo nell'orizzonte dominante della scienza medica il ben più pregnante principio di prevenzione della malattia.

dei garofani, con l'introduzione di alcuni caratteri, peraltro inseriti in un sistema istituzionale liberaldemocratico, della forma di Stato socialista.

⁽⁵¹⁾ È nota la profonda stima che Grossi nutriva per Natalino Irti, ma anche lo schietto profondissimo dissenso rispetto al pur di questo importante *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2014.

⁽⁵²⁾ Su cui esiste ora una vastissima riflessione, si v., almeno, R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, FrancoAngeli, 2008.

⁽⁵³⁾ U. BECK, *Diseguaglianza senza confini*, ed. it. Roma-Bari, Laterza, 2011.

⁽⁵⁴⁾ Per non parlare della presa di coscienza della necessità di preservare, accanto al richiamo all'« ambiente », « biodiversità » ed « ecosistemi », « anche nell'interesse delle generazioni future » (riferimento inserito nella Costituzione italiana come ultimo comma dell'art. 9, dalla l. cost. n. 1 del 11 febbraio 2022, che si conclude con l'emersione a livello costituzionale di un'ulteriore sensibilità sociale, quella della « tutela degli animali »). Già con la revisione costituzionale del tit. V Costituzione, l. cost. n. 3 del 18 ottobre 2001, si recepisce una rinnovata sensibilità sociale, culturale, all'art. 117, 2 c., lett. s): la « tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali ».

Se il giurista rivolge lo sguardo oltre il proprio tradizionale recinto astrattamente predefinito, noterà un fenomeno sorprendente: ad anticipare la comprensione di ciò che è destinato a condizionare l'ambito dei propri studi sono studiosi di altre scienze. Si pensi, ma a solo titolo di parzialissimo esempio, agli studi sociologici sul mutamento delle relazioni sociali⁽⁵⁵⁾ e sull'essere delle nostre società del rischio⁽⁵⁶⁾.

Ovviamente, il giurista non può (ma, a dire il vero, lo fa spesso) pretendere di essere sociologo, politologo, economista e tanto altro ancora. Deve avere attitudine all'ascolto e assumere le altrui analisi e teorie alla stregua di *fatti ipotetici*, ponendosi la domanda: « se è vero che...allora quali sono le ricadute nell'ordinamento giuridico? »⁽⁵⁷⁾. La scienza giuridica ha necessità dell'aiuto delle altre scienze per comprendere se stessa e svolgere la propria funzione⁽⁵⁸⁾. È nell'aprirsi alle contaminazioni che può rafforzare la propria identità, che non può prescindere dall'essere adeguata alle sfide epocali del presente.

3. *La « dimensione costituzionale ». La Corte costituzionale « organo respiratorio dell'ordinamento giuridico ».*

Grossi si confronta con le problematiche costituzionalistiche ben prima di diventare giudice e Presidente della Corte costituzionale. Si pensi non solo alle considerazioni sulle « Carte » del Sette/

⁽⁵⁵⁾ Tra i tanti, Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, ed. it. Roma-Bari, Laterza, 2006.

⁽⁵⁶⁾ Si v. l'ormai classico di U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, ed.it. Roma, Carocci, 2000.

⁽⁵⁷⁾ Ad esempio: *se (sottolineo se)* è fondata la teoria economica della necessità della stabilità dei prezzi, ne deriva, dal punto di vista istituzionale la necessità di garantire l'indipendenza delle Banche centrali con riferimento a tale finalità. Il giurista che si occupa di diritto dell'economia deve avere cognizione delle principali teorie economiche sulle quali nel proseguire i propri studi può anche raggiungere un qualche approfondimento, ma errore presuntuoso sarebbe dimenticare che ciò solo non lo trasforma in economista (e tanto meno, come alcuni giuristi sembrano credere, in premio Nobel dell'economia).

⁽⁵⁸⁾ Norberto Bobbio notava che accanto alle varie discipline giuridiche se ne sono affiancate altre prodotte da scienze diverse, per la condivisione dello stesso ambito di indagine: N. BOBBIO, *Diritto e scienze sociali*, in *Id.*, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., p. 43.

Ottocento, ma anche alla sottolineatura dei limiti delle ‘Carte dei diritti’ sovranazionali ⁽⁵⁹⁾, per la loro inadeguatezza nel trasformare i precetti in ‘carne viva’ della società. « Carte » più che « Costituzioni », condizionate da un « pensiero giuridico » che trova difficoltà ad andare ‘oltre’ il recinto della modernità nello stesso Novecento giuridico ⁽⁶⁰⁾ (« il secolo lungo » ⁽⁶¹⁾).

Viceversa, Grossi coglie nella Costituzione repubblicana la capacità di relazionarsi con la postmodernità in quanto « progettata in modo da corrispondere alla orditura di quella quotidianità in cui il cittadino è inserito al fine di ordinarla compiutamente », capace di esprimere il « breviario giuridico del cittadino qualunque » perché attiene alla « dimensione fattuale [della sua] esistenza: il lavoro, la salute, la cultura, l’ambiente, l’economia, situazioni tutte dove protagonista non è una entità astratta [...] ma lo sono genitori e figli, maestri e studenti, proprietari e nullatenenti, imprenditori e lavoratori, sani e malati » ⁽⁶²⁾.

Con il sintagma « dimensione costituzionale » Grossi arricchisce di ulteriori significati la nozione di « dimensione giuridica » perché « proietta gli stessi 139 articoli (e le norme transitorie e finali) della Costituzione oltre il testo scritto ⁽⁶³⁾, anche in una dimensione ‘inespressa ma leggibile’ ⁽⁶⁴⁾ dei valori del costituzionalismo contemporaneo fondato sulla centralità della persona umana e radicati

⁽⁵⁹⁾ P. GROSSI, *Pagina introduttiva (Storia e cronistoria dei ‘Quaderni fiorentini’)*, in « Quaderni fiorentini », 30 (2001), p. 6 e ss. e in ID., *Trent’anni di pagine introduttive*, cit., p. 244 e ss.

⁽⁶⁰⁾ P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

⁽⁶¹⁾ Grossi con il sintagma « secolo lungo » ribalta la definizione del Novecento elaborata da E.J. HOBBSAWM, *Il secolo breve (1914-1991)*, Milano, BUR, 2014². L’intellettuale fiorentino vuole sottolineare il protrarsi della concezione monistica delle fonti del diritto, incapace di dare espressione al pluralismo ordinamentale ed alla dinamicità sociale, oltre le tradizionali periodizzazioni storiografiche della modernità.

⁽⁶²⁾ GROSSI, *L’invenzione del diritto*, cit., p. 53. Quanto profonda sia l’adesione di Grossi ad una Costituzione che pone al centro la persona umana lo testimonia anche l’impegno a renderne consapevole il cittadino comune ed in particolare le giovani generazioni: P. GROSSI, *Una Costituzione da vivere. Breviario di valori per italiani di ogni età*, Bologna, Marietti, 2018.

⁽⁶³⁾ E lo fa dichiaratamente.

⁽⁶⁴⁾ GROSSI, *L’invenzione del diritto*, cit., *passim*.

nel profondo della nostra società » (65). È il radicamento che rende vitali tali valori, ed anche di essi si dovranno cogliere i « mutamenti lenti o lentissimi secondo i continui assestamenti del corpo sociale », perché anche da tale capacità dipende la capacità espansiva dei « principii espressi » e di far affiorare i « principii privi di manifestazione ma [...] carichi di qualità fecondanti per tutta la dimensione costituzionale » (66).

Paolo Grossi finisce così per realizzare una « riflessione costituzionalistica di stampo democratico sulla strutturazione del diritto in un'epoca di pluralismo giuridico » (67), proprio perché costruisce la « dimensione costituzionale » ponendosi il tema della sintonia tra società e ordinamento giuridico.

Neppure il diritto costituzionale è manifestazione solo potestativa. E qui, da protagonista, individua nella Corte costituzionale l'organo di 'cerniera' tra società e diritto, capace di essere « l'organo respiratorio dell'ordinamento giuridico » (68).

(65) O. ROSELLI, *L'invenzione del diritto (Considerazioni a margine di un recente libro di Paolo Grossi)*, in « Osservatorio AIC » (accesso libero online), 2018, 1, pp. 7-8.

(66) GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., p. 70.

(67) ROSELLI, *L'invenzione del diritto (Considerazioni a margine di un recente libro di Paolo Grossi)*, cit., p. 8 e ss.

(68) GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., *passim*; ID., *L'invenzione dell'ordine costituzionale: a proposito del ruolo della Corte*, in *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, cit., p. 1 e ss.; F. PEDRINI, *Colloquio su Storia, Diritto e Costituzione. Intervista al prof. Paolo Grossi (Citille in Chianti, 10 giugno 2020)*, in « Lo Stato », 2020, *passim*.

PAOLO CAPPELLINI

GLI 'ULTIMI', FELICE BALBO E LA FINE DELLA MODERNITÀ. IPOTESI SU PAOLO GROSSI

1 Tre 'stadi'? — 2. Gli Ultimi: il rovelto ardente. — 3. Ermeneutica dell'esperienza e un Medioevo senza miti. — 4. Fine dell'epoca moderna: quale posmoderno?

1. *Tre 'stadi'?*

Nel tentare di delineare la parabola scientifica e umana — ch , come cercheremo di mostrare, queste due dimensioni sono quasi indissolubilmente legate — di Paolo Grossi, la prima ipotesi che si affaccia alla mente   quella che potrebbe far leva sul riferimento a 'tre' (*forse* diversi) Grossi: il Grossi (storico) 'medievista', il Grossi (storico del) 'moderno', il Grossi infine (storico del) 'post-moderno'.

La scansione parrebbe essere congruente con il susseguirsi dei suoi interessi di ricerca; un 'giovane' Grossi che, dalla laurea in giurisprudenza fino ai primi anni '70 del secolo scorso si occupa, in conformit  ai canoni disciplinari allora dominanti — non si dimentichi l'intitolazione del settore disciplinare ad una Storia del diritto italiano in tal senso intesa —, quasi esclusivamente all'esplorazione di quel 'tempo storico'; un Grossi poi che, almeno a far data dal 1972, ovvero dalla fondazione della rivista *Quaderni Fiorentini*, individua nel 'moderno' e nel suo 'pensiero giuridico' il banco di prova di un rinnovato dialogo non, lo si noti, calassianamente degli storici del diritto 'con' i giuristi positivi, ma 'tra' giuristi, che tali ai suoi occhi sono entrambi ⁽¹⁾; uno stadio che dura fin verso la fine

⁽¹⁾ Come ricordava il compianto primo allievo Mario Sbriccoli, nella fase germinale di fondazione dei *Quaderni fiorentini*, in una lettera da Macerata del 18 agosto del 1971, riportata in Paolo CAPPELLINI, *I segni dei tempi*, prefazione a Paolo GROSSI, *Trent'anni di pagine introduttive*, Milano, Giuffr , 2009, pp. XIX-XX.

degli anni '80, quando, a partire dal saggio significativamente intitolato *Epicedio per l'assolutismo giuridico* ⁽²⁾, si inizia a cogliere, nel Novecento, e in particolare a cavallo degli eventi tragici delle due guerre mondiali, la fine dell'epoca moderna e l'avviarsi del percorso designato, con grafia volutamente tipica, 'posmoderno'.

Si potrebbe, dunque, cogliere una doppia congruenza cronologica; quella del progressivo svilupparsi soggettivo dell'autore — anche per età anagrafiche, un giovane Grossi, un Grossi maturo, un 'ultimo' Grossi, che trova un 'banco di prova' nel lavoro giuridico 'positivo' di giudice costituzionale — verso nuovi itinerari di ricerca, scanditi da una progressione cronologica che dal medioevo, per il tramite del moderno, conduce ai giorni nostri.

Una doppia congruenza cronologica che, col suo ascendere lineare, sembrerebbe confermare una fedeltà — del resto più volte riaffermata — non solo alla intrinseca, e perciò ineliminabile, storicità del diritto, ma anche ad una sua lettura storicistica, sia pure lucidamente aggiornata.

Eppure, questa prima ipotesi va incontro, già da subito, ad alcuni interrogativi, che facilmente si trasformano in perplessità: siamo di fronte a tre Grossi 'diversi'? O non piuttosto ad un Grossi che, in tre stadi sia pur tra loro segnati da esigenze diverse, frutto anche della feconda interazione col mutare dei tempi, tiene fede a certe costanti del suo mondo interiore e delle convinzioni maturate nella sua fase di formazione?

Ed inoltre: si tratta di tre dimensioni temporali omogenee e considerate nel loro progressivo svolgersi le une dalle altre, o la prospettiva è diversa e più complessa?

Ora, grazie ad un illuminante saggio di Luca Mannori, che si pubblica in questo stesso volume ⁽³⁾, possiamo appieno comprendere come in realtà i regimi temporali che presiedono alla scansione cronologicamente tripartita sono in realtà diversi ed in certa misura

⁽²⁾ Paolo GROSSI, *Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli Atti di un convegno milanese e alla ricerca dei segni)*, originariamente in « Quaderni fiorentini », 17 (1988), pp. 517-532 e ora in Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 13-31.

⁽³⁾ Ma il tema 'tempo e diritto' innerva tutto il percorso di Grossi e meriterebbe di essere ancora ripreso.

disomogenei. Il medioevo si presenta infatti come ‘blocco’ e non viene concepito come ‘radice’ del moderno, ma, ben diversamente, come incarnazione del « mistero della storia sottolineato da Marrou », ovvero ciò che « diventa nella mia traduzione, il mistero delle tipicità delle diverse esperienze giuridiche, la loro continuità discontinua » (4).

Il Medioevo di Grossi — sia il proto medioevo sia il tardo, come, progressivamente allontanandosi da dizioni in precedenza usate (alto e basso, rinascimento giuridico etc.) facilmente equivocabili, lo circoscrive nell’opera di sintesi del 1995 (5) — è insomma un tempo lungo, ma profondamente unitario, che merita la qualifica di « sostanziale compattezza » (6), ma del quale già il Trecento, per non parlare del Quattrocento, fanno parte in modo assai dubbio. In essi, infatti, si cominciano a sviluppare quelle « cellule tumorali » che prima o poi causeranno la sua morte, inaugurando il lungo percorso — segnato comunque da persistenze del mondo precedente che non vuol morire; e, infatti, « la ricerca di un nuovo ordine giuridico durerà secoli » (7) — che porta infine alla ‘perfezione’ del moderno; un medioevo come ‘blocco’ unitario, al di là delle sue articolazioni, la modernità invece come ‘percorso’: due temporalità *interne* diverse dovute alle visioni originanti, cosmologica e ‘circolare’, l’una, lineare l’altra, dominata com’è da un’idea di progresso ‘interminabile’ (8).

2. *Gli Ultimi: il rovetto ardente.*

Per cercare di comprendere meglio le ragioni che determinano questo diverso regime di temporalità e il rapporto che intercorre tra di esse — non mera successione cronologica — varrà allora la pena

(4) Paolo GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di sé stesso*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 42.

(5) Paolo GROSSI, *L’ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995.

(6) Ivi, p. 27. Cfr. Mario ASCHERI, *Un ordine giuridico medievale per la realtà odierna*. In margine a Paolo Grossi, *L’ordine giuridico medievale*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », L (1996), 3, pp. 966-973, p. 265; saggio su cui torneremo.

(7) Paolo GROSSI, *L’Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007.

(8) Cfr. Reinhart KOSELLECK, Cristian MEIER, *Progresso. I concetti della politica*, Venezia, Marsilio, 1995.

di interrogarci sul complesso articolarsi delle cifre interpretative utilizzate da Grossi e — sempre ricordando la sua insistenza nel definirsi, con una umile fierezza, appunto come « di origini contadine »⁽⁹⁾ — sul loro radicamento spirituale e concettuale che, a nostro avviso, e ancora per usare di una espressione a lui cara, « pesca nel profondo », giungendo sino agli anni di formazione.

Paolo Grossi, consapevole della peculiarità del suo itinerario di pensiero, produttivo di un sapere volto ad incidere sulla prassi e quindi a farsi istituzione⁽¹⁰⁾, ha, com'è noto, in dialogo con molti colleghi, più volte ripercorso a ritroso quei sentieri⁽¹¹⁾. Talora il ricordo è svolto distesamente e i 'debiti' intellettuali sono analizzati in profondità e basti qui ricordare, tra i molti, i riferimenti a Pietro Agostino D'Avack, a Enrico Finzi⁽¹²⁾, a Francesco Calasso, a Emilio Betti⁽¹³⁾, a Giuseppe Capograssi⁽¹⁴⁾, a Santi Romano; letture che

(9) Mi permetto di rinviare a Paolo CAPPELLINI, *Paolo Grossi, il Maestro*, in *I Georgofili. Atti della Accademia dei Georgofili*, Anno 2022, Serie VIII — vol. 19 (198° dall'inizio), Firenze, Società Editrice Fiorentina, 2023, *Giornata di studio: Storia e Diritto nell'esperienza dell'Accademia. Ricordo di Paolo Grossi ai Georgofili*, pp. 432-451.

(10) Sul punto cfr. Pietro COSTA, *Paolo Grossi: il sapere come istituzione*, in *Pluralismo giuridico. Itinerari contemporanei*. Firenze, 20-21 Ottobre 2022, a cura di Paolo Cappellini e Giovanni Cazzetta, Milano, Giuffrè, 2023, pp. 303-312.

(11) Si vedano, senza pretesa di esaustività, Massimo MECCARELLI, Stefano SOLIMANO, *A colloquio con Paolo Grossi, Beitrag von 20. März 2007*, consultabile in <https://forhistiur.net/2007-03-meccarelli-solimano/>; *Incontro con Paolo Grossi*, a cura di Ilario Belloni e Eugenio Ripepe, Pisa, Pisa University Press, 2007; GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di sé stesso*, cit.; ID., *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, Bologna, il Mulino, 2018; Marina TIMOTEO, *Grammatiche del diritto. In dialogo con Paolo Grossi*, Bologna, il Mulino, 2020.

(12) GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di sé stesso*, cit., p. 25 e ss. Al contributo di Finzi Grossi aveva già dedicato partecipi pagine in ID., *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana 1859-1950*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 169 e ss. e, a riprova dell'importanza per lui della visione antiformalistica di un giurista, che si era abbeverato, nella Firenze dei primi del '900, alle fonti del pragmatismo di Vailati e di Calderoni, immergendosi « nell'officina delle cose », provvide poi a curarne una raccolta di scritti; cfr. Enrico FINZI, *"L'officina delle cose". Scritti minori*, a cura di Paolo Grossi, Milano, Giuffrè, 2013. Una edizione sulla quale, nella fase di gestazione, avemmo un colloquio che ricordo ancora con nostalgia.

(13) GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di sé stesso*, cit., p. 37 e ss. Sull'importanza del quale ci soffermeremo tra poco.

(14) Cfr. Paolo CAPPELLINI, *Il diritto come esperienza. Ricordando Paolo Grossi*, in « Rivista italiana per le scienze giuridiche », n. s. XIII (2022), pp. 47-68.

poi culmineranno nei due densi volumi dal titolo programmatico di *Nobiltà del Diritto* (15).

Ma altre volte, invece, si tratta di accenni, di indizi sparsi, di suggestioni, di tracce che attendono di essere collocate in un contesto talora non agevole da ricostruire in tutte le sue sfumature.

E questo è certo il caso, a quanto ci consta esplicitato solo in un dialogo con Guido Alpa, del ricordo dei suoi anni di formazione con riferimento in particolare alla cultura cattolica, fiorentina e non solo, in risposta alla domanda d'esordio su « quali vicende politiche e sociali, esperienze culturali, fiorentine e nazionali », avessero segnato direttamente la sua formazione (16).

È vero che anche in precedenza Paolo Grossi aveva parlato di una « enorme fortuna » di un incontro al ginnasio con « una singolare insegnante di francese [...] si chiamava Valeria Marcolini e apparteneva ad una nobile famiglia di Fano », la quale lo aveva precocemente messo in contatto con la migliore cultura francese (Cartesio e Pascal, i grandi moralisti del '600, La Rochefoucauld, le lettere di Madame de Sévigné, i grandi memorialisti, Saint-Simon e il Cardinale di Retz); ma ecco che quell'insegnante di francese « fece qualcosa di più, iniziandomi ad un classico della filosofia, oggi certamente non più alla moda ma di cui io lessi, sua pure con parecchie difficoltà, un grosso volume: era *L'action* di Maurice Blondel ». La traccia che ne rimase fu profonda (« l'azione umana in continuo superamento; l'uomo impegnato a superare sé stesso in un itinerario di crescita interiore ») (17). E, aggiungeremmo noi, lo aiutò a cogliere precocemente un importante tassello di quello che diverrà poi, via Capograssi, uno strumento ermeneutico decisivo, l'esperienza giuridica, della sua cassetta degli attrezzi di storico.

Ma poi altri incontri; avendo mantenuto, anche dopo il gin-

(15) Paolo GROSSI, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008 e Id., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi II*, Milano, Giuffrè, 2014.

(16) *Dialogo con Paolo Grossi*, in Paolo Grossi, a cura di Guido Alpa, *Maestri del diritto*, Serie diretta da Paolo Cappellini e Giuseppe Conte, Roma-Bari, Laterza, 2011, p. 241 e ss.

(17) *Incontro con Paolo Grossi*, cit., p. 21 e p. 39. Per un Blondel come via 'laica' al tomismo (per es. in Bonaiuti) cfr. Pietro PRINI, *Il modernismo italiano: Ernesto Bonaiuti e la riforma incompiuta della filosofia cristiana*, par. 3: *Tra Aristotele e Blondel*, in Id., *La filosofia cattolica italiana del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1996, pp. 23-24.

nasio, il rapporto con l'insegnante, fu lei a segnalargli *La connaissance historique* (1954) di Henry-Irénée Marrou, libro decisivo nel 'recupero per la storia' come 'mistero' e, agostinianamente, ricerca (18). Un altro autore 'cattolico', di quel cristianesimo 'alla francese' che ebbe larga parte nel rinnovamento post-bellico: e che Grossi simbolicamente ci donava all'inizio del nostro percorso di ricerca. Ma ancora Maritain, Gilson, Mounier (19).

E tuttavia la risposta alla domanda di Alpa, introduce elementi di novità e una maggior complessità. Partendo dalla descrizione della durezza della vita durante la guerra, specie « dopo la caduta del regime fascista e l'insensato voltafaccia sabaudobadogliano », anni però di una Firenze in cui predominava la speranza e con essa « una voglia indomita di ricostruire (meglio: di costruire) », e la curiosità per le proposte 'parigine', in particolare « Gabriel Marcel e la rivisitazione cristiana dell'esistenzialismo ».

Ma il momento importante è tutto fiorentino. Grossi richiama quel periodo di riflessione culturale e religiosa con l'immagine del 'rovetto ardente' (« Una puntualizzazione rilevante va fatta: la Firenze religiosa viveva allora una avventura singolare e feconda, e il rovetto ardente — per riprendere la bella e nota espressione di Jemolo mutuata dal 'Libro dell'Esodo' — vi bruciava ancora con fiamma viva »), che all'epoca poteva probabilmente essere intesa appieno, ma che oggi va 'decifrata' meglio. Erano allora le figure del Cardinale Elia dalla Costa, con la sua coraggiosa ripulsa della visita di Hitler a Firenze, l'incontro 'provvidenziale' con il suo insegnante liceale don Bensi, che gli fece conoscere Don Lorenzo Milani, l'autore di *Esperienze pastorali*, poi da Grossi « ammirato ed amato » e Giorgio La Pira (20).

Tuttavia, i luoghi propri, per l'esperienza personale di Grossi, dell'ardere di quel rovetto, si precisano subito appresso:

(18) GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di sé stesso*, cit., pp. 33-35.

(19) Che in quegli anni, significativamente, veniva fatto conoscere dalle Edizioni di Comunità, nell'ambito dell'ambizioso progetto di rinnovamento politico e tecnico di Adriano Olivetti; cfr. Emmanuel MOUNIER, *Rivoluzione personalista e comunitaria*, Milano, Edizioni di Comunità, 1955.

(20) *Dialogo con Paolo Grossi*, cit., p. 242.

Un contributo non secondario mi venne anche, in quegli anni germinativi, dalla mia assidua frequentazione di un Circolo culturale di ispirazione cattolica (ma aperto ad un sostanziale pluralismo), ‘Il Chiostro Nuovo’, al quale era iscritto mio padre. Quel Circolo, che trovava il proprio nutrimento nel terreno fertile della visione pastorale dallacostiana, fungeva da palestra per alcune vivaci avanguardie cattoliche. Lì ebbi il piacere di ascoltare Gabriel Marcel e di parlare ampiamente con questo amabilissimo vegliardo, di ascoltare per la prima volta — assolutamente conquistato — Dossetti e Lazzati di entrare in contatto con la fucina di idee e di proposte rappresentata a Firenze dalla rivista ‘L’Ultima’, una rivista oggi completamente dimenticata, ma che ebbe — nella sua non breve vita dal 1946 al 1962 — il merito non secondario di avviare il tentativo di fornire uno spessore culturale alle avanguardie cattoliche fiorentine; restai sorpreso e affascinato da un ciclo di conferenze affidato dal Circolo agli ‘ultimi’, e ricordo la dialettica accesa dalle discussioni seguite alle conferenze di Adolfo Oxilia (il direttore della rivista), di Mario Gozzini, il futuro parlamentare della sinistra indipendente, nonché di altri collaboratori ordinari. Veramente, in quegli anni, il rovetto ardente bruciava senza sosta nella cultura cattolica fiorentina ⁽²¹⁾.

Prima di dedicarci, sulla base delle tracce raccolte, ed anche di qualche ricordo personale, a svolgere alcune riflessioni sul nucleo ‘germinativo, che quelle esperienze delle avanguardie cattoliche potevano aver radicato nel suo orizzonte culturale, dobbiamo però dedicare qualche parola all’immagine del rovetto ardente e al suo ‘senso’. L’immagine del rovetto ardente era di Jemolo, che la applicava al fuoco acceso dalla Resistenza, nella speranza che si mantenesse vivo anche nella costruzione postbellica di una Repubblica (e di una Chiesa) rinnovate, per assicurare un vero « sviluppo umano », secondo una espressione di Felice Balbo, altro autore che incontreremo.

Un rinnovamento che, per una breve stagione parve possibile, e trovare uno dei punti di riferimento proprio nell’antico studente di Arturo Carlo Jemolo, ovvero il Giuseppe Dossetti appena incontrato nella pagina di Grossi; il quale, significativamente, dopo l’esperienza in Corte costituzionale, nel 2018, vorrà dedicare proprio a lui il

(21) Ivi, pp. 242-243. *I corsivi delle frasi sul « rovetto ardente » sono nostri.*

saggio *Una Costituzione da vivere*: « A Giuseppe Dossetti, giurista illuminato, costituente lungimirante, ricordandolo con affetto » (22).

Dossetti, antico studente di Jemolo che nel 1972, a testimonianza del clima di quegli anni si domandava cosa sarebbe potuto accadere « se la Santa Sede avesse scelto Dossetti come arcivescovo di Bologna, e con lui don Milani come vescovo ausiliare in una grande città di immigrazione e, prima di loro, Ernesto Bonaiuti come responsabile di una importante parrocchia romana » (23).

In una parola, nella fase in cui predominava « la speranza, una voglia indomita di ricostruire (meglio: di costruire) », si trattava di rifuggire alla tentazione, insita nella considerazione dei fascismi e dei totalitarismi quali ‘parentesi’, di una semplice restaurazione conservativa:

E ancora, con riferimento a Jemolo, ci si può domandare se nella sua profonda antipatia per Alcide De Gasperi (che definì lo ‘*spegnitore del rovelo ardente*’ *acceso dalla Resistenza*) fosse estraneo un certo, anche inconsapevole, risentimento per le vicende, non proprio ‘limpide’, che portarono Dossetti ad abbandonare prima la vice-segreteria della DC, poi la vita politica [...] A ragione, quindi, Miccoli ha sottolineato la ‘raggiunta persuasione’ nel Dossetti degli anni Cinquanta che ‘una profonda revisione dei modi e dei termini della presenza cristiana nella società [...] fosse preliminare e necessaria, per i cattolici, ad ogni impegno che non volesse limitarsi alla difesa dell’ordine costituito’ (24).

Conquistato, per così dire, a grandi linee, lo sfondo storico-politico atto a consentirci di comprendere quei fermenti innovatori

(22) Paolo GROSSI, *Una Costituzione da vivere*, Bologna, Marietti 1820, 2018.

(23) Francesco MARGIOTTA BROGLIO, *Dossetti canonista*, in Giuseppe DOSSETTI, *“Grandezza e Miseria” del Diritto della Chiesa*, Bologna, il Mulino, 1996, p. 11.

(24) Ivi, pp. 11-13. Sul punto della « avversione per la figura di De Gasperi, giudicato il grande ‘spegnitore’ del ‘rovelo ardente’ — così come definiva gli anni 1944-1947, poi seguiti dalla ‘delusione per il momento costituente della Repubblica’ — e il responsabile politico degli irrigidimenti e delle chiusure ideologiche dell’Italia del secondo dopoguerra », Arturo Carlo JEMOLO, *Le delusioni*, in Id., *Anni di prova*, Vicenza, Neri Pozza Editore, 1969, pp. 181-196, in particolare pp. 182 e 193; cfr. Carlo FANTAPPIÈ, *Arturo Carlo Jemolo. Riforma religiosa e laicità dello Stato*, Brescia, Morcelliana, 2011, pp. 124-125.

delle avanguardie cattoliche fiorentine, cerchiamo ora di individuare quelle suggestioni che « Gli Ultimi » possono aver apportato al nucleo germinativo del pensiero di Grossi.

Singolarissima rivista, invero, *L'Ultima. Rivista di poesia e metasofia* (gennaio 1946-1963), nata da un sodalizio di giovani studenti e intellettuali che gravitavano attorno allo scrittore, poeta e drammaturgo Ferdinando Tirinnanzi (Firenze 1878-1940) ⁽²⁵⁾, insegnante all'Istituto tecnico Galilei, e che vide originariamente raccolte fin dagli anni Trenta figure quali quelle di Adolfo Oxilia, allievo di Giorgio Pasquali, e poi direttore della rivista fino all'anno della sua chiusura, Giovanni Papini, Domenico Giulioti, l'architetto Mario Pellegrini e i giovanissimi Mario Gozzini e Bruno Nardini:

[...] nacquero, al tempo della 'liberazione', gli ULTIMI; dagli Ultimi, L'ULTIMA. *Ultima* perciò [...] esprime la necessità del procedere, quando tutto precipita, 'oltre' ogni sfacelo; del riconciliarsi, oltre ogni barriera, di ogni contrasto e di ogni odio, quanto più questo divampa; del rinascere, quando tutto muore, oltre la stessa morte. Oltre, 'ultra': perché tale è l'étimo di 'ultimo', e dunque il suo seme, la sua vera essenza: [...] *Ultima*, insomma, è parola di estensione massima, e intensissima di misteriosi sensi: anzi racchiude in sé il senso dei sensi, il senso primo dell'impulso vitale: *ultra* ⁽²⁶⁾.

Una rivista quindi che, finita la guerra e con l'appoggio di Papini, che aveva scritto la 'regola', 'l'Ordine degli Ultimi' ⁽²⁷⁾,

⁽²⁵⁾ Su Ferdinando Tirinnanzi, sul moto religioso « quasi tendente alla creazione di un ordine laico [...] allergico, se non addirittura lontano, a ogni forma di disciplina ecclesiale » e quindi sul fatto che la rivista proprio per questa sua natura fu preservata « dalle radicalizzazioni religiose e politiche che caratterizzarono il secondo dopoguerra in Italia », vedi Giovanni PALLANTI, *"L'Ultima". Scrittori, artisti e teologi tra cattocomunismo e fascismo*, Firenze, Società Editrice Fiorentina, 2016, p. 11 e ss.

⁽²⁶⁾ GLI ULTIMI, *Ultima*, in « L'Ultima », Firenze Anno Terzo 25 dicembre 1948, 36, pp. 2-5.

⁽²⁷⁾ GLI ULTIMI, *Di un Ordine degli Ultimi*, in « L'Ultima », Firenze Anno Terzo 25 ottobre 1948, 34, pp. 1-6, testo nel quale, varrà ricordarlo, si riafferma la 'laicità' dell'ordine medesimo. Cfr. anche Giambattista SCIRE, *La democrazia alla prova. Cattolici e laici nell'Italia repubblicana degli anni Cinquanta e Sessanta*, Roma, Carocci editore, 2005, *Parte prima, I. La rivista "L'Ultima" tra spiritualismo mistico e conservazione*, p. 11 e ss.

individuava appunto la categoria degli ‘ultimi’, « da cogliere nella sua accezione escatologica e non in quella sociologica », con l’obiettivo duplice « di compenetrare le loro esistenze nei valori ultimi, conoscibili attraverso la rivelazione cristiana, ma discernibili anche nelle autentiche manifestazioni dell’arte e di operare in direzione della trasmutazione cristiana dell’uomo interiore e della sua definitiva redenzione connessa alla trasfigurazione del creato e alla reintegrazione di tutti gli esseri in Dio » (28).

Il respiro mistico religioso ed il legame istituito tra arte poesia e religiosità (29), in particolare per la presenza di figure come Adolfo Oxilia e del filosofo tradizionalista — collaboratore di Adriano Olivetti e poi sostenitore di una prospettiva metapolitica —, nonché poeta e scrittore Silvano Panunzio, figlio del più celebre teorico del sindacalismo rivoluzionario e corporativista Sergio Panunzio (30), certamente rappresentarono una atmosfera ricca di suggestioni per il Paolo Grossi ‘intuizionista’ e fautore del ruolo della ‘fantasia nel diritto’ (31).

Equivocherebbe tuttavia chi, fermandosi a questo determinato aspetto della proposta culturale ‘ecumenica’ della rivista, non ne cogliesse le implicazioni e le indicazioni più concrete che, pur con modalità peculiari — non identiche, per capirsi, con il discorso che

(28) Giancarlo BIANCHI, *Memorie per Adolfo Oxilia. Da L’Ultima a La Camerata dei Poeti*, Corymbos Saggi, Firenze, Edizioni Polistampa, 2011.

(29) Si cfr. almeno l’innovativo numero « L’Ultima », 1953, 70-71, *Nel VII centenario di Santa Chiara*, con interventi di Adolfo Oxilia, Carlo Betocchi, Silvano Panunzio, Nazareno Fabretti, Gian Paolo Meucci, e i saggi di Ernesto BALDUCCI, *I credenti di fronte agli increduli*, di Divo BARSOTTI, *La profezia di Caifa*, e di Adriana ZARRI, *Dinamica del tempo e dell’eterno*, in « L’Ultima », 1953, 72, rispettivamente pp. 462-473, pp. 474-481 e pp. 499-510.

(30) Sulla figura di Silvano Panunzio (1918-2010), uno degli anticipatori del ‘dialogo’ tra Islam e Cristianesimo (cfr. ad es. ID., *Cristianità ed Europa*, in « L’Ultima », Annata IX, 1956, 80, pp. 180-185) vedi PALLANTI, “L’Ultima”, cit., p. 72 e ss.

(31) GLI ULTIMI, *Intuito e ragione*, in « L’Ultima », Firenze Anno Terzo 25 aprile 1948, 28, pp. 1-7. Del resto, come scriveva Gozzini, « il carattere poetico proprio della vita cristiana come ‘esperienza del mistero’ si afferma potentemente nella liturgia [...] Poesia è ancora immagine, anticipazione, annunzio, profezia: liturgia è già, in qualche modo, compimento presenza attuale di Dio » (cit. in PALLANTI, “L’Ultima”, cit., p. 63). Paolo GROSSI, *La Fantasia nel Diritto*, in « Quaderni fiorentini », 15 (1986), pp. 589-592.

sviluppara la coeva rivista dossettiana *Cronache sociali* ⁽³²⁾ — intendevano anch'esse muoversi verso « una profonda revisione dei modi e dei termini della presenza cristiana nella società », che doveva essere preliminare « ad un impegno che non volesse limitarsi alla difesa dell'ordine costituito »; una posizione, comunque, anche nelle inconcludenze ed oscillazioni, sempre caratterizzata dal « rifiuto di uno specifico partito cristiano e di ogni forma di clericalismo » ⁽³³⁾.

L'apertura dei diversi e spesso confliggenti punti di partenza — di stampo più 'conservatore' o più 'progressista' (come sarà testimoniato dai diversi cammini che gli Ultimi prenderanno una volta conclusa l'avventura comune) ⁽³⁴⁾ — intendeva comunque ad un obiettivo, lontano quanto si voglia, ovvero alla « cristianizzazione delle strutture politiche non esteriore e formale, nei simboli, ma interiore e sostanziale, nei valori, secondo la tesi di Maritain » ⁽³⁵⁾.

E non è un caso che allora, pur senza dedicare loro saggi specifici, Maritain e Mounier costituiscano punti di riferimento largamente presenti ⁽³⁶⁾, e che l'obiettivo lontano si fondi su di una diagnosi 'epocale' sullo stato della modernità che ci sembra prefigurarsi il punto di inserzione a partire dal quale più tardi potranno svilupparsi le tesi di Grossi sul 'posmoderno'.

Nella riflessione cattolica dell'epoca, infatti, e nel periodo tra le due guerre essa si andava accentuando, era diffusa la sensazione variamente espressa, di trovarsi di fronte alla fine di un'epoca.

Una sensazione che arriverà poi a trovare, nel 1961 ovvero nell'imminenza del Concilio Vaticano II, una coniazione riassuntiva

⁽³²⁾ Si veda Paolo POMBENI, *Un riformatore cristiano nella ricostruzione della democrazia italiana. L'avventura politica di Giuseppe Dossetti (1943-1956)*, in *Le "Cronache sociali" di Giuseppe Dossetti (1947-1951). La giovane sinistra cattolica e la rifondazione della democrazia italiana. Antologia*, a cura di Luigi Giorgi, Reggio Emilia, Diabasis, 2007, pp. 7-73.

⁽³³⁾ GLI ULTIMI, "Il mio regno non è di questo mondo", in « L'Ultima », Anno IV (25 aprile 1949), 40, pp. 4-5. Cfr. PALLANTI, "L'Ultima", cit., p. 47.

⁽³⁴⁾ Ad esempio Mario Gozzini approderà nel 1958 alla rivista *Testimonianze* nel frattempo fondata da padre Ernesto Balducci; Silvano Panunzio nel 1976 fonda la rivista *Metapolitica*, destinata a durare 34 anni, e si dedica a svilupparne la dottrina.

⁽³⁵⁾ Gianni BAGET BOZZO, *Il partito cristiano al potere. La DC di De Gasperi e Dossetti*, Firenze, Vallecchi, 1974, p. 262.

⁽³⁶⁾ PALLANTI, "L'Ultima", cit., pp. 34-37.

anche sul piano ecclesiologicalo, con la icastica e fortunata formulazione del teologo domenicano Marie-Dominique Chenu (1895-1990): *La fine dell'età costantiniana* (37).

Comunque, già per Maritain, nel suo celebre *Umanesimo integrale* del 1936, si trattava di cercare « non il ritorno nostalgico a un qualche ipotetico passato », quanto la necessità di « un rifacimento totale delle nostre strutture culturali e temporali », essendo in questione così anche il passaggio « a una nuova età di civiltà » (38). E Mounier, dal canto suo, nello stesso anno, costruiva la diagnosi critica dalla quale far partire la rivoluzione ‘personalista e comunitaria’ sulla constatazione che il « mondo moderno è contro la persona » (*Le Monde Moderne contre la personne*) (39).

E, quasi negli stessi anni (1947-1948) di fondazione dell’*Ultima*, in Germania Romano Guardini (1885-1968), uno dei pensatori, e non solo cattolici, più importanti del secolo scorso, elabora le tesi che porteranno alla pubblicazione, nel 1950, del fondamentale *La fine dell'epoca moderna* (*Das Ende der Neuzeit. Ein Versuch zur Orientierung*), il libro che ha largamente, con intuizioni ancora tutte da svolgere, anticipato il successivo dibattito sul post-moderno (40).

Il termine-concetto certamente, a quell’altezza temporale, non era noto (anche se in realtà era stato ‘coniato’), e « ciò che sta per sopraggiungere », dopo che « l’immagine moderna del mondo si disintegra e un’altra ne appare » (41), non ha ancora una designazione univoca, un ‘nome’.

(37) Marie-Dominique CHENU, Mauro PESCE, *La fine dell'era costantiniana*, Brescia, Morcelliana, 2013. Cfr. Gianmaria ZAMAGNI, *Fine dell'età costantiniana. Retrospectiva genealogica di un concetto critico*, Bologna, il Mulino, 2012, p. 20 e ss. Chenu era del resto autore ben conosciuto da Grossi che, richiamando un altro suo fondamentale testo, Marie-Dominique CHENU, *La teologia nel dodicesimo secolo* (1976), Milano, Jaca Book, 1986, lo definisce « un libro davvero prezioso e insostituibile anche per lo storico del diritto », GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 148, nt. 68.

(38) ZAMAGNI, *Fine dell'età costantiniana*, cit., p. 109.

(39) Emmanuel MOUNIER, *Manifeste au service du personalisme* (1936), in Id., *Écrits sur le personalisme*, Paris, Editions du Seuil, 2000, p. 27 e ss.

(40) Romano GUARDINI, *La fine dell'epoca moderna. Il Potere* (1954), Brescia, Morcelliana, 2015.

(41) Ivi, p. 53 e ss.

In realtà infatti, seppur dapprima episodicamente, il termine è attestato già intorno al 1870, con riferimento piuttosto a fenomeni artistici e letterari ⁽⁴²⁾; ma non molti — anche perché questi riferimenti non si ritrovano in coloro che, ispirandosi a Nietzsche e Heidegger, hanno portato al successo, alla fine degli anni '70, la tematica, sotto la nuova forma del c.d. 'pensiero debole' ⁽⁴³⁾ — sono a conoscenza del fatto che una prima, effettiva utilizzazione 'storio-grafica' del concetto ha, non per caso, radici religiose e si incontra in area americana, ad opera di un intellettuale che era anche sacerdote anglo-cattolico, Bernard Iddings Bell, il quale nel 1926 dà alle stampe *Postmodernism and Other Essays*, che contiene una valutazione critica — successiva al trauma della guerra mondiale ⁽⁴⁴⁾ — di un'epoca caratterizzata dalla persistenza di norme socio-culturali ancora improntate alle loro origini illuministe, che hanno condotto alla duplice 'morte di Dio', hegeliana prima, e nicciana poi, un'epoca che ormai deve ritenersi chiusa. È un primo uso del termine per descrivere il periodo storico successivo alla modernità come spazio che si apre anche al recupero sociale della dimensione religiosa ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴²⁾ Cfr. *International Postmodernism: Theory and Literary Practice*, edited by Hans Bertens and Douwe Fokkema, Amsterdam, John Benjamins Publishing, 1997. Anche lo scrittore e critico letterario spagnolo Federico de Onís (1885-1966) ebbe a utilizzarlo nel 1934 in una antologia della poesia spagnola e latino americana.

⁽⁴³⁾ Cfr. il fortunato saggio di Jean-Francois LYOTARD, *La condition postmoderne: rapport sur le savoir*, Paris, Les Editions de Minuit, 1979 (trad. it. di C. Formenti, Milano, Feltrinelli, 1985) e Gianni VATTIMO, *La fine della modernità. Nichilismo ed ermeneutica nella cultura post-moderna*, Milano, Garzanti, 1985.

⁽⁴⁴⁾ L'autore, nato nel 1886 e morto nel 1958, collaboratore apprezzato da T.S. Eliot della sua rivista *Criterion*, nel 1918 scrive un volume sulle conseguenze 'epocali' della Prima Guerra Mondiale, che costituisce un preludio alla sua successiva presa di posizione. Cfr. Bernard IDTINGS BELL, *Rights and Wrong After the War: An Elementary Consideration of Christian Morals in the Light of Modern Social Problems*, Boston and New York, Houghton Mifflin Company, 1918. Sempre in area anglosassone, Arnold J. Toynbee utilizza nel 1939 il termine « postmodernità », affermando appunto il nesso post-moderno guerra mondiale 1914-1918 (« Our own Post-Modern Age has been inaugurated by the general war of 1914-1918 »): Arnold J. TOYNEEBE, *A Study of History*, vol. 5 (1939), Oxford University Press, 1961, p. 43.

⁽⁴⁵⁾ Bernard IDTINGS BELL, *Postmodernism and other essays*, Milwaukee, Morehouse Publishing Company, 1926. Cfr. ID., *God is not dead*, New York and London, Harper & Brothers Publisher, 1945; Kirsten D. BRAUER, *The Religious Roots of Postmodernism in American Culture: An Analysis of the postmodern theory of Bernard Iddings*

I nostri *Ultimi*, per parte loro, partecipano e sviluppano il tema, principalmente a partire dalle fonti francesi; anche se preferiscono, suggestivamente, con Mario Gozzini, alla formula maritainiana di umanesimo « integrale », quella di « umanesimo *ultimo* »: tempi ‘ultimi’ certamente, ma anche, in conformità alla lettura-decifrazione della loro stessa denominazione (*ultra*), oltrepassamento, un andare al di là (46). Così:

il ciclo della teologia, la dialettica uomo-Dio per noi è immutabile, perché è nella stessa natura dell'uomo: oggi si tratta appunto, e tutte le indicazioni più orientative scaturite dalla crisi possono concorrere a confermarlo...di adattare quel ciclo alle nuove esigenze, *in un certo senso, sì, proprio di rovesciarlo*. Nel Medioevo, e poi dopo per inerzia, si deduceva l'antropologia dalla teologia, l'uomo da Dio. Oggi dall'antropologia dedurremo la teologia, dall'uomo partiremo per arrivare a Dio. Da un uomo, però [...] che custodisca sepolto in sé e sia disposto a risuscitarlo, il germe dell'assoluto. Un uomo probabilmente assai diverso dall'immagine sfigurata che se ne son fatta il Cantoni e gli altri presunti *umanisti*, da due secoli, ormai, a questa parte (47).

È evidente, a questo punto, che, se di oltrepassamento o rovesciamento doveva parlarsi, e vista la refrattarietà ad identificarsi nella prospettiva del partito cristiano ormai al potere, sarebbe stato inevitabile confrontarsi con quella che appariva come l'elaborazione

Bell and its continued relevance to contemporary postmodern theory and literary criticism, University of Glasgow, 2007.

(46) Mario GOZZINI, *Altri appunti sull'umanesimo*, in « L'Ultima », Anno IV (25 agosto - 25 settembre 1949), 44-45, p. 8: « Così l'ottimismo umanistico cristiano, il valore assoluto da riconoscersi all'uomo, va inteso non in senso statico, di una condizione data e attuale, ma in senso dinamico, di una condizione da conquistare, termine finale, termine ultimo di ogni divenire e di ogni dramma (e per questo noi preferiamo dire umanesimo *ultimo* anziché *integrale*, secondo la formula maritainiana) ».

(47) Mario GOZZINI, *Crisi dell'uomo*, in « L'Ultima », Firenze Anno Terzo 25 dicembre 1948, 36, pp. 8-15, 15; il primo corsivo è nostro. In calce alla pagina si legge che « SUL TEMA 'UMANESIMO ULTIMO' ha parlato e discusso Mario Gozzini la sera del 9 dicembre a Ivrea, nella sala della Biblioteca Olivetti. Il viaggio a Ivrea del nostro redattore ha dato occasione anche a una prima presa di contatto diretto col Movimento di Comunità ».

teorica estrema, ‘ultima’, del ‘moderno’ stesso: il marxismo (48). Un confronto che poteva indicare una messa a frutto, o un ‘recupero’ di alcune tematiche, un ‘attraversamento’, ma almeno in questa fase, forse non un ‘dialogo’ vero e proprio, almeno se inteso in senso letterale (49):

La libertà liberale — quella libertà di cui il comunismo si fa naturalmente assertore nei paesi dove non ha ancora il potere per assicurarsi, in nome della logica degli avversari, il diritto alla vita — è al termine del suo ciclo, almeno spiritualmente; e questo i comunisti l’hanno capito da tempo, molto meglio di tutti. Poiché il genere umano va compaginandosi sempre di più — suo malgrado, si direbbe — in una sorte comune alla quale nessuno può sottrarsi, altrettanto comune, unitaria dovrà essere — oggettivamente e non soltanto soggettivamente — la verità a cui riferire quella sorte (50).

Se il compito che i cristiani, senza nostalgie per « cristianità » meglio riuscite (« Nell’età moderna si può dire che a tale compito la cristianità non sia ancora ben riuscita, né di fronte alla rivoluzione liberale, né, ora, di fronte a quella comunista (avversari, dunque, più temibili e difficili dei pagani?) »), sarà quello « di *assumere* via via le emergenze della temporalità », compito « diciamo così, di assimilazione e, almeno in un certo senso, di trasfigurazione » (51), si tratta innanzitutto di diagnosticare ciò che « dell’immagine moderna del mondo si disintegra », per poi giungere a decifrare « ciò che sta per sopraggiungere ».

Ora non è dubbio che uno degli « elementi fondamentali della moderna interpretazione dell’esistenza: [è] la soggettività. Il Medio

(48) Cfr. SCIRÈ, *La democrazia alla prova*, cit., p. 17 e ss., che fornisce de *L’Ultima* un’immagine troppo schiacciata sul conservatorismo.

(49) Cfr. Mario GOZZINI, *I cristiani di fronte al Comunismo*, in « L’Ultima », Anno VII (1953), 67, pp. 57-62, 62. Cfr. *Il Dialogo alla prova. Cattolici e Comunisti italiani*, a cura di Mario Gozzini, Firenze, Vallecchi, 1964.

(50) GOZZINI, *I cristiani di fronte al Comunismo*, cit., p. 59. Considerazioni analoghe a proposito dell’affacciarsi sulla scena della figura dell’uomo-massa, in Vezio CRISAFULLI, *Liberalismo e democrazia* (« Rinascita », agosto 1944), ora in *Vezio Crisafulli. Politica e Costituzione. Scritti “militanti” (1944-1955)*, a cura di Sergio Bartole e Roberto Bin, Milano, Franco Angeli, 2018, pp. 81-83.

(51) GOZZINI, *I cristiani di fronte al Comunismo*, cit., p. 61.

Evo non conosce questo concetto nel suo specifico significato » (52). Già il 'primo' Maritain, tra il 1923 e il 1928 e poi tra il 1937 e il 1945, dedicando i suoi studi ai *Tre Riformatori. Lutero Cartesio Rousseau*, ovvero alla *pars destruens* della sua analisi del moderno, espressamente definito come « una civiltà omicida », coglie la cifra di questa riforma nell'aver opposto l'individuo alla persona, un'astrazione sradicante alla concretezza metafisica dell'uomo creato, in carne ed ossa:

Che cosa è l'individualismo moderno? Uno sbaglio, un *qui pro quo*: l'esaltazione dell'individualità camuffata da personalità, l'avvilimento correlativo della personalità vera. Nell'ordine sociale, la città moderna sacrifica la *persona* all'*individuo*; dà all'individuo il suffragio universale, l'eguaglianza dei diritti, la libertà d'opinione e abbandona la persona isolata, spoglia, senz'alcuna armatura sociale che la sostenga e la protegga, a tutte le potenze divoratrici che minacciano la vita dell'anima, alle azioni e reazioni spietate degli interessi e degli appetiti in conflitto, alle esigenze infinite della materia da fabbricare e utilizzare (53).

Si tratta di una cifra allo stesso tempo centrale e trasversale della riflessione di quel contesto culturale e di quegli anni; partendo in premessa dalla considerazione secondo la quale il cristianesimo non è una realtà solo spirituale e mistica, « ma ha un suo corpo destinato ad esercitare, sulla mobile e fragile superficie della storia, il suo peso anche terrestre e ad esigere sostegni e garanzie che appartengono all'ordine della civiltà », e che il cristianesimo è venuto a salvare l'uomo, ecco che urge la domanda:

E cos'è l'uomo, concretamente? Forse soltanto l'individuo nella sua qualità di monade-psico fisica? Quest'uomo è solo un'astrazione. L'uomo concreto ha una sua struttura sociale o comunitaria che è, a ben pensare, la trama più vera della storia. Il tessuto vivo e fecondo che stringe l'uomo all'uomo e gli uomini alle cose, per chi non abbia il pregiudizio protestante della natura irrimediabilmente dannata,

(52) GUARDINI, *La fine dell'epoca moderna*, cit., p. 43 e ss.

(53) Jacques MARITAIN, *Tre Riformatori. Lutero Cartesio Rousseau* (1937²), Brescia, Morcelliana, 1964, p. 53 e s.

può trasmutarsi in un rinnovato ordine creazionale. Il Regno di Dio non è un regno di spiriti disincarnati, ma è anche un regno di popoli e di cose ⁽⁵⁴⁾.

Chi conosce il « reicentrismo » più volte evocato con maestria e capacità immaginifica dal linguaggio di Paolo Grossi a proposito del Medioevo ⁽⁵⁵⁾, chi ricorda la sua passione per il legame con la terra, o la sua espressa predilezione per le comunità intermedie o i raggruppamenti interpersonali, non sarà colto di sorpresa dalla precisione della scelta della consecuzione dei vocaboli e dalla susseguente, franca « confessione »: « [le comunità intermedie] che hanno lo scopo di non lasciare solo — e, anzi, proteggere e integrare — il soggetto, l'individuo *o, come piace molto più a me dire, la persona* nei propri rapporti con la macro-entità statuale », troverà forse nell'idea che « *L'uomo concreto ha una sua struttura sociale o comunitaria che è, a ben pensare, la trama più vera della storia* », o che « *un tessuto vivo e fecondo* » stringa l'uomo all'uomo, ma anche « *gli uomini alle cose* » e che infine il Regno di Dio sia « anche un regno di popoli e di cose » più che una mera faglia di 'archeologia del sapere', ma una risonanza spirituale.

La temperie culturale di quegli anni era tuttavia forse suscettibile di fornire altre suggestioni che andassero a comporre il nucleo germinale che poi doveva venir progressivamente sviluppato. E qui

⁽⁵⁴⁾ Ernesto BALDUCCI, *Cristianesimo e Cristianità*, in « L'Ultima », Volume X, Anno XIII (1957/1958), 85-86-87, *Unità nella diversità*, pp. 131-154, 135; si cfr. i riferimenti alla cristianità post-sacrale sulla base del richiamo a C. Journet, al Gilson e al Suchard in relazione al compito della Chiesa (« [...] l'errore è sempre quello: confondere la Chiesa con le sue forme passeggiere. Ora il compito della Chiesa, dice bene Gilson, non è di conservare il mondo com'è, neanche nel caso in cui sia diventato cristiano, bensì di conservarlo cristiano in modo che non cessi mai di diventare altro (dal progredire): in breve, la Chiesa, non ha per compito di impedire al mondo di camminare, ma di santificare un mondo in cammino », p. 151), sullo sfondo della convinzione: « In questo senso possiamo prevedere ciò che accadrà quando l'Impero di Cesare andrà in rovina — perché l'Impero di Cesare va sempre in rovina dopo un giro di poche centinaia di anni » (p. 154).

⁽⁵⁵⁾ Cfr. da ultimo in *I Georgofili. Atti della Accademia dei Georgofili*, cit., i saggi di Giovanni CAZZETTA, *L'attrazione del reale. Storicità del diritto nel pensiero di Paolo Grossi*, pp. 452-471, Ferdinando ALBISINNI, *Paolo Grossi e la fattualità del diritto*, pp. 503-518 e Luigi COSTATO, *Storia e Diritto: la lezione di Paolo Grossi*, pp. 519-528.

ci riallacciamo però, vorremmo dire quasi in punta di piedi e consapevoli della labilità di indizi che poggino su di un terreno così friabile, ad un ricordo personale; un ricordo dei tempi in cui, o fresco laureato o in procinto di diventare un giovane ricercatore, avevo (come allievi dovrei dire avevano) colloqui con Grossi nel suo studio di via Puccinotti: incontri di orientamento, di indirizzo, di arricchimento e di apertura di prospettive sempre. In uno di quegli incontri, curiosando ‘visivamente’, da bibliomane allora ancora in erba, tra i titoli ben allineati negli scaffali del suo studio — una scelta selezionata, ché poi molti dei volumi di lavoro, ora donati al Centro di Studi, erano allocati in altri locali al piano seminterrato — vidi un volume piuttosto corposo ⁽⁵⁶⁾ di un autore che mi era sconosciuto e sul quale chiesi notizie, che Grossi puntualmente mi fornì, collocandolo sullo sfondo del quadro culturale di quegli anni. Si trattava di un autore, morto troppo precocemente, e a tutt’oggi molto trascurato, per non dire frainteso ⁽⁵⁷⁾: Felice Balbo (1913-1964). Un autore, laureatosi in giurisprudenza con Gioele Solari con una tesi su «Diritto e linguaggio», ma dedicatosi poi con un taglio tutto particolare alla riflessione filosofica, che, con Augusto Del Noce e Franco Rodano, e come in parte anche i collaboratori de *L’Ultima*, aveva ritenuto di non poter rinviare il confronto con le tesi marxiane, non da ricostruire in una prospettiva storico-filologica, ma da problematizzare, per ‘fissarne’ il senso oggettivo, essendo questo, come accennavamo, ritenuto, nel clima di una libertà riconquistata aperto dal processo di ricostruzione (‘grossianamente’ costruzione) del paese — e non ancora pervaso delle ‘delusioni’ da Jemolo denunciate — lo sbocco ultimo di una modernità ormai completamente secolarizzata e immanentizzata, di fronte alla quale si trattava di trovare una nuova posizione. Solo in parte collocabile tra i così detti cattolici comunisti, Balbo ebbe a partecipare all’esperienza del

⁽⁵⁶⁾ Si trattava dell’edizione postuma presso Boringhieri delle *Opere*, a cura, fra gli altri di Cornelio Fabro, Claudio Napoleoni e dell’Istituto per la Ricostruzione industriale per il periodo nel quale l’autore lavorò presso questo istituto e con prefazione di Michele Ranchetti: Felice BALBO, *Opere (1945-1964)*, Torino, Paolo Boringhieri, 1966.

⁽⁵⁷⁾ Così, per es., Francesco LAMENDOLA, *All’origine del cattolicesimo di sinistra: la filosofia “dossettiana” di Felice Balbo*, 2015, che cerca di ‘imputare’ alla riflessione di quegli anni le scaturigini del ’68 (consultabile in rete <https://www.ariannaeditrice.it/articolo.php?idarticolo=51788>).

Partito della Sinistra cristiana, fondato nel 1939 da Franco Rodano e Adriano Ossicini, e delle sue successive trasformazioni (Partito Cooperativista Sinarchico, poi Partito Comunista cristiano), fino ad una breve adesione al Partito Comunista, da cui si distaccò già nel 1948 (58).

Non è questa la sede, né avremmo le forze, per ricostruire a tutto tondo il suo contributo di pensiero (59); né vogliamo suggerire l'idea di una « presenza nascosta » da aggiungere alle fonti acclamate del pensiero di Grossi. Due aspetti però ci preme segnalare che, in quell'ottica, potrebbero essere suggestivi.

Il primo riguarda una delle opere inaugurali di Balbo, contenuta nel volume ricordato, e dal titolo evocativo: *L'uomo senza miti* (1945). Un testo nel quale si propone una peculiare filosofia dell'azione, una « azione come tecnica » e una « filosofia come tecnica » di liberazione dell'uomo, che deve partire dal rifiuto delle mitologie della modernità (60). « Non il 'cogito ergo sum', e nemmeno la sintesi a priori dialettica (i due massimi tentativi di curare lo scetticismo umano da quando fu abbandonato il realismo ingenuo) possono rendere sicuro l'uomo. Sono ancora formule-miti: e gli uomini non credono più, e giustamente, nelle formule-miti » (61). Si potrà, *en passant*, peraltro ricordare che anche Mounier scorgeva nella 'demitizzazione' del moderno uno dei compiti della « rivoluzione personalista », da accoppiare alla « lotta inesorabile contro il mondo del denaro »: « la révolution contre les mythes », che certamente impli-

(58) Cfr. Nicola RICCI, *Cattolici e Marxismo. Filosofia e politica in Augusto Del Noce, Felice Balbo e Franco Rodano*, Milano, Franco Angeli, 2015, spec., p. 85 e ss.

(59) Vedi almeno Luciano BAZZOLI, *Felice Balbo dal marxismo ad una "economia umana"*, Avvertenza di Achille Ardigò, Brescia, Morcelliana, 1981; Anselmo GROTTI, *Saggio su Felice Balbo*, Torino, Boringhieri, 1984; Franco FERRAROTTI, *Il conte di Vinadio. Felice Balbo e il marxismo come eresia cristiana*, Bologna, Edizioni Dehoniane, 2016.

(60) Cfr. Felice BALBO, *Il laboratorio dell'uomo*, Torino, Einaudi, 1946, p. 130 (in ID., *Opere*, cit., p. 193); « La filosofia moderna intera ha fatto fallimento storico e tutta la filosofia fino ad oggi esplicitamente espressa deve essere, in qualcosa di essenziale, o erronea, o insufficiente, o tutte e due le cose insieme », ID., *Idee per una filosofia dello sviluppo umano* (1962), in ID., *Opere*, cit., p. 385.

(61) Felice BALBO, *L'uomo senza miti*, Torino, Einaudi, 1945, p. 17 (in ID., *Opere*, cit., p. 7).

cava una preparazione di lunga durata ad una « rivoluzione spirituale »⁽⁶²⁾.

L'altro aspetto riguarda la fase finale della ricerca di Balbo quando, oltrepassato il marxismo, e tracciando una rigorosa critica del razionalismo moderno, si muove verso la « ripresa », *dopo* Marx e dopo le formule-miti della riflessione moderna, una « ripresa », dicevamo, di Aristotele, Tommaso d'Aquino e della « filosofia dell'essere »⁽⁶³⁾. È nostro convincimento, a prescindere da ogni domanda relativa alle 'influenze', che comunque mai si danno, se pure se ne possa parlare, in forma immediata, anche nei casi più eclatanti, che la modalità con cui Balbo affronta il problema possa rappresentare, con riferimento al rapporto Medioevo (Moderno) Post-moderno in Grossi, una sorta di omologia strutturale, atta a fornire indicazioni chiarificanti sulla lettura diversi regimi temporali, da cui avevamo preso le mosse. Come provvisoria conclusione restano le parole 'espèrienziali' di Grossi: *Veramente, in quegli anni, il rovetto ardente bruciava senza sosta nella cultura cattolica fiorentina.*

3. *Ermeneutica dell'esperienza e un Medioevo senza miti.*

Provenendo dall'atmosfera che abbiamo cercato, certo troppo sfocatamente, di rendere di nuovo 'presente', non è a questo punto una sorpresa che Grossi, alla ricerca dello strumento interpretativo più adatto a fuoriuscire da « il modo che usava allora » di fare storiografia giuridica, si rivolgesse ad uno degli autori più coinvolti in quel retroterra culturale che pescava nella Francia bergsoniana e blondeliana e che, anche sotto il profilo della scrittura, a quel *côté*, che sarebbe forse riduttivo definire solamente come spiritualistico,

(62) Emmanuel MOUNIER, *Revolution personaliste et communautaire* (1935), in ID., *Refaire la Renaissance*, Préface de Guy Coq, Paris, Editions du Seuil, 2000, p. 303 e ss. Naturalmente per le *Mitologie giuridiche della modernità* (prima ed. 2001), Grossi poteva attingere anche all'amato Santi Romano, cfr. ora Santi ROMANO, *Mitologia giuridica*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), a cura di Mariano Croce e Marco Goldoni, Macerata, Quodlibet, 2019, pp. 159-168.

(63) BAZZOLI, *Felice Balbo*, cit., p. 69 e ss. Cfr. inoltre Giovanni TASSANI, *La Terza Generazione. Da Dossetti a De Gasperi, tra Stato e Rivoluzione*, Roma, Edizioni Lavoro, 1988, p. 28 e ss. e Vittorio POSSENTI, *Felice Balbo e la filosofia dell'essere*, Milano, Vita e Pensiero, 1984.

ma che di certo cercava di attingere il concreto, al di là di ogni formalismo, apparteneva pienamente; senza dimenticarsi della sua insistenza « sull'intrinseca connessione del diritto con l'economia e la morale, anzi (rosminianamente) con l'integrità della persona ». « Il tutto del suo pensiero è qui, che l'individuo è persona. E tutto il problema del diritto sta racchiuso nel concetto di persona. Chiarire questo concetto è chiarire il suo pensiero giuridico » (64).

Naturalmente stiamo parlando di Capograssi e della sua peculiare comprensione del concetto di « esperienza giuridica », quasi « moneta spicciola » degli individui nella quotidianità:

Questa vita spontanea ha per testimoni oltre agli attori diretti, soltanto agrimensori, legali, notari e simili, e solo attraverso le comuni liti giudiziarie può essere intravista. Questa esperienza anonima e sotterranea è veramente alla statura dell'individuo, ma non ha storia, sebbene sostenga il mondo storico (65).

E Grossi, ma già alla sua maniera, fa eco, e precisa, e configura:

Carnalità del diritto, [...] 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 (66).

Insomma, per Grossi, con parole che parlano dell'appartato filosofo di Sulmona, ma, attraverso di lui, anche della propria esperienza, il soggetto (suo e di Capograssi) è « un personaggio in

(64) Pietro PRINI, *Giuseppe Capograssi e la fondazione della metafisica civile*, in ID., *La filosofia cattolica italiana del Novecento*, cit., p. 204.

(65) Giuseppe CAPOGRASSI, *L'ambiguità del diritto contemporaneo* (1953), ora in ID., *Incertezze sull'individuo*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 112, n. 18.

(66) Paolo GROSSI, *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi* (2005), in ID., *Nobiltà del diritto*, cit., pp. 641-667, p. 644. Grossi richiama passi del saggio, negli *Scritti in onore di Francesco Carnelutti*, di Giuseppe CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe* (1950), ora in ID., *Incertezze sull'individuo*, cit., pp. 5-42.

carne ed ossa; e il diritto è soltanto l'esperienza di *quel* personaggio nella sua vita di relazione, è *nulla più che esperienza quotidiana* »⁽⁶⁷⁾.

Così, nel 1963, l'esperienza giuridica diventa il focus ermeneutico, la lente attraverso la quale guardare un istituto giuridico determinato, la *Locatio ad longum tempus*, così da coglierlo come tipicissimo e rivelatore di tutta una mentalità, di un'intera civiltà:

Se ogni istituto giuridico è, nel suo assetto costitutivo, *niente altro che il momento di emersione e di organizzazione sul piano di una determinata esperienza giuridica di precise forze ed esigenze nate ed affermatesi sul terreno economico-sociale*; se ogni istituto è, per propria natura, il nucleo focale dell'ordinamento in cui ha vita, questo della '*locatio ad longum tempus*' ci sembra qualificarsi singolarmente in tal senso [...] La nostra ricerca si è svolta, come abbiamo più sopra precisato, lungo l'itinerario segnato dalla '*interpretatio*', nella certezza che solo in tal modo ci sarebbe stato possibile tentare di cogliere, secondo un non dimenticabile insegnamento di Capograssi, non soltanto 'l'esperienza nel significato giuridico che assumeva nella coscienza di chi la viveva', ma altresì e soprattutto l'integralità di quella esperienza⁽⁶⁸⁾.

Si tratta però di intendere pienamente il perché di una scelta e quindi le potenzialità stesse insite nella medesima. A nostro avviso non si sottolinea abbastanza che quella nozione poteva portare ad una radicale demitizzazione — o, se si preferisce, con un 'calco' dal futuro titolo grossiano, demitologizzazione — di molti aspetti della storiografia corrente e, quindi, della stessa immagine del Medioevo. Assai prima di procedere ad una analoga diagnostica per il moderno, che conduce, per i motivi che stiamo cercando di identificare, ad una diversa attribuzione di valore degli elementi portanti delle due epoche — momento questo che per solito si tende a ricollegare alla pubblicazione, nel 2001, delle *Mitologie giuridiche della modernità* — Grossi cerca di arrivare ad una immagine di un 'Medioevo senza miti'.

⁽⁶⁷⁾ GROSSI, *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi*, cit., p. 644.

⁽⁶⁸⁾ Paolo GROSSI, *Prefazione*, in ID., *Locatio ad longum tempus. Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune* (Napoli, Morano, 1963), ristampa a cura di Piero Perlingieri, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, pp. 7-8.

Se andiamo allora a guardare come, alla fine degli anni '70, Grossi la illustrava (l'esperienza giuridica) e lo illustrava (questo nuovo Medioevo senza miti) agli studenti nei suoi corsi, potremo rendere di nuovo vivo questo risultato, che, lo vedremo, apparirà 'iconoclasta' e ideologico a chi, restando ancorato ad immagini più tradizionali, lo guarderà, per così dire, dall'esterno. La cosa è tanto più significativa, in quanto queste pagine, dedicate originariamente solo agli studenti, verranno riprese quasi testualmente, con minimi aggiustamenti o aggiunte, per lo più bibliografiche, nell'opera di sintesi sull'ordine giuridico medievale del 1995, a testimoniare della raggiunta precoce convinzione e coesione di dettato (69).

Anzitutto — e questo corrisponderà poi ad un intervento istituzionale quando, negli anni del Cun, riuscirà a persuadere ad un cambiamento simbolicamente rilevante della denominazione stessa della disciplina da 'Storia del diritto italiano', appunto, a 'Storia del diritto medievale e moderno' —:

Esperienza giuridica significa un modo peculiare di vivere il diritto nella storia, di percepirlo concettualizzarlo applicarlo in connessione ad una determinata visione del mondo sociale, a determinati presupposti culturali; significa quindi un insieme di scelte peculiari per i grandi problemi che la realizzazione del diritto pone a seconda dei vari contesti storici [...] Sul piano storico ci sembra che si possa parlare di 'esperienza giuridica medievale' e di 'esperienza giuridica moderna'; sul piano positivo è corretto individuare una *esperienza giuridica* di *common law*, una di *civil law*, entro certi limiti anche una esperienza giuridica della coinè socialista, ma sarebbe senz'altro indebito, se non in un significato generico, di esperienza giuridica italiana, o francese, o tedesca, espressioni tutte — malgrado le espressioni normative differenziate — di un medesimo costume giuridico (70).

(69) Paolo GROSSI, *Strumenti interpretativi della esperienza giuridica medievale. Lezioni di Storia del Diritto*, aa. 1977-1978 (esemplare non venale riservato esclusivamente agli studenti iscritti ai corsi). Naturalmente l'opera di sintesi di diciassette anni dopo cui ci riferiamo è il già citato GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*.

(70) GROSSI, *Strumenti interpretativi della esperienza giuridica medievale. Lezioni di Storia del Diritto*, cit., pp. 12-13.

Dunque, nessun Medioevo 'italiano': il congedo dai nazionalismi apre già la strada a *L'Europa del diritto* di quasi trent'anni dopo ⁽⁷¹⁾.

Ancora più in profondità, la nozione di esperienza giuridica consente di *liberarsi dalla tirannia di una visione cronologica*, che sostituisce 'tempi apparenti' alla reale concretezza delle forze storiche in gioco, sempre tenendo presente che « non dobbiamo mai dimenticare che ogni esperienza giuridica reca sempre in sé — e nutre, e alleva — le cellule tumorali che, prima o poi, la condanneranno a morte, e che v'è, nel transito dall'una all'altra, un momento, rispettivamente finale e iniziale, nel quale tutto è sotto il segno della fusione e dell'incertezza », nonché, con Opocher, « carattere essenzialmente problematico del fenomeno giuridico »:

Assumere l'esperienza giuridica come schema interpretativo significa *ripudiare la inappagante facilità dei tempi apparenti*: i suoi tempi sono infatti sempre dei tempi reali, scanditi cioè non da date spesso inconsistenti nella loro soltanto formale puntualità, ma da scelte intellettuali e operative. Tempi apparenti, e perciò inappaganti, appaiono a noi il 476 come certificazione anagrafica del crollo di un edificio politico già crollato; o il 1122 come sottoscrizione di un concordato che era già siglato nelle cose, o il 1520 come scoppio di una riforma religiosa che stava maturando da due secoli nella nuova riflessione antropologica occidentale. Tempi più reali ricerca lo storico, maggiormente calati nella vita e maggiormente significanti; tempi in cui — ci sia consentito il paradosso — *la cronologia e la consecuzione non hanno molto peso*, ma hanno peso certe radicazioni profonde nel loro nascere, progredire, morire ⁽⁷²⁾.

Più volte poi Grossi lo ribadirà, e con nettezza: « Io non ho mai creduto alla continuità nella storia » ⁽⁷³⁾.

Ma vi è ancora dell'altro se, e Grossi precocemente coglie il punto, lo storico del diritto è chiamato a 'comparare' tra loro, e

⁽⁷¹⁾ L'altra opera di sintesi è infatti GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit.

⁽⁷²⁾ GROSSI, *Strumenti interpretativi della esperienza giuridica medievale. Lezioni di Storia del Diritto*, cit., pp. 14-16.

⁽⁷³⁾ Vedi questa risposta in TIMOTEO, *Grammatiche del diritto. In dialogo con Paolo Grossi*, cit., p. 28.

proprio da giurista e tecnico del diritto, le esperienze giuridiche individuate.

Questa comparazione ‘differenziante’ emerge in tutta la sua capacità di scolpire le diverse radicazioni e i diversi paradigmi tecnico-giuridici, già in certe pagine degli anni '60.

Là troviamo Grossi intento a mettere a frutto la lettura dei testi innovatori — caratterizzati da un ripensamento rispetto alla dottrina tralatizia, grazie anche, in sottofondo, al pensiero ‘ordinante’ di Santi Romano — di Cesarini Sforza, Salvatore Romano, Emilio Betti, Filippo Vassalli, Giovanni Miele sul ‘diritto dei privati’ e sull’invadenza sempre più penetrante del diritto pubblico entro l’autonomia delle parti ⁽⁷⁴⁾, per poi, per il loro tramite, arrivare a formulare ‘il problema dei giuristi medievali con riferimento al valore della moneta e delle obbligazioni pecuniarie:

È però interessante per noi che questo ripensamento dottrinale si sviluppi in un tempo in cui la legislazione tende sempre più decisamente a violare l’ordinamento dell’autonomia privata. Di fronte a fenomeni singolari ed allarmanti [...] la dottrina, sensibilissima a queste invadenze e a queste ‘violenze’, ha sentito la necessità di una costruzione dogmatica più approfondita dell’autonomia privata. E diciamo subito che questa reazione dell’odierno nostro pensiero giuridico di fronte all’attività legislativa e amministrativa dello Stato è di particolare interesse anche per lo storico del diritto, e in modo speciale dello storico di quello che chiameremo diritto intermedio [...] Ci basti, all’inizio di queste premesse, dopo aver constatato — per usare un termine vichiano — il ricorso che nella storia del nostro pensiero giuridico si è verificato in questi ultimi anni, ci basti — dicevamo — chiarire come nel sistema del diritto comune sia costante la preoccupazione di creare al privato una sfera particolare in cui egli ha potestà di autodeterminazione; e la preoccupazione di difendere questa sfera contro ogni ingerenza estranea ⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. Widar CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati* (1929), a cura e con un saggio di Michele Spanò, Macerata, Quodlibet, 2022; Salvatore ROMANO, *Ordinamenti giuridici privati*, estratto da « Rivista trimestrale di diritto pubblico », 1955, 2-3, pp. 249-330.

⁽⁷⁵⁾ Paolo GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 2-3. D’ora in poi i corsivi non meramente tecnici sono nostri.

Se l'obbligazione pecuniaria è « sorta come strumento dell'autonomia privata », essa però « prospera ai margini dell'autonomia giuridica del privato *violando, in qualche maniera, il dominio dei poteri dello Stato*. Per cui veramente l'obbligazione pecuniaria, per loro come per noi moderni, è il punto di crisi di ogni ordinamento giuridico » (76).

Ma la loro risposta è tuttavia diversissima da quella dei moderni, anche perché i giuristi di diritto comune usavano senza timore i concetti di *aequitas* e *justitia*, come concetti pienamente tecnico-giuridici (77).

La cosa-moneta è allora per loro, 'onticamente' — parola probabilmente 'mutuata' dal lessico ermeneutico heideggeriano, che Grossi più tardi userà proprio a definire la specificità della concezione medievale del diritto (78) — un bene della comunità, una cosa 'comunitaria' (*res communitatis*) (79).

Di fronte a questa impostazione la *mutatio monetae* produce allora « una crisi nella linearità del *cursus obligationis* » e nel rapporto convenzionale di creazione privata, richiamando l'attenzione dei giuristi che vedono messa « a dura prova la validità delle loro teorie sulla inderogabilità della volontà privata »: « i privati in questo caso soffrono la lesione più dura per la propria autonomia: è un fatto imprevedibile, che li colpisce *provenendo in genere dall'autorità pubblica* » e un pericolo che minaccia « più violentemente e più sottilmente i loro principii »: « Ma, se avvertono il pericolo, non abbandonano tuttavia la loro linea »; i giuristi

non deflettono dai loro principii: l'obbligazione pecuniaria resta una *species* del *genus obligatio* e niente più; essa riceve una regolamentazione meramente privatistica nel diritto comune. *E questo è precisamente il contrario di quanto fa il nostro attuale legislatore. Il Codice del*

(76) Ivi, p. 4.

(77) Ivi, p. 139.

(78) Nell'analitica esistenziale del Martin Heidegger di *Essere e Tempo* (1927), ontico si riferisce agli enti nella loro concretezza e singolarità, quindi all'esistenza particolare dell'oggetto « in ciò che è per come è »; mentre ontologico ha attinenza ad ogni discorso che inerisce all'essere in sé, inteso come il tutto.

(79) GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, cit., pp. 195-196.

1942 infatti, trattando di ‘alcune specie di obbligazioni’, crea una serie di categorie, e queste sono le obbligazioni pecuniarie, le alternative, le solidali, le divisibili e indivisibili. [...] *Ebbene, il diritto comune non sente la necessità di costruire la obbligazione pecuniaria come genus a sé* [...]. Solo partendo dal concetto di moneta che abbiamo illustrato nelle premesse generali può legittimarsi un’impostazione come quella del Codice del 1942. *Non nel diritto comune* ⁽⁸⁰⁾.

Da questi passi — e dall’icasticità della contrapposizione diritto comune/Codice — si coglie dunque che non solo ci si libera della tirannia della cronologia, ma che non è più neppure ipotizzabile un percorso storico retto da una nozione di *progresso lineare ascendente* o di *evoluzionismo positivistico* degli istituti giuridici.

Niente più spazio, quindi, per una ‘storia dei dogmi’ piattamente schiacciata sul risultato finale (il nostro presente); ed anzi, che da quello debba prendere le mosse.

Non, quindi, una storia genealogica della sovranità o del negozio giuridico ‘prima’ dell’emersione della antropologia giuridica e delle strutture storiche che, sole, la rendono possibile. Già in questa fase il Moderno (caratterizzato da pubblicizzazione e codificazione) non può essere considerato un ‘progresso’ rispetto al Medioevo; ma è ‘altro’: e così « Pothier è il primo anello di una catena che giunge fino a noi [...] Egli è l’*homo novus* che prepara le basi per la codificazione definitiva. *Quindi non l’ultimo anello di una catena di pensatori risalenti alla Glossa, ma il primo degli uomini nuovi che lavorano per il futuro, rinnegando, quando sia necessario, il passato* » ⁽⁸¹⁾.

Questo recupero della libertà dello storico, anche nella *valutazione* delle diverse ‘maturità dei tempi’, come di nuovo osserveremo, è ancora a sua volta connesso all’utilizzazione dello schema dell’esperienza giuridica.

Come aveva infatti precocemente notato Enrico Opocher nella sua lucidissima voce enciclopedica — e Grossi gliene darà atto nel dialogo con lui ⁽⁸²⁾ — la nozione di esperienza giuridica non può essere

⁽⁸⁰⁾ Ivi, pp. 92-93.

⁽⁸¹⁾ Ivi, p. 10.

⁽⁸²⁾ Paolo GROSSI, *Enrico Opocher nella cultura giuridica del Novecento italiano* (2005), in ID., *Nobiltà del diritto*, cit., pp. 621-639, p. 634 e n. 33.

scissa, oltre che « dai fermenti culturali del tempo in cui venne formandosi » di carattere più strettamente filosofico (Scheler, la polemica irrazionalista del bergsonismo e pragmatismo), soprattutto dalla corrente « antiformalistica e, particolarmente, antikelseniana, dall'istituzionalismo, dalla consapevolezza della crisi dello Stato moderno e quindi del principio della statualità del diritto alla polemica contro il totalitarismo in difesa delle ragioni dell'individuo » (83).

Quindi 'esperienza giuridica' rimanda allo sforzo dei giuristi di abbracciare il 'pluralismo'; ed anzi « di esprimere in una nuova concezione del diritto tutti i fermenti antistatualistici che pervadono la scienza giuridica europea tra le due guerre mondiali », ovvero il periodo che sarà il punto di partenza del Novecento giuridico posmoderno (84): « Il deciso reinserimento del fenomeno giuridico nell'articolazione della vita sociale, oltre l'astratta sovrapposizione statualistica, e la prospettiva pluralistica che ne deriva, costituiscono, infatti, due fondamentali premesse della nuova nozione di esperienza giuridica » (85).

E così, anche sull'onda delle critiche che, in relazione alla affermata giuridicità dell'« ordinamento » della Chiesa, venivano rivolte dal suo maestro D'Avack allo statualismo giuridico (86), anche il Medioevo di Grossi non è sedotto dall'anticipazione del « mito dello stato », ed è quindi pienamente e vitalmente *pluralistico*; di conseguenza caratterizzato dall'« assenza di statualità » o, come formulerà più tardi, da un « diritto senza Stato » (87).

La comprensione, invece, del medioevo come 'blocco' temporale perturbante, perché estraneo alle 'formule-mito' della moder-

(83) Enrico OPOCHER, *Esperienza giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XV, Milano, Giuffrè, 1966, p. 736 e ss.; pp. 745-746.

(84) Paolo GROSSI, *Novecento giuridico, un secolo pos-moderno* (2011), ora in Id., *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012; Id., *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 2021.

(85) OPOCHER, *Esperienza giuridica*, cit., p. 744.

(86) Pietro Agostino D'AVACK, *Corso di diritto canonico, I. Introduzione sistematica al diritto della Chiesa*, Milano, Giuffrè, 1956, pp. 83-84.

(87) Paolo GROSSI, *Un diritto senza Stato (la nozione di autonomia come fondamento della costituzione medievale)* (1996), ora in Paolo Grossi, a cura di Guido Alpa, cit., pp. 66-82.

nità, e quindi del rapporto tra i tre regimi temporali (il medievale, il moderno e il post-moderno) e del suo reale significato, si rivela sostanzialmente interdetta se si rimane sul terreno di una fede ('moderna') nel progresso (e del ruolo indefettibilmente positivo dello Stato moderno a promuoverlo). Su quel piano l'ermeneutica grossiana avrebbe come costante quella « di svalutare ogni momento di statualità medievale » e realizzerebbe solo un'operazione di politica culturale: « Grossi non parla tanto del Medioevo come di un'epoca conclusa e ben definita da studiare nelle sue articolazioni, ma come di un modello da lui volutamente e programmaticamente contrapposto all'età moderna e contemporanea. Perciò, ad esempio, per poter meglio esaltare in contrapposizione alla negativa realtà odierna l'*alterità positiva* del Medioevo, egli deve svalutare ogni momento di statualità medievale ».

Una (mera?) operazione di politica culturale contrassegnata da una ulteriore 'demitizzazione' inaccettabile, quella della 'centralità' della legislazione: « individuata la triade della Modernità in borghesia, Stato e legge, si capisce che nel 'buon' Medioevo non c'è spazio non solo per la statualità, ma neppure per la legislazione ». Se siamo di fronte a un 'modello' (cioè a un ideale comunitario) che è « frapposto alla lettura della realtà storica », va da sé che la logica di 'lotta' del programma è inesorabile: « si capisce allora che è tempo di dire qualcosa dell'ultimo Male moderno contro cui bisogna lottare: la politica. Stato e Legislazione richiamano altri due Mali: il Potere e la Politica. La comunità invece vive miracolosamente al di fuori di queste dimensioni ». In una parola: « il discorso da medievistico tende a trasformarsi in una vigorosa azione culturale contro la Modernità e l'Individualismo, rei di avere infranto il solidarismo comunitario medievale e di aver consegnato la Storia alla dittatura della borghesia »⁽⁸⁸⁾.

In fondo il fraintendimento del problema storico ben concreto che il « Medioevo senza miti » di Grossi pone, ridotto a ideologia e modellistica astratta, sorge esso sì da una presa di posizione ideologica in favore del Moderno, interpretato — senza considerazione alcuna della connotazione antitotalitaria originaria di 'esperienza

(88) Così, con una schematizzazione sin troppo polemica nei toni, ma sintomatica del fraintendimento dei temi di Grossi, 'divolti' dalle loro radici, ASCHERI, *Un ordine giuridico medievale per la realtà odierna*, cit., pp. 967-971 (corsivo dell'autore).

giuridica' — come liberal-democratica 'fine della storia': « certo, da una prospettiva comunitaria può essere difficile apprezzare le differenze tra assolutismo politico e giuridico, tra democrazia politica e dittatura, tra liberalismo e totalitarismo, ecc. Eppure, nella Modernità ci sono questi 'distinguo' » (89).

Ma, prima di chiudere il cerchio, varrà la pena ricordare come già i nostri « Ultimi » erano in chiaro sul fatto che, « a rigore, un concetto classistico non può valere a definire una civiltà » e che, quindi, « il concetto di proletariato, come quello di borghesia, non è sufficiente a definire una civiltà degna dell'uomo », perché non appartiene « alla specie spirituale » (90).

E che, inoltre, la credenza che basti appellarsi ai « distinguo » e alla « democrazia » come valori definitivi per ottenere « i limiti reali del potere — e i tempi moderni sono caratterizzati dallo sforzo di limitare il potere », rischia di trasformarsi in una superstizione mitizzante, se non accompagnata da una riflessione critica ed operativa ulteriore proprio sul potere: « si ingannerebbe, però, colui il quale pensasse che con la democrazia il problema del potere e dei suoi limiti sia risolto. Basterebbe pensare al fatto che in un regime democratico il potere politico, unito al potere economico, può opprimere sostanzialmente i cittadini nella stessa maniera [...] di quel che avveniva in altri regimi » (91).

E allora, forse, le analisi su assolutismo giuridico borghese e sulla « singolare legalità dei medievali assai più simile alla legittimità che non all'ottusa legalità moderna » (92), andranno su quello sfondo collocate, e rilette quali contributi (di uno storico) proprio alla riflessione critica sul potere.

4. *Fine dell'epoca moderna: quale posmoderno?*

Abbiamo già fatto cenno che per cercare di collocare l'intrapresa storico-culturale di Grossi, e in particolare il significato della

(89) Ivi, p. 972.

(90) BALDUCCI, *Cristianesimo e Cristianità*, cit., pp. 144-145.

(91) Gian Paolo MEUCCI, *Unità permanente del potere politico nella molteplicità delle sue forme*, in « L'Ultima », 85-86-87, *Unità nella diversità*, cit., pp. 194-195.

(92) GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 181.

sua peculiare utilizzazione del termine « posmoderno » — il quale ci è apparso collocato all'interno di una concezione cristiana della 'riapertura' dei tempi ad esso connessa, piuttosto che alla versione 'debolista' e nichilistica più nota e corrente — ci saremmo avvalsi della 'omologia strutturale' degli sviluppi ultimi del pensiero di Felice Balbo, l'autore dell'*Uomo senza miti*.

Paolo Grossi infatti a più riprese — senza che questo debba essere erroneamente ricondotto alla costruzione intenzionale di un modello politico — ha espresso non in termini asettici, *ma valutativi*, il rapporto intercorrente sul piano del diritto tra medioevo ed età moderna, « due esperienze e due mentalità giuridiche diversissime, anzi opposte »: ecco che, dopo la comparazione tra il concetto di legge di Montaigne e di Bodin con l'*ordinatio rationis* (ordinamento della ragione, come Grossi stesso si incarica di tradurre) rivolto al bene comune di San Tommaso, emerge la figura sintomatica della '*discesa*' a definire il percorso moderno: « E la strada verso la futura codificazione generale del diritto universo si farà più marcata in una *discesa* inarrestabile » (93).

O ancora; pur se lo Stato sembri a noi, proprio perché moderni, « una presenza irrinunciabile », ecco che non lo è già più per il futuro (« protagonista — di ieri e ancora oggi, anche se non nei progetti per il futuro — »), e dunque resta « pur sempre un dato storico, cioè relativo, che, lungi dal precluderci di cogliere le varietà e le diversità del passato, deve, al contrario, fungere da cifra *per esaltare le scelte alternative* e le variazioni delle singole organizzazioni politiche, *per esempio di quella della civiltà medievale* » (94).

E, significativamente, di nuovo, nel 2013, nella prolusione al Max Planck di Francoforte, in occasione di un incontro sulla « Normatività europea — prospettive di storia globale », il tema della 'società di società' (come Portalis definiva l'antico regime) e del suo rapporto con la costruzione europea torna a farsi presente in modo peculiare; infatti Grossi sottolinea con chiarezza come dagli

(93) Paolo GROSSI, *Giustizia e diritto tra medioevo ed età moderna*, in « Filosofia politica », aprile 2001, 1, pp. 55-56.

(94) GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 43. Il passo è citato, anche se in ottiche diverse, da ASCHERI, *Un ordine giuridico medievale per la realtà odierna*, cit., p. 967.

anni Cinquanta del '900 l'Europa inizi il suo cammino verso la realizzazione, di « una indiscutibile unità e anche una indiscutibile tipicità », che a loro volta riecheggiano il « maturo medioevo, all'incirca fra i secoli XI e XIV »⁽⁹⁵⁾.

Ma paradossalmente, ma non poi troppo, l'aver Grossi, a nuovo millennio appena iniziato, accennato come 'messaggio' per la pos-modernità, all'esperienza giuridica medievale, con la sua giuridicità pre-statuale, non legislativa, fattuale, pluralista, aliena dalla « vieta favoletta della gerarchia delle fonti e del culto acritico della legge »⁽⁹⁶⁾ — insomma la sua 'provocazione' più di confine, più pos-moderna, quell'« oltre la legalità » non ancora ben metabolizzato da molti⁽⁹⁷⁾ — dà il destro ad autorevoli penalisti italiani per tematizzare la questione a simiglianza di « un nuovo Medioevo penale »⁽⁹⁸⁾.

In che termini dunque si può parlare, dopo la fine dell'epoca moderna, di un nuovo Medioevo (penale etc.) o di un nuovo medioevo giurisprudenziale come caratterizzante la nuova fase pos-moderna che si è aperta? E, soprattutto, che significato può assumere il parlarne?

Felice Balbo, all'inizio degli anni '60 si era trovato di fronte ad un problema simile, — relativo all'idea stessa di storicità, proprio in rapporto al Medioevo — quando dopo avere attraversato (sul piano filosofico) la fine dell'epoca moderna e il pensiero marxiano come sua ultima fase, ritenne necessario tornare a fare conti, in modo del tutto laico e lontanissimo dalla neoscolastica imperante negli ambienti cattolici, con la filosofia dell'essere aristotelico-tomista, nel suo ultimo saggio pubblicato in vita, le *Idee per una filosofia dello*

⁽⁹⁵⁾ Cfr. Paolo GROSSI, *Il messaggio giuridico dell'Europa e la sua vitalità: ieri, oggi, domani*, in « Contratto e impresa/Europa », XVIII (2013), 2, p. 681.

⁽⁹⁶⁾ Paolo GROSSI, *Unità giuridica europea: un medioevo prossimo futuro?*, in « Quaderni fiorentini », 31 (2002), *L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive*, pp. 39-57.

⁽⁹⁷⁾ Paolo GROSSI, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, Laterza, 2020.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. Massimo DONINI, *Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espressione del diritto penale economico*, in « Cassazione penale », XLIII (2003), 6, pp. 1808-1822, nonché Paolo GROSSI, *Il volto attuale dell'illecito penale (a proposito di un recente libro di Massimo Donini)*, in « Quaderni fiorentini », 35 (2006), pp. 1043-1057.

sviluppo umano (1964) che rappresentò, secondo uno dei principali teologi e cultori del tomismo del secolo scorso:

un'autentica scossa di rinnovamento nella palude della filosofia italiana, soprattutto cattolica. Era la prima volta che vedevo un laico, nutrito e formato nel pensiero moderno [...] entrare risoluto nel tomismo essenziale non per motivi apologetici o religiosi ma spinto dal suo vigore speculativo che egli riconosceva assolutamente originale e unico, nel dissolversi della Scolastica, per la salvezza dell'uomo moderno ⁽⁹⁹⁾.

Nell'approfondimento delle categorie di materia e forma, non si tratterà però di recuperare gli assetti sistematici specifici di quel pensiero, appunto 'medievale', ma ritrovarne l'identità; quindi non conoscere « l'essenza stessa del tomismo in tutte e singole le sue dottrine storicamente date, quanto filosofare secondo la sua forma ». Si tratta perciò di far incontrare quella 'forma' col percorso moderno, *consapevoli che le soluzioni moderne non sono più praticabili*: « Il problema diviene allora quello di riproporre in tutta la loro materiale ampiezza le problematiche e le domande moderne, ma non nei termini con cui sono state poste per evitare il rischio di ritrovare automaticamente le loro soluzioni » ⁽¹⁰⁰⁾.

Questo implica un lavoro sulla concezione della storia che apra lo spazio ad una concezione nuova dei suoi nessi.

Anche a me è capitato di non riuscire per molti anni ad arrendermi ad accettare che vi potesse essere qualcosa di insuperato in Aristotele o in Tommaso d'Aquino. E non mi sono arreso se non quando mi capitò di [...] riscoprire, attraverso un percorso faticoso, antieconomico e molto spesso incerto, non solo le nozioni 'chiave' della metafisica aristotelico-tomista, ma addirittura certi termini che, appunto, erano stati perfettamente espressi da Aristotele o da Tommaso d'Aquino [...] Provai a supporre e a pensare che si dava nella storia anche *la pura perdita* e, correlativamente, *l'acquisto per sempre*

⁽⁹⁹⁾ Cornelio FABRO, *Felice Balbo, Opere*, in « Humanitas », 1967, 5, p. 597 e ss. e cfr. GROTTI, *Saggio su Felice Balbo*, cit., p. 12.

⁽¹⁰⁰⁾ Vittorio POSSENTI, *Felice Balbo e la filosofia dell'essere*, in « Rivista di Filosofia Neo-Scolastica », 72 (aprile-giugno 1980), 2, pp. 290-317, 295.

[...] nel senso che certe in idee o forme o nozioni o istituti etici e sociali, ecc., si poteva raggiungere l'apogeo', qualcosa cioè al di là del quale l'uomo non sarebbe mai più andato, perché ciò che è perfetto è perfetto e ciò che è vero è vero. E che pertanto per andare veramente oltre si sarebbe sempre dovuto riprendere dai punti di apogeo, per continuarli, in qualche modo in quanto il superarli sarebbe stato illusorio. Naturalmente l'obiezione iniziale non si doveva dileguare senza lasciare tracce. Ossia rimaneva da ritrovare tutta la sua verità, anche dopo aver messo in crisi la sua assolutezza e il suo mito, e cioè il mito del 'superamento' (coincidenza tra tempo e valore) E mi è parso che la sua verità stesse in qualcosa di quasi lapalissiano, anche se di molto importante: e cioè che tutto ciò che è venuto dopo l'apogeo poteva essere andato oltre nel senso di aver scoperto altro, e altro essenziale per la vita dell'uomo, senza che ciò significasse oltre nel senso proprio del 'superamento', e che questo altro poteva rimanere fondamentale ed essenziale anche senza superare il primitivo apogeo e anche se, per avventura, si fosse dimostrato contraddittorio e quindi incompatibile, di per sé, con la primitiva verità raggiunta nell'apogeo ⁽¹⁰¹⁾.

Allora si tratterà non di un ritorno puro e semplice — o di un richiamo ad un modello che contiene già materialmente quello che ci serve per l'oggi:

V'è chi, come il giovane Panunzio, non ha esitazione a richiamare il *modello medievale* per legittimare la presenza tutta nuova dei sindacati, posizione macroscopicamente ingenua e antistorica che viene severamente respinta innanzi tutto da storici del diritto. Ma vi sono giuristi che, deposte senza un rimpianto le vecchie repulsioni, hanno un atteggiamento culturalmente provveduto e corretto che fa del

(101) Felice BALBO, *Essere e Progresso* (1962-1964), in ID., *Opere*, cit., pp. 655-656. Si ricordi che Paolo Grossi condivideva pienamente con Enrico Opocher la considerazione di una necessaria 'verità' del diritto: « quando la verità del diritto si oscura [...] il mondo storico perde la sua estrema guida obbiettiva e sprofonda nella crisi totale »; a causa del « 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 » (Enrico OPOCHER, *Il diritto senza verità*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, Cedam, 1950, vol. I, pp. 180-181, ripreso in GROSSI, *Enrico Opocher nella cultura giuridica del Novecento italiano*, cit., p. 630).

medioevo né una bottega da rigattiere né un paradiso di modelli, bensì un forziere di messaggi storici ⁽¹⁰²⁾.

Non dunque un ritorno puro e semplice, né, tantomeno, un ritorno indietro, « ma una ripresa, un reinizio, o meglio ancora, una attuazione nelle condizioni storicamente date dal mondo contemporaneo » ⁽¹⁰³⁾:

Con il termine ripresa voglio significare che il movimento stesso della storia confuta (e confuta catastroficamente) qualunque filosofia da san Tommaso in poi e nello stesso tempo non accetta e cioè si svolge fuori dei limiti storici e materiali della filosofia di san Tommaso. Si deve quindi riprendere da san Tommaso il discorso interrotto [...] *Ma non si 'torna' a san Tommaso, non si 'torna' al medioevo. Insomma, il mutamento materiale del tomismo deve essere totale [...] Rinnovamento materiale che può operarsi solo comprendendo integralmente il problema della storia, ossia il processo della società con tutte le sue implicazioni* ⁽¹⁰⁴⁾.

A livello dunque di retrostante interpretazione globale della storia — possiamo così sintetizzare con Vittorio Possenti ⁽¹⁰⁵⁾ —, si presentano tre schemi interpretativi possibili tra cui scegliere:

— lo schema storiografico « cattolico » secondo il quale si danno sia l'acquisto per sempre sia la perdita per sempre, in quanto, in tale secondo caso, il pensiero può arrivare a punti interrotti dai quali non è più possibile riprendere il cammino;

— lo schema idealistico e storicistico del superamento-inveramento, secondo cui il pensiero umano è un processo in salita e in crescita che ingloba e inverte nei grandi sistemi idealistici tutto il positivo del passato;

— lo schema, che in certo senso potremmo definire « plotiniano », secondo il quale la storia del pensiero muove verso una progressiva compromissione, una perdita e un depotenziamento di una verità iniziale;

⁽¹⁰²⁾ Così GROSSI, *Unità giuridica europea: un medioevo prossimo futuro?*, cit., p. 45.

⁽¹⁰³⁾ POSSENTI, *Felice Balbo e la filosofia dell'essere*, cit., p. 295.

⁽¹⁰⁴⁾ Felice BALBO, *La filosofia dopo Marx* (1949), in *Id.*, *Opere*, cit., pp. 250-299, 298.

⁽¹⁰⁵⁾ POSSENTI, *Felice Balbo e la filosofia dell'essere*, cit., p. 305.

Balbo sceglie — e, secondo la nostra ipotesi, Grossi con lui — senza riserve il primo. Non vi è, cioè, ripetizione storica ma attuazione: ripresa nel senso appena veduto.

Se il moderno è riuscito progressivamente — nel senso del paragone spesso fatto dal Grossi « dalle radici contadine » delle diverse esperienze giuridiche al crescere di piante da diversi semi, o del formarsi di un nuovo paesaggio — a far subire al mondo giuridico « l'imperioso distacco dal fluido magmatico della società », costringendolo a respingere « lungi da sé la ricchissima ma incontrollabile dimensione collettiva dominante nell'antico regime riducendosi e risolvendosi in uno scenario di entità individuali, lo Stato-persona con la sua carica di volizioni legislative, l'individuo borghese con la sua armatura di proprietà e di contratti »⁽¹⁰⁶⁾; se « non vi è dubbio che il 'moderno' si è costruito e strutturato come rifiuto del 'medievale' », così da essere « insomma, una sorta di zona vuota dove di medioevo meno si parla e meglio è »; una volta che non i problemi da esso posti, ma le soluzioni non si rivelano più appaganti, perché il loro tempo è finito, allora non si tratterà di costruire « analogizzazioni frettolose », ma di intendere anzitutto il messaggio profondo di quell'altro tempo, pur nella consapevolezza, appunto, che « il futuro resta totalmente da costruire »⁽¹⁰⁷⁾.

E ricordiamo che proprio negli anni '60 Grossi, sulla via di intendere quel messaggio profondo — che potremmo designare, paradossalmente, come quasi marxiano (certo non marxista, posto che neppure Marx si riteneva tale), pur se contro Marx, ovvero nell'appartenere il diritto, onticamente, alla *struttura* della società, essere involucro, « momento di emersione e di organizzazione sul piano di una determinata esperienza giuridica di precise forze ed esigenze nate ed affermatesi sul terreno economico-sociale », sino a che la *sovrastruttura* politica, divenuta classisticamente dominante nella modernità, non lo confischerà a suo pro, svuotandolo e formalizzandolo — aveva osservato che lo faceva « dopo aver constatato — *per usare un termine vicchiano* — *il ricorso che nella storia del nostro pensiero giuridico si è verificato in questi ultimi anni* ».

⁽¹⁰⁶⁾ GROSSI, *Giustizia e diritto tra medioevo ed età moderna*, cit., p. 53.

⁽¹⁰⁷⁾ GROSSI, *Unità giuridica europea: un medioevo prossimo futuro?*, cit., p. 47.

Insomma il *posmoderno* come la possibilità di *ripresa formale* (nel senso aristotelico-tomistico), tutta da riempire di nuovi contenuti, di quanto il ‘messaggio’ di allora aveva strutturato, seppure in modo diversissimo e irripetibile, perché « testimonianza di una vita interamente vissuta, espressasi e maturatasi in tutta la sua compiutezza, e perciò meritevole di essere raffrontata con quel moncone incompiuto di vita che noi stiamo vivendo nel nostro presente »⁽¹⁰⁸⁾: il diritto come *inventio*, che sgorga dal fatto, che si affida alla creazione giurisprudenziale e giudiziale piuttosto che alla legge astratta, che vede di nuovo i privati al centro dell’ordinamento, che coglie lo Stato capograssianamente (ma forse non solo sulla sua scorta) come « gigante scoronato », e per molti versi in via di ‘estinzione’; e si potrebbe continuare.

Si fa dunque questione di andare *oltre* la modernità — ma si ricordi l’*ultra* de « Gli Ultimi » — verso un diritto che realizzi veramente « lo sviluppo dell’uomo ». E allora si riconoscerà che quell’*oltre* è anche *ultramoderno*. Nel senso, cioè, che non elude le domande del moderno, ma cerca di dare risposte ultime, nel senso di un umanesimo ultimo, che è poi, come sappiamo, sinonimo di ‘integrale’.

E proprio uno dei testi recenti più controversi offre una risposta paradigmatica in questo senso. ‘Oltre la legalità’ significa cercare una declinazione nuova della legalità adatta alle circostanze storiche complesse che stiamo vivendo, che coinvolga non solo il legislatore, ma la stessa giurisprudenza, una legalità ‘globale’; da qui il richiamo alla sua sostituzione con *rule of law*:

Non sarebbe l’ora di togliere questo ingombro della ‘legalità’ per esperienze a cui tale principio non si addice? E cassare il termine dal lessico usuale, sì da non perpetuare possibili equivoci? Unione europea e globalizzazione sono realtà permeate da un arricchente pluralismo giuridico, dove giuristi teorici e pratici sono gli autentici *inventori*; sì arricchente, anche se non ci si deve nascondere il rischio di una dominanza tecnocratica. Perché complicare il quadro con la nozione stonata di ‘legalità’? Stonatissima in un ‘soft law’ globale, ma stonata anche per il diritto europeo in cui la fonte ‘legge’ ha un ruolo

(108) Ivi, p. 41.

ben inferiore a quello della dottrina e soprattutto della giurisprudenza pratica. Pigrizia di giuristi? Forza penetrante di vecchie mitologie giuridiche? Probabilmente! Ma, se è così, è più corretto parlare di 'Rule of Law', rendendolo in italiano con 'primato del diritto' ⁽¹⁰⁹⁾.

Così, possiamo dire, Grossi ha cercato di essere sino all'ultimo fedele a quel compito che allo storico Marc Bloch aveva affidato nell'ormai lontano 1937, affermando che « la storia è la scienza del cambiamento e, sotto molti riguardi, una scienza delle differenze » ⁽¹¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁹⁾ GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., pp. 35-36. Cfr. almeno *Rule of Law. L'ideale della legalità*, a cura di Giorgio Pino e Vittorio Villa, Bologna, il Mulino, 2016. Inoltre Massimo VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in « Quaderni fiorentini », 44 (2015), pp. 131-181 e Giuseppe ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna, il Mulino, 2022.

⁽¹¹⁰⁾ Marc BLOCH, *Che cosa chiedere alla storia?*, a cura di G. G. Merlo e F. Mores, Roma, Castelveccchi, 2014, p. 51 e ss.

L'officina dello storico I

Ripensare il medioevo

CLAUDIA STORTI

IL MEDIOEVO DEL DIRITTO DI PAOLO GROSSI:
UN LUNGO ITINERARIO TRA STORIA E ATTUALITÀ (*)

1. Ripensare Paolo Grossi nel suo tempo. — 2. Vivere in comunità. — 3. Il 'potere' della terra e dell'ambiente. — 4. Intermezzo 1968-1995: insoddisfazione, crisi, plagio, solitudine del giurista e dello storico del diritto. — 5. Ri-scoprire e ri-ordinare la storia giuridica del medioevo. — 6. Il giurista nell'ordine giuridico dello Stato di diritto costituzionale.

1. *Ripensare Paolo Grossi nel suo tempo.*

A soli ventiquattro anni nel 1957 Paolo Grossi rielabora i risultati della tesi di laurea in giurisprudenza e pubblica la sua prima monografia: poco più di centocinquanta pagine sulle abbazie benedettine nell'alto medioevo italiano densissime e costruite in maniera molto articolata per condurre il lettore attraverso un percorso complesso su una cospicua serie di fonti meditate dall'autore in piena autonomia, nonostante l'ampia e contrastata bibliografia italiana e straniera sul tema dal Seicento in poi ⁽¹⁾.

Secondo il sottotitolo e il programma, la ricerca era concentrata su *struttura giuridica, giurisdizione e amministrazione* tra VI e XIV secolo ⁽²⁾, ma la ricostruzione dell'organizzazione dei cenobi

(*) Ringrazio di tutto cuore l'amico Giovanni Cazzetta per l'invito a scrivere su Paolo Grossi storico del diritto medievale, invito che mi ha onorato e ho accettato, pur nella consapevolezza della mia inadeguatezza, per la gratitudine nei confronti di una persona non solo straordinaria sui tanti versanti della sua instancabile attività, ma che anche ha voluto e saputo essermi vicino — come lui sapeva fare con gli amici — in molti momenti difficili della vita.

(1) P. GROSSI, *Le abbazie benedettine nell'alto medioevo italiano. Struttura giuridica, amministrazione e giurisdizione*, Firenze, Le Monnier, 1957, pp. XXIV-XXVII.

(2) Passando per la crisi del X secolo e la fondazione delle abbazie cluniacensi, vallombrosane e camaldolesi (ivi, p. XIX e ss.).

supera ampiamente tali confini. L'immersione nella storia delle istituzioni non gli impedisce di affrontare aspetti di storia del diritto canonico e ecclesiastico, di storia della società e dell'economia.

Mi piace, innanzitutto, scorgere in questo studio sulle abbazie benedettine il nucleo di idee e motivi di fondo che avrebbero scandito l'itinerario originale e innovativo del pensiero di Paolo Grossi sul nostro medioevo secondo alcune linee guida concentrate intorno a tre punti specifici: gli aspetti giuridici e sociali del vivere in comunità 'autonome' fondate sulla coesione e cooperazione di tante diverse doti e potenzialità individuali; il potere condizionante dell'ambiente sulla vita della persona fino all'annullamento dell'individualismo; l'analisi del diritto e del fenomeno giuridico come prodotto di continua invenzione e adattamento di strumenti e tecniche alle esigenze e alle mentalità della società nel suo continuo divenire.

Tale nucleo rimase indelebile dopo aver retto negli anni alla ricerca di conferme, nella tensione a sottoporre ogni risultato a prova di resistenza e ad implementarlo attraverso un lavoro infaticabile attestato non solo da una molteplicità di scritti in chiave sincronica e diacronica su prospettive di ricerca differenti, ma convergenti ⁽³⁾, ma anche da inesauribili iniziative di dialogo all'interno della sua università e con colleghi italiani e stranieri esperti in tutte le discipline sociali nel tentativo di costruire una 'comunità' di pensiero ⁽⁴⁾.

A dare origine a quelle linee guida dovevano aver certamente contribuito le lezioni e gli scritti dei grandissimi maestri da lui rievocati in *Stile fiorentino* ⁽⁵⁾ e in studi succedutisi nel corso degli anni — penso, primi tra tutti, a Pietro Agostino D'Avack ⁽⁶⁾ suo relatore nella tesi di laurea e a Enrico Finzi, il giurista « sco-

⁽³⁾ Basti tenere presente i titoli dei volumi della rivista e della collana dei *Quaderni fiorentini*. Inutile dire che non sarà possibile rendere conto di tutte le pubblicazioni.

⁽⁴⁾ Cfr. ad esempio la sua *Premessa a 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 P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1986, pp. VII-VIII.

⁽⁵⁾ P. GROSSI, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana, 1859-1950*, Milano, Giuffrè, 1986.

⁽⁶⁾ Ivi, in part. pp. 124-127.

modo » (7) e « solitario » (8) —, ma anche una già articolata formazione culturale e una fervida curiosità intellettuale che gli consentirono di rielaborare quegli insegnamenti con l'autonomia di pensiero e con l'atteggiamento critico, in certi casi sfidante, che doveva aver caratterizzato la personalità di Paolo Grossi fin dalla giovinezza (9).

Mi piace vedere in trasparenza, sottese a tali linee guida della ricerca sul medioevo, alcune convinzioni profonde che informarono anche il suo stile di vita e il suo impegno nella società e nelle istituzioni a iniziare, naturalmente, dall'Università (10). In questa prospettiva, riprendendo un'espressione da lui utilizzata nella ricostruzione della storia intellettuale di François Géný (11), ho tentato di « ripensare » Paolo Grossi « nel suo tempo » e di provare a storicizzare alcune delle tappe del suo itinerario sul medioevo fino alla pubblicazione nel 1995 della prima edizione de *L'ordine giuridico medievale* (12). Procederò in ordine cronologico, scegliendo — spero in modo non troppo arbitrario — alcuni punti cospicui da lui

(7) Ivi, pp. 168-190, in part. p. 184.

(8) P. GROSSI, *Un giurista solitario: Enrico Finzi*, in ID., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 19-45; ID., *Enrico Finzi un innovatore solitario*, in E. FINZI, "L'officina delle cose". *Scritti minori*, a cura di P. Grossi, Milano, Giuffrè, 2013, pp. V-LXI; e cfr. anche C. FANTAPPIÈ, *Paolo Grossi interprete del diritto canonico (1958-2013)*, in P. GROSSI, *Scritti canonistici*, a cura di C. Fantappiè, Milano, Giuffrè, 2013, pp. VI-XLV, in part. p. XLI.

(9) Le matrici intellettuali e scientifiche dei suoi studi sono state ricostruite da studiosi e colleghi molto più esperti di me e mi limito a ricordare, salvo ulteriori riferimenti, i recentissimi scritti di G. CAZZETTA, *L'attrazione del reale. Storicità del diritto nel pensiero di Paolo Grossi*, in « Rivista di diritto agrario », 101 (2022), 3, pp. 418-441 e gli interventi nella *Cerimonia di intitolazione a Paolo Grossi del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno*, in particolare di P. CAPPELLINI, *Paolo Grossi: una dedica, una presenza*; S. SCIARRA, *Per Paolo Grossi*; P. COSTA, *Paolo Grossi: il sapere come istituzione, in Pluralismo giuridico. Itinerari contemporanei* (Firenze, 20-21 ottobre 2022), Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2023, pp. 289-292; 297-302; 303-312.

(10) E si veda in proposito COSTA, *Paolo Grossi*, cit., in part. p. 306.

(11) Le parole virgolettate sono di P. GROSSI, *Pagina introduttiva (Ripensare Géný)*, in « Quaderni fiorentini », 20 (1991), *François Géný e la scienza giuridica del Novecento*, pp. 1-51, poi in ID., *Nobiltà*, cit. (dal quale cito), pp. 217-267, in part. p. 218 e in ID., *Trent'anni di pagine introduttive. Quaderni fiorentini 1972-2001*, prefazione di P. Cappellini, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 105-156.

(12) P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, Laterza, 1995¹ (dal quale cito), 2006², 2017³, 2023⁴.

stesso segnalati con forza quali « punti » della « linea » della sua riflessione su diritto, società e istituzioni (13).

2. *Vivere in comunità.*

La sua prima monografia è incentrata sulla struttura giuridica e l'organizzazione di Montecassino e dei cenobi benedettini italiani. Ubicati in origine nei latifondi romani e fondati, in progresso di tempo, anche per iniziativa di sovrani longobardi e franchi in luoghi strategici e lungo le arterie di comunicazione del regno « per precisi scopi politici » (14), continuarono a crescere di numero per iniziativa dell'Impero, di vescovi e di privati.

Avendo come guida soltanto la regola di San Benedetto, queste comunità religiose costruirono da zero la propria organizzazione interna. Insediate in territori lontani dalle città, iniziarono anche a stabilire una rete, sempre più fitta, di rapporti con la società circostante costituita da individui e gruppi sociali dispersi che, nella crisi e nella caduta dell'Impero romano, erano stati abbandonati dalle istituzioni e avevano scarse possibilità di sopravvivenza: una società, insomma, che, a sua volta, doveva 'cominciare da zero'.

La creazione e la successiva continua rimodulazione della struttura e dell'organizzazione dei cenobi sia all'interno che verso l'esterno fu, dunque, condizionata dai caratteri sociali e ambientali dei luoghi del loro insediamento e avvenne in contrappunto con i mutamenti delle istituzioni centrali e periferiche laiche ed ecclesiastiche tra età longobarda, franca, impero e fino all'età dei comuni e delle monarchie nella quale si avviò la loro progressiva decadenza (15).

(13) L'espressione è tratta dal suo intervento sul tema della didattica e del contributo della storia nella formazione del giurista che travagliò lui e altri grandi esponenti della storia del diritto: P. GROSSI, *Il punto e la linea (l'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)*, in *L'insegnamento del diritto oggi*. Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova, Genova 4-6 maggio 1995, a cura di G. Rebuffa e G. Visintini, Milano Giuffrè, 1996, ora, con alcune modifiche in P. GROSSI, *Società diritto Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 3-12 (da cui cito).

(14) GROSSI, *Abbazie benedettine*, cit., p. XVII.

(15) Anche a causa della perdita dei patrimoni fondiari, la diminuzione delle entrate tra XIII e XIV secolo, l'esaurimento delle funzioni di prestito, le terre dei

Pur nella secolare continua ri-organizzazione delle abbazie e delle loro celle (16), tuttavia, rimane salda la struttura originaria di organismi religiosi, *societates* « isolate », chiuse e autonome (17) nonostante i frequenti rapporti tra l'una e l'altra (18), secondo i principii della regola che rimasero indelebili nei secoli su almeno due aspetti fondamentali (19): quello dell'« operosità » — nello studio e nella cultura, nonché nel lavoro della terra, prima autonomo poi con l'assunzione di abitanti dei luoghi circostanti — e quello della « pietà », dell'« elemento caritativo » che indusse gli ordinamenti cenobiali a svolgere « funzioni economiche e sociali » nei confronti delle comunità laiche. Basti pensare all'organizzazione degli ospizi per i pellegrini e per i poveri sulle principali vie di comunicazione e a quella delle celle nella loro funzione anche spirituale, ma soprattutto di centri patrimoniali e di organizzazione del lavoro delle campagne (20).

In considerazione di tali finalità di vita religiosa, di lavoro, di impegno sociale e assistenziale e, in prosieguo di tempo, anche politiche ed economiche (21) Paolo Grossi ricostruisce l'implementazione delle funzioni amministrative e giudiziarie — sul doppio fronte interno ed esterno — attraverso i continui adeguamenti alle esigenze della prassi e alla consolidazione 'nelle prassi' di consuetudini tracciabili attraverso le fonti superstiti (negozi privati, sentenze, politici...). Prassi e consuetudini sulle quali le legislazioni imperiale e pontificia riuscirono ad esercitare una scarsa incidenza (22).

Mi concentrerò soltanto su tre nodi che appaiono centrali anche nel successivo discorso di Paolo Grossi sul medioevo.

Il primo è costituito dal ruolo del singolo nella comunità.

L'uguaglianza dei *fratres* era fondata su una *mediocritas* co-

monasteri finirono per costituire « ghiotti bocconi » per l'ampliamento di patrimoni laici ed ecclesiastici (ivi, pp. 22-23, 53, 125).

(16) Ivi, p. 33 sul potere dei Pontefici di elevare un convento a badia o di ridurlo a cella ivi, pp. 71 e ss., 95 e ss., 114 e ss.

(17) Ivi, pp. 3-7 anche a proposito delle abbazie cosiddette 'protette'.

(18) Ivi, p. 4.

(19) Ivi, p. XX.

(20) Ivi, p. XVIII nonché ampiamente pp. 71-76.

(21) Fino alla fondazione di mercati nelle badie già dal sec. IX, ivi, p. 122.

(22) Ivi, p. 88.

sciente da intendersi nel senso di *simplicitas* e *humilitas* nel mettere al servizio della *societas* l'iniziativa e le doti individuali ⁽²³⁾. In altre parole, nonostante le comunità fossero formalmente sottoposte al potere « protettore » dell'abate — *pater*, secondo la regola di Benedetto — da loro stesse eletto ⁽²⁴⁾, tra i monaci residenti nella sede centrale del monastero non esistevano rapporti gerarchici né forme di controllo grazie a una struttura comunitaria fondata sul coordinamento e sulla valorizzazione delle competenze dei singoli ⁽²⁵⁾:

Si manifestano qui appunto quel particolarismo e quella divisione di funzioni che le badie benedettine attuano nel loro interno, per cui esse si presentano come entità complesse, in cui, ciascuna delle parti, organicamente perfetta e chiusa, benché soggetta al potere supremo e indiscutibile dell'abate, vive ed agisce senza interferenze e collusioni.

Il potere dell'abate era 'assoluto' all'interno e a lui i monaci dovevano obbedienza ⁽²⁶⁾, ma i titolari degli uffici più importanti dell'amministrazione abbaziale erano autonomi in base al principio della divisione delle funzioni ⁽²⁷⁾. Il suo potere era 'assoluto' soprattutto all'«esterno» nei confronti delle autorità temporali o ecclesiastiche che — salvo le eccezioni che senza dubbio si verificarono nella prassi dei secoli — non avrebbero potuto interferire nella sua elezione, ma dovevano rimettersi alla scelta del *consilium* dei monaci o della sua *sanior pars* e limitarsi a confermarla ⁽²⁸⁾.

Il secondo nodo consiste nella creazione di forme di ordinamento del tutto originali e nella continua difesa — tra vittorie e sconfitte ⁽²⁹⁾ — dell'autonomia o della *libertas* delle badie ⁽³⁰⁾. Dal

⁽²³⁾ Ivi, pp. 85-88, in part. p. 86.

⁽²⁴⁾ Ivi, pp. 5 e 9 e cfr. anche testo a p. seguente.

⁽²⁵⁾ Cfr. ad esempio, con riguardo a cellario, ufficio economico, vicario, organo politico e comunitario: ivi, p. 89.

⁽²⁶⁾ Ivi, pp. 6, 88.

⁽²⁷⁾ Ivi, pp. XVIII, 5-6, 88-100 e cfr. in part. pp. 88-89.

⁽²⁸⁾ Ivi, pp. 43-53 e 89.

⁽²⁹⁾ Soprattutto per i centri fondati da laici privati che inserivano tra le clausole di fondazione anche il divieto di intrattenere rapporti diretti e autonomi con i liberi ai fini di evitare alleanze delle abbazie con i nemici dei fondatori (ivi, pp. 34-37).

⁽³⁰⁾ Ivi, pp. 65-67.

nulla erano sorti centri culturali, amministrativi e patrimoniali che finirono per diventare cellule ‘politiche’ dell’impero franco-germanico con titolarità di funzioni anche giurisdizionali.

La difesa di tale autonomia fu strenua, innanzitutto, con riguardo all’elezione dell’abate ⁽³¹⁾ e senza esclusione di mezzi come appare anche dalla produzione di falsi documentari, soprattutto dopo la riforma cluniacense e per rivendicare la diretta dipendenza dall’Impero, sia contro i vescovi, sia contro i più alti poteri temporali e spirituali ⁽³²⁾. La *libertas* delle abbazie fu rivendicata sia nei confronti dei Pontefici — nonostante la loro prerogativa di *caput ecclesiae* — anche in conseguenza della diffusa diffidenza dei monasteri nei confronti del Papato ⁽³³⁾, sia nei confronti dei vescovi (qualora già le badie non fossero *exemptae* dal loro controllo) ⁽³⁴⁾, sia nei confronti dell’Impero, con graduazioni differenti a seconda che le badie fossero state fondate dall’Impero oppure poste sotto la sua protezione (*mundeburdio*) e, pertanto, ad esso legate da un vincolo di *fidelitas* ⁽³⁵⁾. Determinante per la difesa della libertà furono, tra IX e X secolo, proprio tali concessioni imperiali di immunità alle grandi abbazie: dal divieto per i funzionari di entrare nel convento e nelle sue dipendenze, si passò alla concessione del *districtus* ⁽³⁶⁾ e, infine della funzione giurisdizionale intorno al 1000 ⁽³⁷⁾. Da quest’ultimo punto di vista, quella dei cenobi finì per configurarsi come struttura « feudale » non canonistica, ma temporale anche se, in progresso di tempo e con precipuo riguardo ai rapporti con i *populi abbatiae* ⁽³⁸⁾, tese a differenziarsi a sua volta sempre più nettamente da quella delle istituzioni feudali laiche.

⁽³¹⁾ Ivi, p. 37 e p. 50.

⁽³²⁾ Ivi, p. XXII e p. 80 e ss. nonché ivi, pp. 56-57.

⁽³³⁾ Ivi, p. 54 e ss.

⁽³⁴⁾ Ivi, p. 54.

⁽³⁵⁾ Ivi, p. 34 e ss., nonché p. 59 e ss. in part. pp. 61-62.

⁽³⁶⁾ Ivi, p. 34 e ss.

⁽³⁷⁾ Ivi, pp. 22, 88-89 e cfr. in part. cap. XIX e pp. 129-140.

⁽³⁸⁾ Ivi, pp. XVIII e XIX e p. 71 e ss. Sono qui citati studi anteriori, tra i quali soprattutto quelli di MOCHI ONORY, *Studi sulle origini storiche dei diritti essenziali della persona*, Bologna, 1937, pp. 26 e 39 che aveva riconosciuto « un generale favore degli abati e del governo monastico verso l’elemento popolare » e di G. SALVIOLI, *Storia delle immunità e delle giustizie delle chiese in Italia*, in « Atti e Memorie della R. Deputazione di Storia Patria delle Province Modenesi e Parmensi », s. III, 5-6 (1888-89), II, p. 112.

Proprio questo porta al terzo nodo fondamentale concernente, sul versante esterno, il rapporto tra cenobi e società, tra monasteri e *populi* a iniziare dall'organizzazione del lavoro e della produzione ⁽³⁹⁾. Anche tali rapporti furono connotati da un generale « favore di libertà »: fin dai tempi più risalenti, per realizzare il dissodamento delle terre incolte e la coltivazione, furono adottati e perfezionati 'nuovi' contratti e patti (*convenientiae*) — dall'enfiteusi al livello parziario —, la cui struttura appare non solo destinata a attrarre lavoratori e, soprattutto, intere famiglie, ma anche e favorirne l'insediamento e la concentrazione in centri fortificati.

L'esercizio delle funzioni amministrative, normative, giurisdizionali e di polizia, calibrate nel tempo in corrispondenza con le caratteristiche di ogni comunità, favorì fin dall'XI secolo l'attitudine al riconoscimento ai *populi* residenti nelle rispettive terre di forme di « libertà nel seno dell'abbazia » ⁽⁴⁰⁾ — quantunque il *favor libertatis* ⁽⁴¹⁾ non escludesse l'obbligo di 'sudditanza' e di fedeltà alle abbazie e alle loro celle ⁽⁴²⁾ — e si manifestò nel non ostacolare l'organizzazione in *universitates* ⁽⁴³⁾ e nello stabilire forme di alleanza tra i cenobi e i loro *populi* in lotta contro i 'tiranni locali' ⁽⁴⁴⁾.

3. *Il 'potere' della terra e dell'ambiente.*

Nell'analisi a tutto tondo della storia delle abbazie benedettine Paolo Grossi aveva messo a fuoco diversi e del tutto originali modelli di ordinamento della società alto e basso medievale. A quei nuovi soggetti si doveva la sperimentazione nella vita associata di strumenti del diritto e di organizzazione istituzionale (« il diritto pubblico

⁽³⁹⁾ GROSSI, *Abbazie benedettine*, cit., pp. XVII-XVIII a proposito di Polirone sulle rive del Po.

⁽⁴⁰⁾ Ivi, pp. XVIII e XIX e p. 77 e ss.

⁽⁴¹⁾ Ivi, pp. 75, 79 e 80 e ss. Il ricorso (p. 79) al termine legalità, già utilizzato da Nicolini allora docente a Firenze, scompare dagli studi successivi di Paolo Grossi sul medioevo.

⁽⁴²⁾ Ivi, p. 75.

⁽⁴³⁾ Ivi, p. 20 e pp. 71-72 come avvenne a Montecassino ove i funzionari erano liberamente eletti (ivi, p. XIX).

⁽⁴⁴⁾ Ivi, p. 73; i consoli delle associazioni erano tuttavia nominati nel Duecento dagli abati (ivi, p. 75).

delle abbazie») ⁽⁴⁵⁾ intorno ai cardinali di un'autonomia e di un particolarismo fondati — almeno idealmente — sul dialogo e sulla collaborazione, che assorbiva la persona in comunità monastiche a loro volta proiettate in un ambiente sociale laico di *populi* nei territori di loro pertinenza i quali, nel disinteresse delle istituzioni centrali dei regni e dell'impero, erano prima sopravvissuti grazie alla protezione loro offerta e poi avevano goduto anche di forme di libertà organizzativa ⁽⁴⁶⁾.

Tra il 1958 e il 1966, gli studi di Paolo Grossi si alternano tra diritto canonico e *ius commune*. Dopo la riflessione nel 1958 sulle declinazioni di *unanimitas*, in un arco cronologico secolare, tra Chiesa primitiva, diritto germanico, regola benedettina e diritto canonico fino all'elaborazione canonistica del concetto di persona giuridica ⁽⁴⁷⁾, segue nel 1966 lo studio sulle *summae* penitenziali che Carlo Fantappiè ha considerato una premessa sia agli interessi per la storia del pensiero giuridico moderno, sia all'ordine giuridico medievale ⁽⁴⁸⁾. Si succedono, inoltre, tra 1960 e 1963 — e spero di ricordare almeno gli studi più importanti — due monografie sul diritto comune relative alle obbligazioni pecuniarie ⁽⁴⁹⁾ — la *locatio*

⁽⁴⁵⁾ Ivi, p. XIX.

⁽⁴⁶⁾ Come ben noto, ne *L'ordine giuridico*, cit., p. 59 Paolo Grossi ribadì queste caratteristiche del diritto altomedievale come formato nei « fatti » e « nello svincolo dall'abbraccio condizionante del politico ».

⁽⁴⁷⁾ Già dallo studio sulle *abbazie* (in part. p. 37) appariva che il principio maggioritario previsto dalla regola LXIV di san Benedetto era stato adottato dalle abbazie solo nel XIII sec. Sul tema tornò in *Unanimitas. Alle origini del concetto di persona giuridica nel diritto canonico*, in « Annali di Storia del diritto », II (1958), pp. 229-231, presentato nel 1958 al *Circolo toscano di diritto romano e storia del diritto* su sollecitazione di P. Frezza al quale lo legava una comunanza di ideali religiosi culturali politici sociali (P. GROSSI, *Una lettura degli 'Scritti' di Paolo Frezza*, in *Nobiltà*, cit., pp. 515-530); cfr. FANTAPPIÈ, *Paolo Grossi*, cit., p. XIII. *Unanimitas* fu ripubblicato con revisioni in GROSSI, *Scritti canonistici*, cit., pp. 7-114.

⁽⁴⁸⁾ P. GROSSI, *Somme penitenziali, diritto canonico, diritto comune*, in « Annali della Facoltà Giuridica. Università di Macerata », n.s. I, 1966, pp. 94-134 e in Id., *Scritti canonistici*, cit., pp. 115-154; cfr. FANTAPPIÈ, *Paolo Grossi*, cit., in part., pp. XXIII-XIV.

⁽⁴⁹⁾ P. GROSSI, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 2-3 e cfr. ampiamente CAZZETTA, *L'attrazione del reale*, cit., pp. 28-29.

ad longum tempus e i rapporti reali di godimento ⁽⁵⁰⁾ — nonché una relazione tenuta al Centro di Studi sull'Alto Medioevo nel 1965 su *Problematica strutturale dei contratti agrari* ⁽⁵¹⁾ e la prolusione per l'inaugurazione dell'anno accademico a Firenze su *naturalismo e formalismo nelle situazioni reali* ⁽⁵²⁾.

Fu proprio in questi scritti che Paolo Grossi riprese il tema dei contratti agrari nei quali, come appena ricordato, con riguardo all'organizzazione economica e sociale delle abbazie benedettine dalla fine del sec. VIII, aveva intravisto segnali di manifestazione di « favore di libertà » verso gli individui e i popoli che gravitavano nella loro orbita ⁽⁵³⁾. Solamente sfiorato nella prima ricerca, il tema centrale per comprendere l'essenza della società agraria medievale fu affrontato a tutto tondo nella prima parte del manuale *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale* pubblicato nel 1968.

Per l'ormai professore ordinario, l'attività didattica comportava in quegli anni anche la necessità di confrontarsi con le agitazioni studentesche, segnale forte dell'esplosione del conflitto tra società, potere e politica di tutto il mondo occidentale. Dal suo punto di vista, quel conflitto si manifestava nelle facoltà di giurisprudenza in un'« insoddisfazione » verso corsi di insegnamento e manuali didattici ancora « sclerotizzati » in un discorso « troppo spesso formale e formalistico » a causa della riduzione del diritto a « tecnica ». Un'« insoddisfazione » che il docente condivideva con i suoi studenti prima maceratesi, poi fiorentini che « nelle trame del dialogo

⁽⁵⁰⁾ P. GROSSI, *Locatio ad longum tempus. Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune*, Napoli, Morano, 1963 (Università di Macerata. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza), rist. 2014, Edizioni Scientifiche Italiane (Collana Università di Camerino, 63), e cfr. CAZZETTA, *L'attrazione del reale*, cit., p. 37.

⁽⁵¹⁾ Per invito di Francesco Calasso, come precisa GROSSI, *Il dominio e le cose*, cit., p. 3 e cfr. CAZZETTA, *L'attrazione del reale*, cit., p. 38 a proposito dei rilievi di Paolo Grossi sulla « concezione grezzamente naturalistica » tendente a fondere « il mondo, la mentalità, dei romani e dei germani ».

⁽⁵²⁾ P. GROSSI, *Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale delle situazioni reali*, in « Jus », 3-4 (1967), anche in Id., *Il dominio e le cose*, cit., pp. 21-56. Cfr., inoltre, GROSSI, *Società diritto Stato*, cit., p. XIX e diffusamente CAZZETTA, *L'attrazione del reale*, cit., pp. 42-44.

⁽⁵³⁾ GROSSI, *Abbazie benedettine*, cit., pp. 73-74.

didattico » gliela rappresentavano « con pronta acutezza e provvida intuizione » (54).

Paolo Grossi affrontò il problema proponendo ai suoi studenti una prospettiva, per così dire, di nicchia: « quella dei problemi del lavoro e della produzione, della ricchezza e della distribuzione, delle stratificazioni sociali nella loro molteplice interdipendenza », che nell'esperienza medievale si erano incentrati sul rapporto tra uomo e terra, tra uomo e beni (55). Un taglio specialistico, appunto, che avrebbe dovuto sollecitare negli studenti — e ci riuscì come ricorda uno di quei suoi studenti, Pietro Costa (56) — la convinzione che il diritto non può essere identificato soltanto con la legge. La storia giuridica — non riducibile a « erudizione » né a « ricerca erudita di continuità » nonostante l'indubitabile esistenza di « molteplici vincoli » tra le diverse epoche — avrebbe dovuto avviarli, innanzitutto, all'approfondimento dei fenomeni di emersione e attuazione tramite il diritto di istanze culturali, economiche e sociali.

Un ulteriore motivo per la scelta di questo tema consisteva nella possibilità di rendere evidente come, nei secoli della crisi, l'Impero romano fosse stato « un colosso dai piedi di cera » anche a causa dell'assenza di una classe di giuristi seriamente preparata (57). Una prospettiva che evidenziava come scopo precipuo della didattica e della formazione dei giovani futuri giuristi fosse quello di affinare la loro capacità di analisi (58) e di spronarli a coltivare il senso della loro funzione nella società e per la società (59).

Oggi, la funzione del giurista è infatti sempre meno esegesi di una lettera legislativa e verifica di un equilibrio assolutamente statico, ma sempre più interpretazione d'una coscienza sociale e percezione d'un equilibrio dinamicamente orientato.

(54) P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Padova, CEDAM, 1968, p. 6 e cfr. anche oltre, § 4.

(55) Ivi, p. 29.

(56) COSTA, *Paolo Grossi*, cit., p. 304.

(57) GROSSI, *Le situazioni reali*, cit., p. 30.

(58) Ivi, pp. VI-VII e pp. 3-4.

(59) Ivi, p. VIII e p. 139 e cfr. anche in proposito CAZZETTA, *L'attrazione del reale*, cit., pp. 44-45.

Giovanni Cazzetta ha scavato e fatto emergere le scelte culturali che fecero da sfondo alla ricerca di Paolo Grossi sui nodi del diritto agrario attraverso il filtro dell'esperienza giuridica e al suo testo rinvio ⁽⁶⁰⁾. Mi limito a soffermarmi sull'efficacia della rappresentazione della civiltà altomedioevale nell'età cosiddetta romano-barbarica compresa tra il periodo delle migrazioni e la fondazione dell'Impero carolingio. Con la fine dell'Impero romano, nell'Europa occidentale svaniscono « le due astrazioni di individuo e Stato come accentrimento di potere e manifestazione di unità » e con esse i cardini di ordine pubblico, sicurezza sociale, stabilità di commerci, certezza delle situazioni ⁽⁶¹⁾. Con la fine del monismo, che aveva assicurato allo Stato il controllo sul diritto, erano divenuti del tutto inattuati e inattuabili gli istituti giuridici romanistici ⁽⁶²⁾ in quanto fondati sulla volontà dell'individuo che proprio attraverso la proprietà e i diritti reali aveva affermato la sua libertà ⁽⁶³⁾.

Nel nuovo contesto pluralistico, il gruppo — *universitas* o associazione (parrocchia, vico, castello, città) — era divenuto vero e proprio ordinamento giuridico con funzione di mediazione fra individuo e entità 'politica', società intermedia ⁽⁶⁴⁾ e schermo di tutela per la persona ⁽⁶⁵⁾.

In assenza di norme generali vincolanti per la strutturazione di rapporti giuridici uniformi ⁽⁶⁶⁾

spetta alla situazione primordiale di mero fatto il compito e il ruolo di protagonista dell'ordinamento [...]. *L'ordine giuridico altomedievale* si comporta come una lastra fotografica altamente impressiona-

⁽⁶⁰⁾ CAZZETTA, *L'attrazione del reale*, cit., pp. 31-37, 40-41 con particolare riguardo al rapporto di studio di Paolo Grossi con Giuseppe Capograssi sul quale anche P. GROSSI, voce *Capograssi, Giuseppe* (*Sulmona, 21 marzo 1889 — Roma, 23 aprile 1956*), in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, a cura di I. Bircocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletto, Bologna, il Mulino, 2013, vol. I, pp. 428-430 e in Id., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, II, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 297-302.

⁽⁶¹⁾ GROSSI, *Le situazioni reali*, cit. p. 51 nonché pp. 58-60.

⁽⁶²⁾ Ivi, p. 65.

⁽⁶³⁾ Ivi, p. 58.

⁽⁶⁴⁾ Ivi, pp. 53 e 58.

⁽⁶⁵⁾ Ivi, p. 54.

⁽⁶⁶⁾ Ivi, p. 61 (il corsivo è di chi scrive).

bile, sulla quale l'immagine della realtà esterna si proietta in tutta la sua intensità, a rischio di renderla sfocata e formalmente vaga.

Seguendo un itinerario di pensiero che continuerà a perfezionare in ricerche successive, Paolo Grossi era giunto alla convinzione che nell'età romano-barbarica lo sviluppo di una « esperienza giuridica naturalistica e primitivistica » fosse stata conseguenza del « condizionamento dello spirito da parte della realtà fenomenica » (67)

una netta impostazione dei rapporti tra azione umana e realtà fenomenica, nel senso che in quella si afferma decisamente una preminenza della realtà fenomenica rispetto alle capacità creative della *voluntas hominis*. L'esperienza giuridica, in altre parole, ha soprattutto capacità recettizia a fronte del mondo esterno — sia esso economico, biologico, tecnico — ponendosi come realtà infrastrutturale rispetto a quel mondo. L'esperienza è insomma nella posizione esattamente contraria a quella che abbiamo delineato per il diritto classico, posizione cioè condizionata dai dati e non già condizionante questi.

Con la diffusione dei principii cristiani affermati dalla patristica e dal movimento culturale e religioso inaugurato dai cenobi benedettini, stava, inoltre, prevalendo, secondo il pensiero di Sant'Agostino, l'esigenza di costruire l'ordine giuridico e sociale in coerenza con « un ordine naturale che è scritto nelle cose, nell'obiettività della natura », e la considerazione di un'organizzazione economica non più « prodotto della volontà del soggetto » — come configurata dagli istituti del diritto romano — bensì adeguamento alle « esigenze [...] che esistono nelle stesse cose » (68).

Tra secolo IX e X, due altri fenomeni completarono il percorso del ribaltamento del rapporto tra uomo e terra: da un lato, la consuetudine della *curtis* (nelle varie declinazioni di *consuetudo fundi, usus loci* ecc.) come norma « costituzionale » e « superiore alla volontà degli uomini » che prescriveva anche limiti alla volontà e

(67) Ivi, pp. 62 (« Ogni società primitiva non può non essere primitivisticamente impostata ». I riferimenti sono ovviamente a Lévy-Bruhl), 42-43, 90 e ss.

(68) Ivi, pp. 64-65.

all'arbitrio del signore ⁽⁶⁹⁾; dall'altro, con la progressiva estensione del sistema immunitario sia dal punto di vista territoriale sia sostanziale, i diritti regali (*honores, bannum, districtus* fino a *iurisdictio*) non erano più attribuiti alla persona del *dominus* (pubblico o privato) per l'esercizio delle sue funzioni, ma inerenti alla terra di *curtes, castra, vici*, fino al punto che « l'attrazione del reale domina totalmente all'interno dell'ordinamento, condizionandolo anche nelle sue implicazioni politiche » ⁽⁷⁰⁾ e gli uomini residenti in territori immunitari acquistano margini di 'liberta' ⁽⁷¹⁾.

Un ultimo aspetto fondamentale è naturalmente quello relativo ai contratti agrari e riguarda l'analisi della creazione (anzi « proliferazione ») di nuovi istituti giuridici di natura reale che non avevano più nulla in comune con quelli del diritto romano. Adattando alle categorie giuridiche lo schema sociologico della « partecipazione » come coniata da Lévy-Bruhl ⁽⁷²⁾, Paolo Grossi giungeva alla conclusione che nell'alto medioevo « ogni rapporto immediato con la cosa purché non effimero crea partecipazione » a iniziare da quello fondamentale costituito dal *lavoro* ⁽⁷³⁾ e che proprio il « vincolo partecipativo » — giuridicamente irrilevante nel diritto romano — nella nuova esperienza delle situazioni reali aveva acquistato un'efficacia regolatrice di natura giuridica: « l'esercizio prolungato del godimento economico del fondo insinua il concetto della normatività di quell'esercizio » ⁽⁷⁴⁾.

La recezione nel diritto dei caratteri dell'esperienza si manifestò appieno anche nella fondazione della cultura giuridica che dalla fine dell'XI secolo aveva iniziato ad affiancare e poi finì per superare quella di giudici e notai di coloro, cioè, che nel loro « balbettio giuridico » ⁽⁷⁵⁾ erano stati gli unici baluardi del diritto nella società naturalistica altomedioevale e ne avevano tenuta viva la funzione di

⁽⁶⁹⁾ Ivi, pp. 71-74, nonché pp. 67-69 anche per i riferimenti bibliografici.

⁽⁷⁰⁾ Ivi, pp. 77-79 anche per i riferimenti bibliografici.

⁽⁷¹⁾ Ivi, pp. 80-85 anche per i riferimenti bibliografici.

⁽⁷²⁾ Ivi, pp. 92-94.

⁽⁷³⁾ Ivi, p. 95 e ss. la frase citata è a p. 95.

⁽⁷⁴⁾ GROSSI, *Le situazioni reali*, cit., p. 98 e ss. la frase citata è a p. 97.

⁽⁷⁵⁾ Ivi, p. 46 e ss.

dare un seppur minimo ordine a una società sparsa e scoordinata ⁽⁷⁶⁾.

Nel momento in cui la dottrina dei *doctores* fu chiamata a pronunciarsi su questioni teoriche e casi specifici relativi alle situazioni reali ancora connotate dalle caratteristiche essenziali dei secoli più risalenti nei quali avevano messo radici con « la prassi dell'età romano-barbarica diventa subcoscienza del giurista della Rinascenza giuridica ».

Nelle pagine dedicate al rinascimento giuridico ⁽⁷⁷⁾, Paolo Grossi traccia alcune delle linee della riflessione generale sulla funzione del giurista che troveranno ulteriori approfondimenti nell'*ordine giuridico medievale*. Tra XI e XII secolo i caratteri dell'esperienza mutarono per l'affacciarsi e il progressivo consolidarsi di tre « forze » nuove — « città, scuola e traffico mercantile » — che incisero profondamente sulla stessa esperienza giuridica orientandola alla diffusione della cultura del diritto e alla valorizzazione dell'« autonomia delle coscienze » ⁽⁷⁸⁾.

Il ruolo 'ordinante' della dottrina giuridica rappresentata da docenti universitari e allievi, giudici, avvocati, notai, titolari di incarichi pubblici fu riconosciuta anche dal potere politico in funzione, per così dire, « costituzionale » ⁽⁷⁹⁾. La dottrina finì per assurgere al ruolo di fonte del diritto con la sua opera di « costruzione logica e pratica » — nella creazione e nell'invenzione come Paolo Grossi dirà successivamente — di un ordinamento « coerente con l'esperienza viva » e impostato con strumenti giuridici del tutto nuovi, non romani, né canonici ⁽⁸⁰⁾.

Nell'elaborazione della *scientia* giuridica medievale il diritto romano non fu applicato tramite procedimenti di natura esegetica in quanto inapplicabile a situazioni reali che l'esperienza altomedievale aveva configurato in maniera del tutto differente. La dottrina fece ricorso al diritto romano esclusivamente per la sua struttura logica e

⁽⁷⁶⁾ Come osserverà anche in GROSSI, *Società diritto Stato*, cit., p. XX.

⁽⁷⁷⁾ GROSSI, *Le situazioni reali*, cit., p. 131 e ss.

⁽⁷⁸⁾ Ivi, pp. 135-136.

⁽⁷⁹⁾ Ivi, pp. 136-137.

⁽⁸⁰⁾ GROSSI, *Le situazioni reali*, cit., pp. 138-139.

concettuale, nella misura in cui era utile per modellare gli istituti giuridici secondo i valori nei quali credeva la nuova società ⁽⁸¹⁾.

Nel corso del 1968 la figura dell'esperienza era emersa a tutto tondo e insieme con questa si era profilata con nettezza, seppure con precipuo riguardo alle situazioni reali, l'idea della funzione della scienza giuridica nella costruzione di un nuovo ordine.

Dieci anni più tardi, *un altro modo di possedere* — sul quale ritornò nel 1992 e nel 2006 ⁽⁸²⁾ — rappresentò per Paolo Grossi « un'avventura intellettuale » in un mondo « primitivo e remoto » tra modelli giuridici molto distanti da quello medievale e moderno italiano ed europeo, ma che ad essi si affiancavano ⁽⁸³⁾. Questo studio era frutto di un approfondimento dei metodi e dei risultati delle scienze cosiddette sociali, a iniziare dall'antropologia, e contribuì probabilmente a dare nuove sollecitazioni al suo inesauribile desiderio di conoscenza e di dialogo che lo indusse a organizzare nel 1985, l'incontro di studio particolarmente 'vivace' e dibattuto su *Storia sociale e dimensione giuridica* ⁽⁸⁴⁾. Come ebbe a scrivere successivamente era stato mosso dal desiderio di scrollare la « diffidenza programmatica verso il giuridico » degli studiosi di scienze sociali, che, oltre a diffidare del diritto in generale, non ammettevano nel loro 'circolo' gli storici del diritto, né, almeno i più, condividevano i risultati della ricerca storico-giuridica ⁽⁸⁵⁾. Fu questo un tentativo ulteriore di superare l'isolamento degli storici del diritto dal circuito della riflessione scientifica che Paolo Grossi aveva iniziato da tempo ad affrontare con riguardo ai giuristi.

4. *Intermezzo 1968-1995: insoddisfazione, crisi, plagio, solitudine del giurista e dello storico del diritto.*

Nel frattempo, infatti, la fondazione del *Centro per la storia del pensiero giuridico* — cresciuto negli anni secondo lo spirito di una

⁽⁸¹⁾ Ivi, pp. 141-143.

⁽⁸²⁾ GROSSI, *Società diritto Stato*, cit., p. X.

⁽⁸³⁾ GROSSI, *Il dominio e le cose*, cit., p. 6.

⁽⁸⁴⁾ *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro. Atti dell'incontro di studio 26-27 aprile 1985*, a cura di P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1986.

⁽⁸⁵⁾ GROSSI, *Il punto e la linea*, cit., p. 10.

vera e propria ‘comunità’ e di una ‘Scuola’ ⁽⁸⁶⁾ — era avvenuta nel segno del colloquio *tra* (e non con) i giuristi per rivendicare la piena giuridicità della storia e togliere lo storico del diritto dal suo isolamento ⁽⁸⁷⁾. Paolo Grossi pubblicò nel primo numero dei *Quaderni fiorentini* incentrati sul *pensiero giuridico moderno* un articolo sulla concezione medievale della proprietà, per così dire ‘provocatorio’ dal punto di vista cronologico. Quantunque potesse a prima vista apparire come un ritorno agli studi iniziali sugli ordini monastici (non più quello benedettino, ma quello francescano di sette secoli dopo), Paolo Grossi coglieva proprio nella regola francescana l’« inaugurazione dell’età nuova » caratterizzata da una diversa concezione del rapporto con la terra, della proprietà e della povertà e l’inizio di un percorso — lo riaffermò vent’anni più tardi ⁽⁸⁸⁾ — che avrebbe offerto « un contributo non minimo » alla « comprensione del presente giuridico » ⁽⁸⁹⁾.

Il « presente giuridico », appunto, che egli continuava a considerare del tutto insoddisfacente non più soltanto con riguardo all’ordinamento e all’insegnamento nelle facoltà di giurisprudenza — una riforma era attesa ma ancora lontana ⁽⁹⁰⁾ mentre l’esperienza iniziata nel 1979 come membro nel Consiglio Universitario Nazio-

⁽⁸⁶⁾ COSTA, *Paolo Grossi*, cit., pp. 305-307.

⁽⁸⁷⁾ La precisazione era riferita a Calasso che aveva parlato appunto di colloquio *con* i giuristi. Sulla fondazione del Centro cfr. anche *Storia e diritto. Esperienze a confronto. Atti dell’incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei Quaderni Fiorentini*. Firenze, 18-19 ottobre 2012, a cura di B. Sordi, Milano, Giuffrè, 2013, e ora COSTA, *Paolo Grossi*, cit., pp. 311-312.

⁽⁸⁸⁾ GROSSI, *Il dominio e le cose*, cit., p. 5: questo studio aveva contribuito « a puntualizzare l’inizio di un segno di rottura nella vecchia antropologia che avrebbe avuto bisogno ancora di parecchi secoli per diventare giuridica ma che si affermava intanto fra Dugento e Trecento in una nuova visione teologica-filosofica del rapporto tra uomo e cosmo tra uomo e cose »; sul Trecento come epoca di « scompiglio profondo » anche ID., *L’Europa del diritto*, Bari, Laterza, 2007, pp. 67-72, 83 e ss.

⁽⁸⁹⁾ P. GROSSI, *Usus facti. La nozione di proprietà nell’inaugurazione dell’età nuova*, in « Quaderni fiorentini », 1 (1972), pp. 287-355 in part. p. 290 e in ID., *Il dominio e le cose*, cit., pp. 123-149. In tale prospettiva rientrò anche il convegno sulla *Seconda scolastica* i cui atti furono raccolti nel primo dei volumi della *Biblioteca per la storia del pensiero giuridico*.

⁽⁹⁰⁾ Sulla riforma del piano di studi avvenuta soltanto nel 1994 cfr. P. GROSSI, *Pagina introduttiva*, in « Quaderni fiorentini », 24 (1995) e in ID., *Trent’anni*, cit., pp. 179-186; nonché ID., *Pagina introduttiva (con una ‘lettera aperta’ al Ministro Berlinguer*

nale ⁽⁹¹⁾ aveva rafforzato il disagio già manifestato nel manuale sulle situazioni reali — ma anche con riguardo alle generali esigenze della società italiana e ai suoi problemi.

In assenza dell'attuazione di una legalità costituzionalmente orientata e fondata ⁽⁹²⁾, non si attenuavano gli strascichi della concezione di legalità del fascismo, un potere che con « la legge aveva giustificato l'abominio » ⁽⁹³⁾ e aveva relegato la dottrina alla funzione di mera « esegesi della legge » ⁽⁹⁴⁾.

Nel 1986, rievocando la figura di Giorgio La Pira, la sua passione civile e il suo sostegno, nell'ambiente culturale fiorentino, al ruolo della scienza giuridica ⁽⁹⁵⁾, egli aveva espresso con forza la delusione delle grandi speranze del dopoguerra e l'insoddisfazione verso un potere politico ⁽⁹⁶⁾ dalla « faccia pilatesca » ⁽⁹⁷⁾.

Ripropose tali riflessioni due anni più tardi. Accentuando la critica all'incapacità « ordinante » del legislatore soprattutto su « temi vitali e improcrastinabili » per la società ⁽⁹⁸⁾ aggravata

sulla autonomia universitaria), in « Quaderni fiorentini », 25 (1996), e in Id., *Trent'anni*, cit., pp. 189-196.

⁽⁹¹⁾ GROSSI, *Il dominio e le cose*, cit., pp. 6-7.

⁽⁹²⁾ Paolo Grossi non era il solo a lamentare l'inattuazione della Costituzione, basti pensare tra gli anni Sessanta e Settanta alle rivendicazioni di una parte della magistratura — ad esempio in occasione del Convegno di Gardone — per l'attuazione del principio costituzionale di indipendenza.

⁽⁹³⁾ GROSSI, *Stile fiorentino*, cit., ad es. pp. 95-98; Id., *Lungo l'itinerario di Piero Calamandrei*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 63 (2009) e in Id., *Nobiltà del diritto*, II, cit. (dal quale cito), pp. 33-54, in part. pp. 39-40.

⁽⁹⁴⁾ Come già denunciato nel 1968 (GROSSI, *Le situazioni reali*, cit., pp. 138-139).

⁽⁹⁵⁾ GROSSI, *Stile fiorentino*, cit., pp. 99-108; poi in Id., *Il giurista Giorgio La Pira*, in *Nobiltà del diritto*, cit., pp. 47-67 (dal quale cito), nonché Id., *Il Professore e 'via Laura' (Giorgio La Pira e la Facoltà giuridica fiorentina)*, in *Nobiltà del diritto*, cit., pp. 69-79.

⁽⁹⁶⁾ GROSSI, *Il Professore e 'via Laura'*, cit., pp. 70-73: « la decadenza più interiore della stessa funzione normativa statale, che non ha più la forza di tradurre la disciplina in forme razionali di responsabilità ».

⁽⁹⁷⁾ Ivi, p. 78.

⁽⁹⁸⁾ P. GROSSI, *Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli 'atti' di un convegno milanese, e alla ricerca di segni)*, in « Quaderni fiorentini », 17 (1988), e in Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 13-31 (dal quale cito), in part. pp. 16, 21 e 24.

dall'« elefantiasi del fenomeno legislativo », richiamò la 'comunità' dei giuristi (il « ceto dei giuristi ») a riformare e rinnovare la loro coscienza « plagiata », a farsi carico di questi problemi e a far sentire la loro voce in maniera efficace e sensibile per la soluzione delle tante concrete e vivissime questioni culturali, economiche e sociali irrisolte. In altre parole, con un'affermazione per così dire sfidante e provocatoria, essi avrebbero dovuto trovare la forza e il modo per divenire protagonisti fino a concorrere all'inaugurazione « di un sistema delle fonti più complesso e meno semplicistico di quello presentato dalla 'mitologia giuridica' » ⁽⁹⁹⁾.

All'inizio degli anni '90, egli proseguì la sua critica allo Stato che, nella persistente inattuazione della Costituzione, agiva come « un burattinaio che vuol manovrare da solo tutti i fili del sociale » ⁽¹⁰⁰⁾

una monade che trova in sé le ragioni della propria esistenza, della propria indipendenza, della propria capacità e legittimazione a dominare la società operante nella sua sfera territoriale

e produceva leggi che erano ⁽¹⁰¹⁾

espressione di interessi particolari spesso all'insegna della più crassa incultura giuridica con in più il frequente tocco ineffabile dell'ignoranza delle più elementari regole della lingua italiana.

All'intangibilità dell'art. 12 delle preleggi dopo « cinquanta anni di esistenza di una democrazia parlamentare » ⁽¹⁰²⁾, si aggiungeva la resistenza di fronte al 'diritto vivente' della giurisprudenza

⁽⁹⁹⁾ GROSSI, *Epicedio*, cit., pp. 22-23.

⁽¹⁰⁰⁾ Sul quale P. GROSSI, *Un diritto senza Stato (la nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)*, in « Quaderni fiorentini », 25 (1996), pp. 270-271 e ss.

⁽¹⁰¹⁾ P. GROSSI, *Pagina introduttiva (ossia delle miserie del legislatore italiano)*, in « Quaderni fiorentini », 26 (1997), pp. 1-6 anche in ID., *Società diritto Stato*, cit. (dal quale cito), pp. 313-318 in part. p. 315 e in GROSSI, *Trent'anni*, cit., pp. 199-204.

⁽¹⁰²⁾ GROSSI, *Un diritto senza Stato*, cit., p. 273 e note 14 e 15 sulla discussione a Pisa del 1940 nonché pp. 274-276.

della Corte costituzionale ⁽¹⁰³⁾. Spettava ai giuristi munirsi sul piano delle fonti di « un occhio più disincantato » e alla Corte costituzionale, quale « giudice collegiale dal forte contrassegno scientifico, rendere finalmente concreto il pluralismo giuridico che la costituzione propone » ⁽¹⁰⁴⁾. Solo nel 1997 poté esprimere ottimismo verso l'azione della Corte costituzionale che aveva intrapreso la strada dell'attuazione del pluralismo quantunque, purtroppo, non ancora con riguardo all'autonomia dell'Università quale « intiera e unitaria organizzazione universitaria della cultura » ⁽¹⁰⁵⁾.

La timidezza di molti giuristi nei confronti della politica, della sua concezione del potere e dell'uso della legge riguardava anche una parte degli storici del diritto che avrebbero dovuto scrollarsi di dosso le categorie del presente, esercitando quella « libertà » che era loro prerogativa e affrontare la ricerca con 'occhiali' adeguati ⁽¹⁰⁶⁾: lo storico non poteva limitarsi a fare il « contabile dei dati offerti dal passato » ⁽¹⁰⁷⁾.

5. *Ri-scoprire e ri-ordinare la storia giuridica del medioevo.*

Paolo Grossi pubblica l'*Ordine giuridico medievale* quarant'anni dopo *le abbazie benedettine* e trenta dopo *le situazioni reali*, con l'intermezzo tra il 1968 e il 1989 di tante ricerche su specifici aspetti del rapporto uomo cosa nel medioevo confluite nel 1992 nella prima parte del volume *Il dominio e le cose* ⁽¹⁰⁸⁾. Dopo le numerose 'verifiche' su tanti fronti della storia medievale era ormai convinto della saldezza del « filo conduttore » tracciato tra « situazioni » e « diritti reali » fino all'invenzione del « dominio utile » e

⁽¹⁰³⁾ Ivi, p. 276 nt. 18; cfr. inoltre *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 P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1997.

⁽¹⁰⁴⁾ GROSSI, *Pagina introduttiva (ossia delle miserie del legislatore italiano)*, cit., in part. pp. 316-317, nonché ID., *Pagina introduttiva (con una 'lettera aperta' al Ministro Berlinguer)*, cit., in part. p. 196.

⁽¹⁰⁵⁾ GROSSI, *Pagina introduttiva (ossia delle miserie del legislatore italiano)*, cit., in part. pp. 317-318.

⁽¹⁰⁶⁾ GROSSI, *Il punto e la linea*, cit., pp. 3-8.

⁽¹⁰⁷⁾ GROSSI, *Un diritto senza Stato*, cit., pp. 267-268.

⁽¹⁰⁸⁾ GROSSI, *Il dominio e le cose*, cit., in part. pp. 5-9.

della possibilità di continuare a seguirlo per spiegare la cesura tra medievale e moderno con riguardo, nello specifico, alla concezione moderna della proprietà ⁽¹⁰⁹⁾.

Già nelle note introduttive al *dominio e le cose* — e seppure sotto il profilo eminente del rapporto uomo/cosa — si stagliano come punti cospicui le idee che definiscono il perimetro della successiva monografia sulla storia del diritto medievale: ordine giuridico e *percezione* o esperienza giuridica; distinzione tra un medioevo nel quale « tutto si costruisce dal basso in aderenza alle cose e condizionando a queste l'intera costruzione » e modernità « dove tutto si costruisce sul soggetto e sulla sua volontà »; infine, unità dell'epoca medievale nel « nesso-indissolubile » tra i secoli IV-XI di gestazione e fondazione 'fattuale' di valori metagiuridici da parte di « generazioni di rozzi fabbri altomedievali » ⁽¹¹⁰⁾ e i secoli XI-XV di costruzione di un « compiuto sistema giuridico-sapienziale » da parte dei dottori del diritto comune ⁽¹¹¹⁾ sulla base di una « mentalità » divenuta patrimonio comune ⁽¹¹²⁾.

Non solo. Con l'accentuazione della dimensione antropologica del diritto ⁽¹¹³⁾, Paolo Grossi rinnova la sua insoddisfazione per il lavoro degli storici del diritto richiamandoli a vestire l'*habitus*, che avrebbe dovuto loro essere connaturato: quello di « pensare giuridicamente » immedesimandosi nei contesti sociali, politici, culturali ed economici che avevano condizionato i giuristi di ciascuna epoca « per poi vederli in chiave strumentale e sollevarsi al di sopra », ossia per osservarli e comprenderli nella loro effettiva « esperienza giuri-

⁽¹⁰⁹⁾ Ivi, p. 10: una modernità i cui « germi » risalenti appunto ai secc. XIII-XIV erano stati seminati da teologi con il disegnare una nuova antropologia che finirà per ribaltare « il vecchio rapporto uomo-cose capovolgendolo », ivi, p. 15 e cfr. anche sopra testo corrispondente a nt. 90.

⁽¹¹⁰⁾ GROSSI, *L'ordine giuridico*, cit., p. 29: « nel tentativo di evitare il rischio di una troppo marcata separazione qualitativa tra i due momenti prima o dopo l'XI secolo; il rischio cioè di una valutazione che, leggendo la storia giuridica con occhi troppo intellettualistici, rélegghi inevitabilmente, implicitamente l'età precedente nel luogo comune dei secoli oscuri ». Un rischio che egli già aveva avvertito nel manuale sulle situazioni reali.

⁽¹¹¹⁾ GROSSI, *Il dominio e le cose*, cit., p. 4.

⁽¹¹²⁾ Ivi, pp. 4-5.

⁽¹¹³⁾ Ivi, pp. 13-14.

dica » ⁽¹¹⁴⁾ o, come preciserà, « nel clima generale d'una certa civiltà storica » impregnata di « forze [...] materiali e spirituali » ⁽¹¹⁵⁾.

L'epoca medievale era stata connotata da sostanziale discontinuità sia rispetto a quella classica sia rispetto a quella moderna ⁽¹¹⁶⁾: compito dello storico del diritto era di liberarsi dal filtro distorcente delle categorie giuridiche del presente ⁽¹¹⁷⁾, a partire dal 'cosciente' oppure « inconscio » positivismo giuridico identificabile con lo statalismo e il formalismo ⁽¹¹⁸⁾. Alla contaminazione degli istituti e delle categorie del presente non si erano sottratti — come ribadì nell'*ordine giuridico* — nemmeno personalità alle quali egli attribuiva il ruolo di veri e propri innovatori del pensiero giuridico novecentesco quali — e ne cito solo alcuni — Santi Romano, Capograssi, Cesarini Sforza, Calamandrei, Calasso ⁽¹¹⁹⁾

lo storico del diritto ha rinunciato — troppo spesso per impotenza — a indossare le vesti del giurista (che sono le sue proprie) e si è accostato a quel gruppo di istituti vitali [sc. diritti reali] senza tentar di scendere all'interno del discorso dei giuristi, di *pensare giuridicamente con loro*; l'approccio è stato un approccio esterno, liminale, né ha avuto quella valenza tecnica che consente di penetrare all'interno e percepire con lucidità quello che io ho chiamato lepidamente il 'segreto' di un assetto giuridico. Eppure è questo il mestiere dello storico del diritto.

⁽¹¹⁴⁾ « Insieme agli antichi confezionatori delle sue fonti » (ivi, pp. 13-14).

⁽¹¹⁵⁾ GROSSI, *L'ordine giuridico*, cit., p. 29.

⁽¹¹⁶⁾ Ivi, pp. 9-10: « la costruzione medievale di un proprio ordine giuridico è all'insegna di una intensa originalità in forza della sua intensa storicità un complesso armonico di costruzioni tipiche [...] fondate nei nuovi valori emergenti » e « Storicità vale insularità ».

⁽¹¹⁷⁾ GROSSI, *Il dominio e le cose*, cit., pp. 17-18.

⁽¹¹⁸⁾ Come preciserà ancora in *L'ordine giuridico*, cit., p. 15 e nt. 8.

⁽¹¹⁹⁾ Ivi, pp. 30-35. Su Santi Romano mi limito a rinviare a P. GROSSI, *Santi Romano. Un messaggio da ripensare nell'odierna crisi delle fonti*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 60 (2006) e in Id., *Nobiltà del diritto*, cit., pp. 669-688. Su Calasso, cfr. Id., *Stile fiorentino*, cit., pp. 95-98, 120-124, 209-215. Cfr. inoltre il riferimento in P. GROSSI, *Sulla "natura" del contratto (qualche nota sul mestiere di storico del diritto a proposito di un recente "corso" di lezioni)*, in « Quaderni fiorentini », 15 (1986), pp. 593-619.

Proprio nell'ordine giuridico medievale Paolo Grossi preferì adottare i termini latini di *iurisdictio*, *lex*, *interpretatio* e *aequitas*, invece che a quelli di giurisdizione, legge, interpretazione e equità allo scopo di evitare gli equivoci che il significato attuale avrebbe potuto ingenerare nella lettura e nell'esame della storia del diritto medievale ⁽¹²⁰⁾.

L'ordine giuridico medievale era un testo destinato di bel nuovo, innanzitutto, agli studenti, ma anche agli storici e ai giuristi « alle prime armi » negli studi sul diritto medievale e ad essi erano destinate le premesse *teoriche* e *ordinatrici* del volume ⁽¹²¹⁾. Era un testo a sua volta 'sfidante' — pur non pretendendo di essere una storia del diritto medievale nel senso classico della parola — scritto da un « patologo » della storia pienamente consapevole che « la generalità di storici e storici del diritto non condivide affatto una posizione così netta » ⁽¹²²⁾.

Il primo passo era quello di abbandonare la definizione astratta di epoca medievale — « un brandello qualsiasi di tempo tracciato sul tavolino dello studioso » — e di delinearne, con la sensibilità del giurista, « confini storici più fondati » tramite ⁽¹²³⁾

una ricognizione dei confini sostanziali fra un'esperienza giuridica e l'altra, dove lo spartiacque è validamente indicato non da realtà episodiche ma da scelte di fondo della coscienza giuridica che muta.

Alla ricerca delle linee guida di questo scritto, peraltro già declinate dai suoi allievi in *Ordo iuris* del 2003 ⁽¹²⁴⁾, mi sono soffermata su due nodi, che Paolo Grossi enuncia a chiare lettere in premessa e sui quali è incardinata la riflessione complessiva su un'epoca della cui assoluta tipicità e originalità egli non dubita ⁽¹²⁵⁾:

⁽¹²⁰⁾ GROSSI, *L'ordine giuridico*, cit., pp. 135-136, 163-164.

⁽¹²¹⁾ Ivi, p. 17.

⁽¹²²⁾ Ivi, p. 13, nonché p. 35.

⁽¹²³⁾ Ivi, p. 24.

⁽¹²⁴⁾ M. SBRICCOLI *et al.*, *Ordo iuris. Storie e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003, in part. pp. XI-XIV.

⁽¹²⁵⁾ GROSSI, *L'ordine giuridico*, cit., pp. 9-10; la frase riportata nel testo si legge ivi, p. 24.

il problema di una società che si costruisce in relativa autonomia, di un costume che mette radici, di un complesso di valori che emergono e si consolidano.

Il primo consisteva nel considerare quella società come « naturalmente giuridica »⁽¹²⁶⁾ per effetto della tensione, per così dire, ‘innata’ ad autoregolarsi, che si manifesta nei sei secoli del primo medioevo — quelli della « fondazione d’una esperienza giuridica nell’officina della prassi »⁽¹²⁷⁾ — nel « recupero del diritto alla natura stessa della società civile » quale « dimensione insopprimibile della socialità e frutto spontaneo della società che si auto-ordina » e ancora, « come dimensione radicale e fondante della società »⁽¹²⁸⁾. Del resto, proprio questo si era verificato nelle comunità monastiche e laiche dell’organizzazione benedettina entro « la nicchia protettiva di una microcomunità pensata come sostanzialmente isolata »⁽¹²⁹⁾.

Il secondo era quello della « traduzione » in « valori » degli schemi organizzativi dell’« indistinto sociale » del periodo successivo realizzata dal « laboratorio sapienziale » dei giuristi di diritto comune⁽¹³⁰⁾, a loro volta naturalmente condizionati dai caratteri ambientali, culturali, economici del loro tempo: i valori in quanto « espressione della varietà e della variabilità storica » tendevano così a « fissarsi » nel diritto per assicurare « certezza » e « permanere »⁽¹³¹⁾, ossia a creare « un’architettura logica, d’un sistema di concetti, d’una ‘teoria generale’, di un castello di nozioni tecniche »⁽¹³²⁾.

Se si intende per diritto « il complesso di valori cui una società crede di dovere osservanza »⁽¹³³⁾, l’ordine giuridico medievale, ossia la costituzione, o meglio la « secreta ma presente costituzione giu-

⁽¹²⁶⁾ Ivi, p. 30, seguendo ovviamente da questo punto di vista le orme di Santi Romano.

⁽¹²⁷⁾ Ivi, pp. 37-123.

⁽¹²⁸⁾ *Ibidem*.

⁽¹²⁹⁾ Ivi, p. 128.

⁽¹³⁰⁾ Ivi, pp. 125-253.

⁽¹³¹⁾ Ivi, p. 21, sia quando traducono regole e istituti del « mondo circostante » sia quando costituiscono « la conquista di interessi particolari ».

⁽¹³²⁾ Ivi, p. 22.

⁽¹³³⁾ Ivi, p. 25.

ridica» (134) del medioevo — quell'ordine e quella costituzione che gli « episodi grandi e piccoli della vicenda storica » non hanno alterato (135) — era stato prodotto proprio dall'« emergere prepotente dei valori » (136) che ne avevano condizionato e costituito la struttura e l'anima; valori riconducibili essenzialmente alla natura e al « Dio nomoteta della tradizione canonistica » (137)

Un valore — immanente — la natura delle cose, un valore — trascendente — il Dio nomoteta della tradizione canonica, l'uno in assoluta armonia con l'altro secondo i dettami della teologia cristiana, costituiscono un *ordo*, un *ordo iuris*. Un *ordo iuris* che pertanto non può non scandire il diritto positivo, i vari diritti positivi, secondo gradi ascendenti di manifestazioni giuridiche che dalle regole transeunti e contingenti della vita quotidiana salgono senza cesure, in spontanea e semplice continuità, al livello supremo del diritto naturale e del diritto divino con tutta la loro ricchezza di principii normativi eterni e immutabili perché voce della Divinità stessa.

La *lex humana*, in altre parole, era (e doveva essere) « rivelazione » di quel diritto naturale e divino, ossia di un « ordine giuridico preesistente » — secondo una tradizione che iniziata dalla patristica era giunta alla canonistica (138) ed era stata adottata nei secoli XII-XIV anche dalla scienza giuridica 'civilistica' europea del

(134) Ivi, p. 14.

(135) *Ibidem*.

(136) Ivi, p. 22.

(137) Ivi, p. 14 (per la citazione nel testo) e p. 35 in part. nt. 20 sull'uso del termine costituzione (*Verfassung*) nel senso di O. Brunner e di O. CAPITANI, *Crisi epistemologica e crisi di identità: appunti sulla ateoreticità di una medievistica*, in « Studi medievali », s. III, 18 (1977).

(138) GROSSI, *L'ordine giuridico*, cit., p. 135. Un ordine giuridico naturale e divino costituito da un complesso di regole razionali secondo il pensiero di Sant'Agostino (p. 136), entrato nella « filosofia politica » attraverso Isidoro da Siviglia le cui proposizioni sul *de legibus* furono in parte recepite anche da Graziano nei primi canoni del *Decretum* (pp. 136-137 e 203) e poi confermate da Alberto Magno e da San Tommaso (pp. 137-141).

diritto comune formatasi, innanzitutto, in Italia ⁽¹³⁹⁾ — quale espressione, appunto, di *aequitas* o giustizia ⁽¹⁴⁰⁾.

Nei dieci secoli dell'esperienza giuridica medievale — del tutto originale rispetto a quella romana e moderna — tra loro in perfetta « continuità » (la continuità della civiltà o della « *koiné* medievale occidentale ») nonostante le trasformazioni prodotte intorno all'XI secolo dal passaggio da una dimensione agroforestale a quella cittadina comunale ⁽¹⁴¹⁾, una tale concezione si era realizzata nel considerare il diritto come preesistente al potere e come dimensione dell'esistenza che « il potere non crea, non pretende di creare; che può invece soltanto dire, dichiarare » ⁽¹⁴²⁾. Nei secoli alti, tali principi dell'ordine giuridico o della costituzione sociale erano stati tradotti in regole vive e efficaci dalla rozza *interpretatio* dei notai ⁽¹⁴³⁾; ad essa si sostituì la « razionale » *interpretatio* della scienza giuridica ⁽¹⁴⁴⁾ che riuscì a realizzare « una stessa costruzione con materiali diversi » ⁽¹⁴⁵⁾.

In assenza o per il disinteresse del *princeps* e dei governanti, la scienza giuridica con l'*interpretatio* aveva assunto il ruolo non di creare diritto (in quanto appunto preesistente), ma di cercarlo, leggerlo, interpretarlo, trovarlo, adattarlo proprio in quei testi del diritto romano che avevano perso qualsiasi effettività, dopo la secolare rivoluzione sociale dei primi secoli del medioevo, ma che potevano essere utilizzati non per i loro contenuti, bensì per lo stigma dell'*auctoritas* ad essi riconosciuta ⁽¹⁴⁶⁾.

Nell'*interpretatio* « è lo stesso ordine giuridico che vive » ⁽¹⁴⁷⁾. Nell'attività di ricerca, lettura, interpretazione, adattamento o travisamento del diritto romano, ricade allora proprio sui giuristi una

⁽¹³⁹⁾ Ivi, pp. 8-9.

⁽¹⁴⁰⁾ Ivi, sul *fragmentum pragense* pp. 175-176 e sul *dictionarium* di Alberico da Rosciate, in part. p. 143.

⁽¹⁴¹⁾ Ivi, pp. 127-130.

⁽¹⁴²⁾ Ivi, p. 135.

⁽¹⁴³⁾ Ivi, p. 15.

⁽¹⁴⁴⁾ Ivi, pp. 14-15.

⁽¹⁴⁵⁾ Ivi, p. 27. A questo proposito alcune linee erano già state tracciate con grande chiarezza nel corso sulle situazioni reali cfr. sopra § 3.

⁽¹⁴⁶⁾ GROSSI, *L'ordine giuridico*, cit., pp. 160-162.

⁽¹⁴⁷⁾ Ivi, p. 163.

vera e propria funzione di *principatus* che si affianca a quella del potere politico ed è esercitata attraverso l'*interpretatio* della quale essi stessi sono ben consapevoli ⁽¹⁴⁸⁾. Lo dimostra, ad esempio, l'atteggiamento dell'interprete di fronte all'operazione di *inventio* della disciplina da applicare a nuove fattispecie (*nova negotia, novum factum*) non regolati dalla *lex* ossia appunto dal diritto romano o sui quali il legislatore del momento (il *princeps* o gli ordinamenti monarchici o autonomi) non interviene tempestivamente ⁽¹⁴⁹⁾. In altre parole, la scienza giuridica dei dottori ha per così dire fatto emergere e reso evidente « l'ordine giuridico soggiacente » ⁽¹⁵⁰⁾, rielaborando e razionalizzando tramite lo 'scudo' dei testi romani « un ordine di valori giuridici affiorante alla superficie storica sotto l'aspetto di *aequitas* » ⁽¹⁵¹⁾.

È proprio questo contesto di principii 'ordinanti' che secondo Paolo Grossi dà conto degli aspetti più caratteristici della costituzione non scritta del medioevo europeo.

Innanzitutto, il particolarismo da non intendersi come « rottura di un grande ordine unitario », bensì come 'articolazione' dell'ordine di « un'entità politica » composta da una pluralità di ordinamenti caratterizzati ciascuno da proprie specificità e autonomia dove il termine autonomia non significa indipendenza, bensì 'convivenza' nel 'rispetto' reciproco ⁽¹⁵²⁾.

Quanto ai negozi giuridici, nella « mentalità non individualistica » del medioevo, spettò alla dottrina di diritto comune inventare una nuova « architettura » contrattuale che, quantunque « formalmente rispettosa » nei confronti della contrapposizione tra le due categorie fondamentali del diritto romano, *contractus* e *pactum*, riuscì con l'*interpretatio* a « far di tutto » per aggirarla e superarla ⁽¹⁵³⁾.

Una tale rigorosa analisi della nuova concezione di contratto sulla base della distinzione tra sostanza e natura ⁽¹⁵⁴⁾ portava

⁽¹⁴⁸⁾ Ivi, in part. p. 153 e ampiamente pp. 153-168.

⁽¹⁴⁹⁾ Ivi, pp. 166-168.

⁽¹⁵⁰⁾ Ivi, p. 13 (titolo).

⁽¹⁵¹⁾ Ivi, pp. 15, 175-182.

⁽¹⁵²⁾ Ivi, pp. 223-235, in part. 226.

⁽¹⁵³⁾ Ivi, in part. p. 247.

⁽¹⁵⁴⁾ Ivi, in part. pp. 248-253.

ulteriori conferme alla risalente convinzione di Paolo Grossi sull'inconsistenza del discorso sulla 'rinascita' del diritto romano nel medioevo, alla quale nemmeno aderivano alcuni romanisti illuminati, seppur minoritari, che dello stesso diritto romano stavano percorrendo le tracce della profonda storicità ⁽¹⁵⁵⁾.

6. *Il giurista nell'ordine giuridico dello Stato di diritto costituzionale.*

Il manuale che Paolo Grossi definiva come un « esperimento [...] aperto a correzioni, mutazioni, integrazioni » era un invito agli studenti, ai giovani, alle istituzioni a riconoscere al diritto la funzione di tutela della società ⁽¹⁵⁶⁾ nel mutare dei suoi caratteri e della sua « mentalità » ⁽¹⁵⁷⁾ e in considerazione della pluralità dei nuclei nella quale era articolata ⁽¹⁵⁸⁾.

Quello del medioevo — come sappiamo bene, pieno di luci e di ombre — era « un pianeta giuridico separato e conchiuso » ⁽¹⁵⁹⁾ definitivamente estinto e non riproducibile, né Paolo Grossi intendeva additarlo come modello di un ordine sociale e giuridico perfetto se non altro perché « la storia non ha il compito di offrire modelli al presente » ⁽¹⁶⁰⁾. Lo studio sul medioevo era soltanto un 'banco di prova' per l'affinamento del metodo e della sensibilità del giurista.

Il messaggio, innanzitutto agli studenti, era quello di essere ben consapevoli che anche lo Stato di diritto era stato ed è un

⁽¹⁵⁵⁾ Su La Pira cfr. sopra nt. 95. P. GROSSI, *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 », 17 (1998) e in *Id.*, *Nobiltà del diritto*, cit., pp. 88-102; *Id.*, *Testimoniaza per un maestro: Riccardo Orestano*, in « Quaderni fiorentini », 39 (2010) e in *Id.*, *Nobiltà del diritto*, II, cit., pp. 55-62.

⁽¹⁵⁶⁾ GROSSI, *L'ordine giuridico*, cit., p. 30: « una società che si autotutela costruendo nicchie protettive per singoli e per gruppi ».

⁽¹⁵⁷⁾ *Ivi*, pp. 5-7: « mentalità, forza invisibile, impalpabile ma incisiva, che esprime all'universo giuridico un carattere preciso ».

⁽¹⁵⁸⁾ Agglomerazioni sociali « organizzate » per affermare « la propria libertà nella storia » intorno alla condivisione e per la tutela di valori (*ivi*, p. 19 ove rievoca, oltre al pensiero di Santi Romano, anche il testo del 1929 di W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, ripubblicato nel 1963).

⁽¹⁵⁹⁾ *Ivi*, pp. 9-10.

⁽¹⁶⁰⁾ GROSSI, *Società diritto Stato*, cit., p. 24.

prodotto della storia ⁽¹⁶¹⁾. La fondazione del suo « ordine » era, infatti, a sua volta riconducibile a « radici » perfettamente identificabili e a « valori » riconosciuti e fissati dalla costituzione democratica. Nell'educazione degli studenti come futuri giuristi, si esigeva non soltanto l'indispensabile apprendimento e comprensione della tecnica giuridica, ma in aggiunta, la formazione di una coscienza ben salda nella certezza dei valori fondanti del nostro ordinamento ⁽¹⁶²⁾.

A quegli studenti futuri giuristi spettava difendere — anche di fronte alle istituzioni — il proprio ruolo e la propria funzione nella società, alle cui esigenze materiali e spirituali, avrebbero dovuto 'servire' sapientemente secondo i principii e gli ideali che erano stati adottati come fondamento dello Stato di diritto costituzionale.

⁽¹⁶¹⁾ GROSSI, *L'ordine giuridico*, cit., p. 20.

⁽¹⁶²⁾ Ritornano, infine, alla mente le parole utilizzate da Paolo Grossi nello scritto sul possesso dei diritti di Enrico Finzi: « Guai a quello studioso che pretendesse di avventurarsi in un territorio così infido senza un adeguato esame di coscienza » (GROSSI, *Stile fiorentino*, cit., p. 173) e cfr. ora SCIARRA, *Per Paolo Grossi*, cit., p. 300.

FRANCESCO MIGLIORINO

LOTTA PER IL RICONOSCIMENTO:
LA REPUTAZIONE, LA FAMA, LE DICERIE, LA RINOMANZA
NELLA COSTRUZIONE DELL'IDENTITÀ

1. Introduzione: *Others in mind*. — 2. La reputazione, l'onore, la vergogna. — 3. « Fare cose con le parole »: fama, voci, dicerie e opinioni. — 4. La fama nell'ordine giuridico medievale. — 5. Una macchina 'astratta'.

1. *Introduzione: Others in mind.*

Questo saggio prova a « ripensare il medioevo » mirando a quel campo di tensione tra identità, alterità e riconoscimento che da sempre anima e orienta le interazioni sociali. Come è stato giustamente osservato, per quanto l'individualità sia irriducibile nella sua singolarità alla dimensione collettiva, l'identità di un individuo è essa stessa il risultato di una costruzione sociale. Il riconoscimento è anzi « la *condizione* stessa dell'*identità individuale* », di modo che lo sguardo oggettivante dell'altro diventi direttamente propedeutico al costituirsi dell'autocoscienza ⁽¹⁾.

L'avvio della nostra indagine si situa dunque in quell'orizzonte di mondo che ha avuto in Lev S. Vygotskij uno dei suoi più ispirati interpreti. Pensiamo soprattutto alle pagine in cui il grande studioso russo affermava che, nel tribolato processo di formazione della persona, « diventiamo noi stessi attraverso gli altri »: « la persona diventa 'per sé' per il fatto che è 'in sé' e attraverso il fatto che si manifesta 'per gli altri' » ⁽²⁾. A ben vedere, si tratta di un vero ribaltamento del paradigma del soggettivismo, al punto tale che

⁽¹⁾ Cfr. L. CORTELLA, *Identità e riconoscimento*, in *Saperi umani e consulenza filosofica*, a cura di V. Gessa Kurotschka e G. Cacciatore, Roma, Meltemi, 2007, p. 193.

⁽²⁾ Cfr. L.S. VYGOTSKIJ, *Storia dello sviluppo delle funzioni psichiche superiori* (1960), trad. it., Firenze, Giunti & Barbèra, 1974, p. 220.

« l'io' non può riconoscersi da solo, ha bisogno di specchiarsi nell'altro, di vedere nell'altro un proprio simile, ma anche qualcuno diverso da sé » (3). Anche nel rifiuto e nella negazione, dunque, l'alterità è vista in una luce nuova e diventa la via d'accesso necessaria all'autocoscienza. Non è forse vero che nel teatro del conflitto la negazione dell'Altro equivale a riconoscerlo? È pensabile il soggetto fuori dai rapporti di dominazione e di soggezione (4)?

Nella linea di ricerca che da diversi decenni si pone all'incrocio tra linguistica, psicologia e filosofia della mente, si mette a nudo l'illusione di una primazia ontologica dell'*interno*, che al contrario va invece ripensato come il portato storico delle pratiche sociali costitutive. Con Stephen A. Mitchell, si può ben dire che « la mente è composta da configurazioni relazionali » e l'individuo non è più una entità separata, « ma un campo d'interazione all'interno del quale [...] nasce e lotta per stabilire contatti e per esprimersi ». In questa prospettiva, è di grande efficacia l'immagine del *tapestry* che accoglie la figura entro il suo ordito; una trama che, per via di identificazioni e introiezioni, viene a far parte, a sua volta, della figura stessa (5). Come dire, l'*interno* e l'*esterno* si cambiano volentieri di posto per dar vita a una grandiosa tela che si costruisce, giorno per giorno, nell'universo relazionale della mente umana.

Se, come si è detto, il riconoscimento è condizione necessaria per il costituirsi dell'identità, si può anche aggiungere che prendersi cura della reputazione è realmente parte della lotta per il riconoscimento: « We care about what others think of us simply because we need their approval to exist » (6). Si tratta di una felice intuizione di

(3) Cfr. F. CIMATTI, *Invidia e autocoscienza. Storia innaturale di un'emozione umana*, in *Saperi umani e consulenza filosofica*, cit., p. 162.

(4) Cfr. F. MIGLIORINO, *Il nastro di Moebius e i margini del diritto. Scomunicati e infami nell'ordine giuridico medievale*, in *Ai margini della civitas. Figure giuridiche dell'altro tra medioevo e futuro*, a cura di A.A. Cassi, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2013, p. 105.

(5) Cfr. S. A. MITCHELL, *Relational concepts in psychoanalysis. An integration*, Cambridge MA-London, Harvard Press, 1988, p. 3: « In this perspective the figure is always in the tapestry, and the threads of the tapestry (via identifications and introjections) are always in the figure ».

(6) Cfr. P. ROCHAT, *Others in mind. Social origins of self-consciousness*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 223.

Philippe Rochat, che si spinge al punto da affermare che la *mentalizzazione* degli altri, i.e. *to have 'others in mind'*, sia il tratto costitutivo del nostro essere umani. Alla radice della sollecitudine per la buona fama c'è, però, uno stato permanente di angoscia: la paura di non essere accettati, di essere socialmente « banditi » e « ostracizzati » (7). Non può meravigliarci: come spesso accade, il desiderio sublima dinamiche profonde della psiche umana.

Nelle pagine a venire, ci muoveremo ai bordi di un crinale tagliente in cui i discorsi e i dispositivi del diritto medievale danno a vedere una formidabile capacità di leggere e orientare la costruzione sociale dell'identità. Ci muoveremo nel variegato campo semantico della fama, della rinomanza, delle dicerie e del passaparola. Sullo sfondo, l'infamia con il suo terrifico carico di potenti e spesso devastanti emozioni, come la vergogna, il disprezzo, il senso di colpa, l'ostracismo e la gogna pubblica. Forse, sarà possibile dalle parole (formalmente neutrali) del diritto lambire l'autocoscienza dell'uomo medievale.

2. *La reputazione, l'onore, la vergogna.*

Nell'età medievale la reputazione e la stima di cui gode un individuo è un bene prezioso da curare. Non riguarda tanto la propria coscienza, quanto la personale capacità di autodisciplina, quella costante vigilanza che ogni individuo deve esercitare per il bene di quanti fanno affidamento sulla sua buona reputazione: una sorta di strategia di autodifesa, per evitare la vergogna ancor più che il peccato stesso. *Si non caste tamen caute*, ammoniscono i teologi quando richiamano la necessità metamorale di scongiurare il pericolo di uno scandalo: meglio con una condotta irreprensibile, se necessario però anche con una moderata dissimulazione (8). In una

(7) Ivi, p. 2 e s.

(8) Anche nella pratica penitenziale la dissimulazione è un tornante costitutivo dell'identità nel controverso rapporto con la sfera pubblica. A partire dal secolo XIII una apposita casuistica informa il confessore delle eventuali strategie di dissimulazione che egli può mettere in atto per difendere il sigillo del segreto da tutte le intrusioni esterne, sociali e giuridiche. Si instaura così una tensione dialettica tra la coscienza che si esige dal penitente con la confessione e la costituzione di questa medesima coscienza in uno spazio

« società dell'apparenza » le persone esistono solo attraverso gli occhi degli altri e si costituiscono come soggetti grazie alla reputazione che hanno saputo guadagnarsi. Si potrebbe dire che gli individui « sont sans cesse en représentation, alors qu'en fait l'être et le paraître sont parfaitement confondus »⁽⁹⁾. Per questa via, la fama è un efficace strumento di integrazione nel sistema dei valori condivisi dagli appartenenti a un gruppo, a un ceto, a una comunità; serve a rappresentare le qualità di un soggetto nell'opinione pubblica, è essa stessa un veicolo della riappropriazione in forma collettiva dei fatti sociali.

È stato acutamente osservato che nell'età medievale, « finché ognuno teneva volentieri il suo proprio posto, nessuno si sentiva particolarmente colpito dalla singolarità degli altri »⁽¹⁰⁾. Quando, invece, il singolo insinuava, col suo comportamento, una dimensione sconosciuta dell'esistenza, le procedure di classificazione ne riducevano l'estraneità collocandolo — « per predicazione » — in serie tipizzate e astratte: dal singolare-individuale al singolare-collettivo il diverso era riconosciuto come persona accettabile nella misura in cui diveniva compiutamente definito e classificato⁽¹¹⁾. L'alterità veniva, perciò, neutralizzata in virtù dello spazio liminale in cui i soggetti, tenuti ai margini per la loro pericolosità, potevano ancora essere considerati come parte del tutto.

Per Zygmunt Bauman la comunità era mantenuta in vita grazie alla capacità di rendere l'altro familiare, di « trasformarlo in una persona compiutamente definita ». Una trasparenza « che i moderni scrittori di utopie avrebbero sognato come un indice di società ideale », ma che a quel tempo era « una realtà quotidiana, un effetto

segreto, separato dal dominio delle relazioni sociali. Una coscienza, dunque, che è trasparente ad entrambi, al penitente e al confessore; una trasparenza che per essere tale è garantita dal segreto. Cfr. J.-P. CAVAILLÉ, *Dis/simulations. Religion, morale et politique au XVIIe siècle*, Paris, Honoré Champion, 2002, p. 380.

⁽⁹⁾ Cfr. C. GAUVARD, *La Fama, une parole fondatrice*, in « Médiévales », XXIV (1993), *La renommée*, p. 11.

⁽¹⁰⁾ Z. BAUMAN, *Cultura come prassi* (1973), trad. it., Bologna, il Mulino, 1976, p. 204.

⁽¹¹⁾ D. SPARTI, *Soggetti al tempo. Identità personale tra analisi filosofica e costruzione sociale*, Milano, Feltrinelli, 1996, p. 139 e ss.

naturale della continua e totale apertura della vita di ogni singolo membro della comunità allo sguardo di tutti gli altri » (12).

L'alterità, dunque, non era mai piena e totale, la sua relazione era tanto ostile quanto necessaria, esclusione e inclusione convivevano sullo stesso piano, come nella paradossale superficie di Moebius (13). Si capisce, allora, perché il nemico assoluto fosse il diabolico (il non riconoscibile) che, nelle sue sembianze e nei suoi comportamenti esteriori, si mostrava come amico. Il maligno non era il dissimile, ma il simile pervertito e deviato (14).

Ordine e armonia, dunque, gerarchie e *status*. L'ordine in quanto struttura « evoca la costanza, la fissità, l'immodificabilità, la regolarità », il mutamento, all'opposto, mette in discussione l'assetto, è un'intollerabile « sfida nei confronti delle forme, delle strutture consolidate ed ordinanti ». Per l'uomo medievale non si dà unità se non come connessione gerarchica di parti diseguali: « l'ordine sociale è un momento di un ordine universale e ripete in se stesso la logica gerarchica della totalità » (15). In questa visione, però, le singole parti sono anche momenti di un'indissolubile unità; parti di un corpo che vive della disuguaglianza, ma anche della solidarietà dei suoi componenti. Chi non godeva dunque di una buona repu-

(12) Cfr. Z. BAUMAN, *La decadenza degli intellettuali. Da legislatori a interpreti* (1987), trad. it., Torino, Bollati Boringhieri, 2007, p. 53.

(13) Il matematico tedesco August Moebius (1790-1868) è anche conosciuto come l'inventore di una figura geometrica (impensata e paradossale) che consente al dritto e al rovescio di convivere sullo stesso piano. Si tratta di un semplicissimo nastro i cui lati corti sono stati uniti dopo aver impresso a uno di essi mezza torsione. Il risultato è sorprendente: dopo aver percorso un giro, un ipotetico viaggiatore si ritrova dalla parte opposta; al giro successivo ritorna al lato iniziale. Una superficie unica, senza bordi o limiti da valicare.

(14) Cfr. G. GALLI, *Sulla guerra e sul nemico*, in *Paranoia e politica*, a cura di S. Forti e M. Recalcati, Torino, Bollati Boringhieri, 2007, p. 21 e s.: « il nemico è chi non tanto è radicalmente dissimile, quanto piuttosto è a tal punto simile — pur portatore di sottili e mortali differenze — da essere inquietante e angoscioso, ossia non solo *feindlich*, ma anche *unheimlich* »; F. MIGLIORINO, *Materiali per l'immaginario del nemico interno. Il Trattato "De haereticis" di Konrad Braun*, in *Tutto è grazia. In omaggio a Giuseppe Ruggieri*, a cura di A. Melloni, Milano, Jaca Book, 2010, p. 330.

(15) P. COSTA, *La dislocazione della religione lungo l'epoca moderna*, in « *Quaderni del CeSIFeR* », II (2003), p. 11 e ss.

tazione era assimilato allo sradicato e al vagabondo ⁽¹⁶⁾, o definito come « di non buona condotta » (*non bonae conversationis*) ⁽¹⁷⁾: la mala fama, cioè, era il risultato di una condotta di vita tanto più riprovevole perché contaminava la buona conversazione, nel suo duplice significato di commercio sociale e di scambio verbale ⁽¹⁸⁾.

Associata alla buona fama milita sempre l'infamia, come fossero due facce della stessa medaglia. Fama e infamia, dunque, svolgono un ruolo strutturante. Insieme operano come una sorta di metadenominatore per pensare come intrinsecamente simili i tipi umani che esse radunano all'interno della medesima classe, racchiusi da quei confini che sono socialmente controllati e culturalmente costruiti.

La fama contribuisce alla stabilità e alla coesione sociale: da una parte, essa è uno dei modi in cui si realizza la comunicazione, dall'altra è un efficace sistema di etichettamento. L'appartenenza a un gruppo, a un cetto, ma anche a una compagnia di malfattori doveva essere riconoscibile a tutti. In un tempo in cui i motivi conflittuali e dinamici della società mettono in crisi continuamente gli assetti sociali e istituzionali con l'emersione di nuove figure professionali e il consolidamento di repentine fortune patrimoniali, la rappresentazione nella coscienza collettiva dello stile di vita, dell'onorabilità, della potenza economica di un individuo serve a definire i contorni e le peculiarità del cetto sociale di appartenenza.

Ciò vale soprattutto per i ceti emergenti che basano la loro ascesa sociale e la conquista di uno *status* più elevato sulle capacità tecniche ed imprenditoriali, sul monopolio della conoscenza delle leggi, su una affidabilità riconosciuta da tutti. Il fenomeno riguarda, però, anche i vecchi gruppi dirigenti che, « pur distinti da funzioni disparate e da diverse ideologie », tendono a ricollocarsi, nella

⁽¹⁶⁾ Cfr. S. CERUTTI, *Giustizia sommaria. Pratica e ideali di giustizia in una società di Ancien Régime (Torino XVIII secolo)*, Milano, Feltrinelli, 2003, p. 63.

⁽¹⁷⁾ Cfr. F. MIGLIORINO, *Fama e infamia. Problemi della società medievale nel pensiero giuridico nei secoli XII e XIII*, Catania, Editrice Giannotta, 1985, p. 178.

⁽¹⁸⁾ Cfr. D. ROMAGNOLI, *'Disciplina est conversatio bona et honesta': anima, corpo e società tra Ugo di San Vittore ed Erasmo da Rotterdam*, in *Disciplina dell'anima, disciplina del corpo e disciplina della società tra medioevo ed età moderna*, a cura di P. Prodi, Bologna, il Mulino, 1994, p. 512 e ss.

gerarchia sociale, all'interno dell'unico *genus* della *nobilitas* (19). La nobiltà di un personaggio si sostanziava nel suo mostrarsi nobile ed era provata dalla « fama di una floridezza e di una connessa condizione di vita » (20): per Bartolo da Sassoferrato, poteva dirsi nobile « qui nobilis appellatur vel reputatur » (21).

La buona fama è vitale nel mondo degli affari, sicché le più ardite transazioni finanziarie, nelle fiere cambiarie della Champagne o in quelle genovesi di Besançon, si affidano alla *bona fides* dei mercanti-banchieri. Per l'Anonimo Trecentista, autore di un trattatello *de mercatura*, il commerciante non ha amico « sì grande né sì carissimo » quanto la « chiara fama »; questa « spesse volte aiuta e difende a luogho e a tenppo che l'uomo nulla ne stimerebbe », fino al punto che « tutte le cose che sono disotto il cielo e disopra la terra stano e sono per lui » (22). Toni analoghi sono usati da Benedetto Cotrugli, autore di un manuale, *Della mercatura et del mercante perfetto* (1458), che è un modello edificante di pedagogia sociale e di etica mercantile: il mercante deve essere integro « non solo in facto » ma « etiamdio in pensamento, et saldo d'animo et indubitato lo nome », di conseguenza « i falliti mai più dovrebbero havere fede né credito, maxime quelli che per captività hanno fallito », questi, anzi, « si debbono havere come persone infame et adulteratori della mercatura » (23). Ma c'è dell'altro: la buona fama è un attributo non solo del singolo ma di tutta la corporazione, se solo si pensa agli statuti fiorentini che impongono al creditore di indicare nell'istanza di fallimento l'arte di appartenenza del decotto o alla più generale riprovazione sociale per l'onta subita dal singolo che subisce la condanna di spergiuro o, peggio ancora, quando viene ritratto con

(19) Cfr. E. CORTESE, *Intorno agli antichi 'iudices' toscani e ai caratteri di un ceto medievale*, in *Scritti in memoria di Domenico Barillaro*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 23.

(20) Cfr. G. TABACCO, *Nobili e cavalieri a Bologna e Firenze tra XII e XIII secolo*, in « Studi Medievali », XVII (1976), p. 48.

(21) Cfr. C. DONATI, *L'idea di nobiltà in Italia (secoli XIV-XVIII)*, Roma-Bari, Laterza, 1988, p. 6.

(22) G. CORTI, *Consigli sulla mercatura di un anonimo trecentista*, in « Archivio Storico Italiano », CX (1952), p. 118.

(23) Cfr. F. MIGLIORINO, *Mysteria concursus. Itinerari premoderni del diritto commerciale*. Milano, Giuffrè, 1999, p. 118.

toni esasperati di scherno in luoghi pubblici dotati di una forte carica simbolica (24).

In un quadro semioticamente così denso è necessario, però, evidenziare come la comunicazione non sia un processo limitato allo scambio di messaggi, né possa esser confusa con la mera 'comprensione' o essere ristretta alla comunicazione verbale o scritta. L'uomo medievale utilizzava allo stesso tempo vari canali informativi: la parola, il corpo, le azioni, il rituale, la festa, il gioco, il diritto (25). In questo senso, non solo il linguaggio verbale ma la cultura tutta si sostanziava in forme simboliche di cui si serviva l'individuo per racchiudere la sua esperienza e renderla interscambiabile. Nonostante, dunque, la fama abbia bisogno, per funzionare, della parola parlata, essa tuttavia dischiude pienamente la sua formidabile capacità performativa facendo interagire il passaparola con le più diverse reti della comunicazione sociale. Per Thelma Fenster e Daniel L. Smail, come per l'onore, la fama doveva essere ben visibile « so through material signs (clothing and other possessions) and through the performance of acts agreed on as honorable ». Un onore dunque che aveva bisogno di diffondere reports della fama e si costituiva, perciò, « by both a material and a discursive semiotics » (26). È questo un punto di vitale importanza, tanto più che gli studi dedicati alla fama non sempre hanno prestato la giusta attenzione alle forme di comunicazione che, insieme al *discorso*, si sostanziavano nei segni iconici, nella gestualità, nella postura dei corpi, nelle emozioni, nelle forme simboliche e rituali.

Siamo in un'età in cui prevaleva una sorta di cosmologia comunicazionista. Il simbolismo medievale, intriso di idee neoplatoniche, faceva dell'universo una mirabile Teofania e contribuiva a rappresentare le cose del Creato come un fedele *signaculum* di un Dio comunicativo che era insieme principio regolatore e cibernetico. Una società che diffondeva e scambiava una pluralità di messaggi sia

(24) *Ibidem* e letteratura citata.

(25) Cfr. F. MIGLIORINO, *Il corpo come testo. Storie del diritto*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008, p. 35.

(26) Cfr. T. FENSTER, D.L. SMAIL, *Introduction*, in *Fama. The politics of talk and reputation in medieval Europe*, a cura di T. Fenster e D.L. Smail, Ithaca and London, Cornell University Press, 2003, p. 4.

impliciti sia espliciti: segni che s'incaricavano di stabilizzare il flusso sociale rendendo riconoscibili gli *status*, le diversità e le devianze. Un mondo di simboli che trovava la sua più coerente rappresentazione nell'iconografia. La pittura o *scriptura ymaginaria*, come la chiamava Ugucione da Pisa, era il libro degli illetterati, muoveva l'animo degli umili e faceva rivivere, « come davanti ai loro occhi », le storie sacre (27).

Per una società cetuale attenta ai simboli il vestiario è un campo semiologico privilegiato e non può ridursi ad una funzione di protezione e di ornamento. A giudizio di Roland Barthes, esso « è nel senso pieno del termine un 'modello sociale', un'immagine più o meno standardizzata di comportamenti collettivi attesi » (28). Possono ben capirsi, allora, le parole dello statuto dei dottori bolognesi: quando si ordinava ai professori di « incedere in actu honestu et habitu condecanti honori et statui doctoratus », o di intervenire all'esame di laurea « cum caputeo vel bireto foderato vario » (29). Con la medesima inclinazione, una norma cittadina estendeva ai professori di diritto civile il privilegio tipicamente nobiliare della sepoltura con gli abiti scarlatti (30).

Ci sono momenti in cui la società mette in scena se stessa, i suoi valori, le sue idee-guida, le sue gerarchie. Alcuni sono drammaturgicamente rilevanti, altri appartengono alla vita quotidiana e anonima dei più. Pensiamo all'intronizzazione di un sovrano, all'ordinazione del sacerdote o del cavaliere, alla laurea, all'ingresso dell'apprendista nella corporazione. I comportamenti cerimoniali riflettono nella loro struttura l'ideologia dell'onore, della fama, della gloria: tanto più nelle società gerarchizzate dove si fa sentire più forte la necessità di mantenere l'equilibrio fra *status*. Pensiamo al mondo studentesco, alle regole minuziose che accompagnano lo scolaro dalla sua immatricolazione fino all'esame finale. L'anello, la toga e il berretto che egli riceve dalle mani dell'arcidiacono sono la

(27) Cfr. MIGLIORINO, *Il corpo come testo*, cit., p. 36 e s.

(28) Cfr. R. BARTHES, *Storia e sociologia del vestiario. Osservazioni metodologiche* (1957), in *La storia e le altre scienze sociali*, Roma-Bari, Laterza, 1974, p. 151.

(29) Cfr. *Statuti del Collegio di diritto civile (1397)*, a cura di C. Malagola, Bologna, Nicola Zanichelli, 1888; rist. anast. Torino, Bottega d'Erasmus, 1966, p. 372 e ss.

(30) Cfr. CORTESE, *Intorno agli antichi 'iudices' toscani*, cit., p. 20 e ss.

raffigurazione simbolica della riproduzione del sapere. Il mondo degli studi era come una giostra — si pensi alle dispute pubbliche! — in cui si inscenava un vero e proprio torneo delle intelligenze, una quotidiana lotta per il riconoscimento. Una semiosfera comunicativa che, grazie alla fama, contribuiva grandemente alla costruzione dell'identità e al mantenimento dei legami sociali.

In una società (e una cultura) in cui l'onorabilità è assunta come criterio fondamentale per la fama di cui un individuo gode nella comunità in cui vive e opera, la paura « of losing standing in the 'eyes of the others' » genera un profondo sentimento di vergogna, accompagnata alla preoccupazione di scadere in una condizione di svantaggio e di riprovazione sociale ⁽³¹⁾. Naturalmente, non tutti si vergognano alla stessa maniera e solo chi ha realmente molto da perdere in termini di prestigio e di *status*, dinanzi al sopraggiungere di un funesto « pericolo d'onore », viene colto da una forte emozione che lo fa arrossire in viso (*erubescencia*). Con l'atto di vergognarsi, si potrebbe anzi dire che il corpo si fa scrittura di un testo e mette in scena il volto come « le lieu de fragilité et de vulnérabilité que vient blesser le déshonneur » ⁽³²⁾. Nel caso di uno scadimento della fama, la vergogna che ne deriva, dunque, è propriamente un'emozione sociale, « tant il est vrai qu'elle ne se vit que sous le regard d'autrui, fondant par là même un aspect du lien social » ⁽³³⁾.

La fama, dunque, si iscrive pienamente nella storia delle emozioni, al confine tra la cultura della vergogna e quella della colpa, tra il castigo e la penitenza. Per i teologi, infatti, in un'area del tutto diversa (privata, non pubblica), la *erubescencia* è tanto apprezzabile quando la vergogna si rende necessaria al penitente per meritare il perdono, sicché la confessione, protetta dal sigillo del segreto e lontano dallo sguardo degli altri, deve essere sia *verecunda*, cioè

⁽³¹⁾ Cfr. B. RÖTTGER-RÖSSLER, *The Eyes of the others. Shame and social conformity in contemporary Indonesia*, in *Shame between punishment and penance*, a cura di B. Sère e J. Wettlaufer, Firenze, Sismel-Edizioni del Galluzzo, 2013, p. 418.

⁽³²⁾ Cfr. B. SÈRE, *Penser la honte comme sanction dans la scolastique des XIII^e-XV^e siècles*, in *Shame between punishment and penance*, cit., p. 130 e s.

⁽³³⁾ Cfr. B. SÈRE, J. WETTLAUFER, *Introduction*, in *Shame between punishment and penance*, cit., p. XVII.

capace di suscitare un'intensa vergogna, sia *fortis*, capace però anche di superare il pudore che impedisce la confessione dei peccati ⁽³⁴⁾.

In proposito, i casi discussi e decisi presso la Penitenzieria Apostolica, il supremo tribunale della coscienza della Chiesa romana, sono uno straordinario osservatorio per cogliere il rapporto tra fama, onore e vergogna. A volte i supplicanti si dichiarano responsabili di peccati nefandi e, tuttavia, portano il peso di una vergogna che sembra avere a che fare più « con la vista e l'essere visto » che con il « risuonare in se stessi della voce del giudizio » ⁽³⁵⁾. Chiedono una assoluzione o una dispensa per tornare a essere quelli che erano prima di essere stati giudicati e censurati dallo sguardo degli altri. Altre volte, proclamano la loro innocenza, ma piegati dal vento avverso della diffamazione aspettano almeno una dichiarazione che li metta al riparo da zelanti inquisitori o da interessati debitori. Quando, invece, l'infamia continua a produrre i suoi effetti di esclusione e inabilità, si spingono al punto da implorare comunque un'assoluzione, preferiscono essere liberati formalmente da una colpa non commessa piuttosto che subire l'onta del non essere riconosciuti ⁽³⁶⁾.

3. « Fare cose con le parole »: fama, voci, dicerie e opinioni.

La parola *fama*, associata ad altri termini della medesima area semantica, ha operato nel medioevo da intermediario simbolico tra la coscienza del fatto e il fatto stesso, in virtù della capacità unica che è propria del linguaggio umano « di riprodurre e produrre strutture nuove », con la sua portentosa capacità, cioè, di generare cultura ⁽³⁷⁾. È anche vero che i discorsi — per giungere fino a noi — si

⁽³⁴⁾ Cfr. F. MORENZONI, *La bonne et la mauvaise honte dans la littérature pénitentielle et la prédication (fin XII^e-début XIII^e siècle)*, in *Shame between punishment and penance*, cit., p. 182.

⁽³⁵⁾ Cfr. B. WILLIAMS, *Vergogna e necessità* (1993), trad. it., Bologna, il Mulino, 2007, p. 105 (per la citazione), che mette in discussione la distinzione (inaugurata da Margaret Mead e resa celebre da un saggio insperato di Ruth Benedict: *Il crisantemo e la spada. Modelli di cultura giapponese* [1946], trad. it., Bari, Dedalo libri, 1968) tra *Shame Culture* e *Guilt Culture*.

⁽³⁶⁾ Cfr. MIGLIORINO, *Il nastro di Moebius e i margini del diritto*, cit., p. 113.

⁽³⁷⁾ Cfr. BAUMAN, *Cultura come prassi*, cit., p. 82 e s.

sono cristallizzati in scrittura, e quindi in testi. I testi, però, non sono monadi senza finestre, essi parlano di un mondo di cui sono parte integrante e che in quanto testi contribuiscono a forgiare ⁽³⁸⁾. Per usare la bella metafora di John L. Austin, anche la *fama* è stata dunque capace « to do things » ⁽³⁹⁾.

Il termine latino *fama*, per via della sua innata ambivalenza, si avvale di un ampio spettro di applicazioni e di contaminazioni. Essenzialmente, serve a designare la circolazione del discorso su qualcosa o su qualcuno, ma frequentemente si riferisce alla rinomanza (ma anche alla fama/reputazione) di qualcuno o di qualcosa. Lo fa rilevare Gianni Guastella in un libro notevole, là dove mette in luce le interferenze tra i « two semantic branches of *fama* » (*rumour* e *renown*), che condividono non soltanto il medesimo meccanismo di diffusione, ma anche il funzionamento di questo stesso dispositivo ⁽⁴⁰⁾.

Gli slittamenti semantici, cui si fa riferimento, possono ben comprendersi, se solo poniamo mente al fatto che la comune radice del sostantivo *fama* col verbo *fari* (*dire, parlare*), ha fatto sì che per molti secoli la circolazione delle notizie e la diffusione della fama « can be considered two complementary aspects of a process of production and reproduction of discourse, circulated in a decidedly impersonal way, by ‘speaking’ (*fando*) » ⁽⁴¹⁾. Insomma, la medesima parola è servita a rappresentare nell’immaginario sociale sia le informazioni e le notizie che circolavano « by word of mouth », sia i giudizi che si formavano, nella pubblica opinione, sulla reputazione (o la notorietà) di una persona.

Ci sono però, delle differenze e non di poco conto. Quando la fama si sostanzia nella rinomanza che una persona, un luogo o un evento si sono conquistati presso un pubblico, solitamente molto

⁽³⁸⁾ Devo la bella immagine a Pietro Costa, che l’ha usata nel corso di un incontro di studio su *Corpo, soggetto, istituzioni: Riflessioni sul tema*, organizzato il 29 ottobre 2021 dalla rivista « Le carte e la Storia ».

⁽³⁹⁾ J.L. AUSTIN, *How to do things with words: the William James lectures delivered at Harvard university in 1955*, Oxford, Oxford University Press, 1962.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. G. GUASTELLA, *Word of Mouth. “Fama” and its personifications in art and literature from Ancient Rome to the Middle Ages*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 10.

⁽⁴¹⁾ Ivi, p. 59.

ampio, è cosa diversa dalla reputazione che può riguardare sì personaggi d'alto rango, ma che solitamente incide sulla vita quotidiana e anonima di ogni essere umano, dal più sperduto villaggio rurale alle aree urbane, dove è più intenso il traffico di informazioni e il potere performativo delle parole. Entrambe, la reputazione e la rinomanza, possono essere buone o cattive, ma mentre la prima è riferibile alla valutazione sociale della persona, la seconda invece mira a rendere noto il *nomen* di una persona ed è quindi più incline a rappresentare — con maggiore diffusione e persistenza nel tempo — l'eccellenza dell'intelletto, la saldezza delle virtù, l'autorevolezza della *leadership*, la santità di una esistenza esemplare. Si fa strada cioè l'idea che attraverso i meriti di chi è venuto prima si tramandi anche la ragione morale di una nuova fama. In questo campo, la rinomanza fa da anello di congiunzione che lega la fama alla *gloria* in modo così stretto da rendere i due termini quasi sinonimi ⁽⁴²⁾. Si può aggiungere, comunque, che anche la rinomanza, contribuisce — in via indiretta — al costituirsi dell'identità o, quantomeno, all'autocoscienza di ceto. Basta qui un esempio: era interesse del professore di chiara fama attrarre il maggior numero di scolari; questi, dal canto loro, aspiravano a essere allievi di una scuola rinomata e andare a vivere in una città accogliente ed economicamente vantaggiosa. Nei *Precepta dictaminis* del bolognese Alberto Samaritani (sec. XI-XII) uno studente invita il professore a insegnare nella città dove egli risiede (Cremona), insieme con altri cinquanta studenti che sarebbero ben lieti di accoglierlo, pronti a « garantirgli, con pegni adeguati, il pagamento delle *collectae* durante tutto quel periodo di tempo ». Gli si rivolge chiamandolo reverendo ed esimio dottore, ne loda la fama di sapienza e probità, ambisce a far parte di una

(42) Cfr. *ivi*, p. 187 e ss. Sulla gloria e la fama di un personaggio, nobile per discendenza e per virtù d'animo, che valgono — per i posteri — come ammaestramento dei valori generali della virtù; più in generale, sulla lenta integrazione dei sentimenti nobili di matrice germanica nell'*ethos* cristiano della vita, e sul lavoro (spesso sotterraneo) nella maturazione di nuovi valori, sentimenti e stili di vita, che avrebbe contribuito a forgiare, tra XI e XIII secolo, anche l'etica borghese nelle città comunali, cfr. le dense pagine di A. von MÜLLER, *Gloria Bona Fama Bonorum. Studien zur sittlichen Bedeutung des Ruhmes in der frühchristlichen und mittelalterlichen Welt*, Husum, Matthiesen Verlag, 1977, pp. 94-120.

comitiva (tra il *dominus* e i suoi scolari) che a quel tempo era segno di grande e riconosciuta dignità sociale ⁽⁴³⁾.

C'è un che di paradossale nei *rumours*, « they are of public character and yet at the same time represent public character », sicché chiunque diffonda una voce ha a che fare esplicitamente sia con la notizia che con il mezzo, sia con il messaggio che con il messaggero. La conseguenza — si è visto — è evidente: le dicerie sono in certo senso citazioni lacunose e non si può mai definire con sufficiente precisione chi ne abbia avviato la diffusione ⁽⁴⁴⁾.

Come si vede, tutto ciò era reso possibile da quel fitto traffico di *significant symbols* che si esprimevano nelle interazioni sociali attraverso i discorsi. Nell'uso di *fama* (« reputazione » e/o « voce »), per Émile Benveniste l'atto linguistico si mostra nella sua forma impersonale (i.e. non individualizzata), come quando il bambino impara a pronunciare le prime parole (*iam fatur*), « si considera non quello che dice, ma la facoltà impersonale, comune a tutti i mortali, il fatto che siano capaci di parlare » ⁽⁴⁵⁾. Insomma, la fama come fenomeno 'naturale', che — nella sua instancabile produzione di notizie, dicerie e opinioni — non si lasciava ascrivere alla iniziativa di agenti chiaramente identificati, ma funzionava come un dispositivo realizzato in maniera autonoma e indefinita, tra gruppi di locutori variegati per ampiezza e composizione ⁽⁴⁶⁾.

Bisogna, altresì, osservare che la parola latina « fama », in questa sua accezione di fonte di informazioni largamente diffuse « per sentito dire », si sia andata diradando col tempo, per essere sostituita da termini in uso nelle lingue vernacole: *rumour* in inglese;

⁽⁴³⁾ Cfr. G. CENCETTI, *Studium fuit Bononie*, in *Le origini dell'Università*, testi a cura di G. Arnaldi, Bologna, il Mulino, 1974, p. 130 e s.

⁽⁴⁴⁾ H.-J. NEUBAUER, *The Rumour. A cultural history* (1998), trans. Ch. Braun, London and New York, Free Assoc. Books, 1999, p. 3.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. É. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, II, *Economia, parentela, società* (1969), trad. it., Torino, Einaudi, 1976, p. 387 e s.: « fama è la parola in quanto manifestazione umana, impersonale, collettiva, la voce, la reputazione: 'corre voce che...' è un 'rumore' fatto di voce, la parola come pura manifestazione sonora, perché è spersonalizzata. È quanto significa anche il gr. *pbátis* 'reputazione, voce', non discorso, né parola coerente ». Su cui, vedi ampiamente GUASTELLA, *Word of Mouth*, cit., p. 55 e ss.

⁽⁴⁶⁾ Ivi, p. 57.

Gerüchte in tedesco; *bruit* o *rumeurs* in francese; *voci* o *dicerie* in italiano. C'è, pertanto, da chiedersi: per quale ragione una parola tanto evocativa e con origini così risalenti è stata depauperata del suo significato più prossimo alla comunicazione sociale? Si potrebbe avanzare l'ipotesi che i termini in uso nelle lingue vernacole, meglio e più limpidamente che nel latino dei dotti, si siano incaricati di rappresentare quel campo di confronto (e di tensione) che da sempre contrappone il conflitto alla cooperazione. Soprattutto nei momenti di crisi e di guerra si è come ampliato il solco tra la sfera del pubblico (istituzionale) e quella del privato (popolare). Nei secoli XIV-XV si accresce il divario tra le notizie date dai banditori sulla pubblica piazza o quelle portate dai messaggeri di regnanti e città e il fitto brulicare di dicerie che danno voce, di volta in volta, a paure collettive e alle fantasie sociali più profonde. Quando nell'autunno del medioevo, le maglie dei legami sociali si allentano e l'Europa si popola di uno sgangherato esercito di *masterless men* — « essi rimanevano (o piuttosto si muovevano) fuori della portata dei sistemi di controllo o di regolamentazione sociale esistenti »⁽⁴⁷⁾ — la collaudata macchina di costruzione sociale del nemico poteva ormai vantare una lista di vecchi e nuovi stereotipi: lebbrosi, ebrei, prostitute, stranieri, sradicati e vagabondi⁽⁴⁸⁾.

Come suggerisce Claude Gauvard, la società medievale « ne vit que par la parole proférée et se trouve, du même coup, sous la menace constante de subir des informations qu'elle ne peut pas contrôler »⁽⁴⁹⁾, al punto tale che la diffusione di dicerie rischia di generare una vera sciagura, quando assume le forme di un'epidemia che, sfuggendo alla vigile censura degli agenti istituzionali, si propaga spontaneamente senza controllo alcuno⁽⁵⁰⁾. In una società in cui la diffusione sociale delle conoscenze si affidava a un'incerta navigazione nel mare aperto dell'oralità, la fama faceva valere le sue capacità di seduzione e di ribellione. È soprattutto negli ambienti ecclesiastici che si nutriva una forte preoccupazione per il potere

(47) BAUMAN, *La decadenza degli intellettuali*, cit., p. 53.

(48) Cfr. C. GAUWARD, *Rumeur et stéréotypes à la fin du Moyen Âge*, in *La Circulation des nouvelles au Moyen Âge*, Rome, École Française de Rome, 1994, p. 176 e s.

(49) GAUWARD, *La Fama, une parole fondatrice*, cit., p. 7 e s.

(50) Cfr. GAUWARD, *Rumeur et stéréotypes*, cit., p. 159.

della parola e i « peccati della lingua ». Teologi e predicatori si impegnarono a fondo per scovare e denunciare i maldicenti che diffondevano voci false e malevole, o peggio travisavano la natura di Dio con posizioni scopertamente eretiche, e dalla metà del XIV secolo ebbero di mira quelle donne specialmente (*scolds*) che con linguaggio sboccato erano solite ledere il buon nome delle persone con vituperi scomposti e volgari. Per rappresentare la bocca e la lingua come luoghi di peccato, l'iconografia — nelle sue diverse espressioni — si è incaricata così di rappresentare l'ingresso dell'inferno come una gigantesca bocca pronta a inghiottire i peccatori che meritavano la dannazione ⁽⁵¹⁾.

La posta in gioco è alta e le parole non funzionano solo per *nominare* le cose, ma contribuiscono anche a farle. Se i poteri pubblici tentano di circoscrivere la diceria, concepita come potenziale pericolo, resta il fatto, però, che « a un espace relativement clos où pouvait circuler une information aisément contrôlée se superpose un espace dilaté jusqu'à des frontières lointaines » ⁽⁵²⁾. Dal micro al macro: se il gossip, nel suo significato di mutuo scambio di informazioni su argomenti sociali e personali, contribuisce in qualche misura al mantenimento dei legami di solidarietà fra gruppi funzionali e al controllo sociale dei *free riders* ⁽⁵³⁾, il *murmur*, all'opposto, segnala l'inobbedienza (*inoboedientia*), caricandola di quei contenuti eversivi che sono propri d'ogni forma di sedizione.

Più avanti mi propongo di mostrare come questo processo di « deistituzionalizzazione » sia stato in qualche modo una forma di resistenza alla formalizzazione del termine *fama* ad opera dei giuristi medievali, che — in virtù della loro raffinata ermeneutica — ne hanno regolato (e ordinato), anche linguisticamente, ampiezza e limiti di applicazione. Ciò è avvenuto, soprattutto, nel campo della procedura penale e in quello dello *status* personale (possessione, pa-

⁽⁵¹⁾ Cfr. S. BARDSLEY, *Sin, speech, and scolding in late medieval England*, in *Fama. The politics of talk and reputation*, cit., p. 146 e ss.; EAD., *Venomous Tongues. Speech and gender in late medieval England*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2006, p. 26.

⁽⁵²⁾ GAUVARD, *La Fama, une parole fondatrice*, cit., p. 158.

⁽⁵³⁾ Cfr. R. DUNBAR, *Gossip in evolutionary perspective*, in « Review of General Psychology », VIII (2004), 2, p. 109.

ternità, successione, etc.). Un fenomeno di lunga durata e di portata generale, se solo si pensa che fino al secolo XVIII nelle corti di giustizia e nelle scuole di diritto (civile e canonico) di tutta Europa il latino è stata la vera lingua franca degli uomini dotti.

Nel frattempo, fuori dalle strutture ordinanti della grammatica giuridica, chiacchiere, dicerie e voci hanno continuato l'instancabile lavoro del passaparola, per fare del linguaggio un portentoso strumento di costruzione della realtà.

4. *La fama nell'ordine giuridico medievale.*

Nella sua più autentica capacità ordinante, il diritto ha influito grandemente sull'immaginario sociale della fama, della reputazione e della rinomanza. Come è stato osservato, « la società medievale è giuridica, perché si compie e si salva nel diritto, giuridica è la sua costituzione più profonda, e sta lì il suo volto essenziale, sta lì la sua cifra ultima »⁽⁵⁴⁾. Il diritto non è solo un insieme di norme destinate a regolare i rapporti sociali, non è il mero rispecchiamento dei valori creati da altre sfere dell'attività culturale, esso in realtà « immagina la società » ancor prima di ordinarla e organizzarla, genera, cioè, « modelli mentali sull'uomo e sulle cose, sui vincoli sociali, sui rapporti politici e giuridici »⁽⁵⁵⁾. Come per altre entità (« 'persone e cose', 'uomo e donna', 'contratto', 'Stato', 'sovranità' »), anche nella grammatica della fama i « Maestri del diritto » hanno fornito al senso comune modelli organizzativi più stabili di percezione della realtà.

La parola *fama* non è un termine propriamente giuridico, eppure essa suscita l'interesse degli interpreti che vi intravedono, grazie ai suoi generosi slittamenti semantici, rilevanti possibilità di mediazione sociale. Il diritto, infatti, è fortemente interessato a strutturare e standardizzare le norme sociali con alto contenuto

⁽⁵⁴⁾ Cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 14.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. A.M. HESPANHA, *La cultura giuridica europea* (2012), trad. it., Bologna, il Mulino, 2013, p. 81 e ss.; C. GEERTZ, *Antropologia interpretativa* (1983), trad. it., Bologna, il Mulino, 1988, p. 217: « il lato giuridico delle cose non è limitato ad una serie di norme, di regole, di principi e valori qualsiasi da cui si possano trarre risposte giuridiche ad eventi particolari, ma è parte di un modo particolare di immaginare il reale ».

etico, in modo tale che esse funzionino come indicatori dei comportamenti sentiti come giusti dai membri della comunità ⁽⁵⁶⁾. Ordinare e strutturare è, altresì, connaturato con il fenomeno giuridico, costituisce il fondamento stesso della prassi umana, serve oggi allo scienziato sociale per definire « il modo umano di essere-al-mondo » ⁽⁵⁷⁾.

Fermiamo dapprima la nostra attenzione su uno dei due diversi assi attorno a cui ruota il significato di fama, quello che si riassume nel concetto di « fama del fatto ». Più avanti, ci occuperemo delle diverse declinazioni, nel lemmario giuridico, di buona o cattiva reputazione di una persona e, quindi, del campo di tensione tra fama e infamia.

Ci sono avvenimenti che non sono oggetto di esperienza diretta, eppure sono conosciuti da tutti, senza che se ne sappia indicare un'origine precisa. A volte non superano la soglia della diceria e del pettegolezzo o restano confinati nell'ambito del solo vicinato, altre volte si propagano rapidamente e raccolgono il consenso della pubblica fama: la scomparsa di un tale che si è messo in viaggio da troppo tempo induce a presumere una morte violenta; le notizie di scontri armati tra fazioni avverse corrono di bocca in bocca fino a diventare memoria vivente dell'intera città. Si diffida, però, della naturale propensione della fama a colonizzare il linguaggio, sfuggendo al controllo dei suoi vigili (e interessati) censori. I giuristi, allora, preferiscono definirne limiti e contenuti, assegnandola ad un livello prestabilito nella gerarchia delle prove e distinguendola dai concetti simili di notorio, manifesto e pubblico. Nelle loro opere essi depurano il termine del suo significato di diceria e conoscenza fallace, per attribuirgli una connotazione tecnica: la fama è analizzata in rapporto alla sua origine e diffusione, alla natura e alla rilevanza dei fatti che contribuisce a diffondere e, assunta nel processo come prova *semiplena*, è sottoposta a regole rigorose prima di poter produrre i suoi non secondari effetti giuridici ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. F. MIGLIORINO, *La Grande Hache de l'histoire*. *Semantica della fama e dell'infamia*, in *Fama e Publica Vox nel medioevo*, a cura di I. Lori Sanfilippo e A. Rigon, Roma, Istituto Storico Italiano per il Medio Evo, 2011, p. 7.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. BAUMAN, *Cultura come prassi*, cit., p. 91.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. MIGLIORINO, *Fama e infamia*, cit., pp. 10 e ss., 45 e ss.

Nella prima metà del secolo XII prende corpo una teoria della notorietà che avrà come esito più rilevante la rigorosa definizione dei concetti che si richiamano alla categoria dell'evidenza e della pubblicità. In tale processo di elaborazione dottrinarie la fama, nel confronto col notorio e il manifesto, si mostra come conoscenza non indubitabile dei fatti (« multum fallax et facilis ») e finisce per essere assegnata ai livelli più bassi della gerarchia delle prove processuali. In questa materia, di buon'ora si fa sentire la speciale sollecitudine che la Chiesa post-gregoriana rivolge alla cura pastorale delle anime e, quindi, alla buona fama di cui il cristiano deve godere nella società. I comportamenti che deviano dalle norme morali producono clamore e scandalo e, per il grave turbamento arrecato nelle coscienze dei fedeli, necessitano di essere repressi con rapidità ed efficacia, senza le lungaggini delle regole processuali ordinarie.

Nelle scuole di diritto canonico della seconda metà del sec. XII i tentativi più risalenti di mettere in sistema concetti simili (*fama*, *manifestum*, *notorium*, *publicum*), ma non chiaramente definiti, scontano una fragilità d'impianto e una persistente incertezza terminologica. Per merito di Uguccione da Pisa, intorno agli anni ottanta, si opera una sintesi della dottrina precedente e si mette ordine al problema definitorio. *Manifestum* è meno di notorio e più di fama: se i crimini notori sono sempre manifesti, non tutti quelli manifesti sono anche notori. *Publicum* non ha un'incontestabile certezza e, ad esempio, « il papa può essere accusato del reato di eresia, se predica pubblicamente l'eresia e non vuole desistere, ancorché tale crimine non sia notorio »; più in basso sta la fama che, per quanto sia pubblica, non è sufficiente a far condannare una persona, concorre, semmai, a formare una presunzione di colpevolezza. Il *notorium*, invece, poggia sulla certezza irrefutabile ed è tale perché non consente alcuna scusa o negazione ⁽⁵⁹⁾. Nelle opere del secolo successivo, pur con diversi accenti, si avverte il pericolo di affidare alla fama la medesima forza probatoria del notorio, al più si ammette che, pur non provando pienamente la verità dei fatti, essa

⁽⁵⁹⁾ Cfr. R. CASTILLO LARA, *Los primeros desarrollos doctrinales del notorium en la canonística clásica*, in « Salesianum », XXII (1960), p. 423 e ss.; ID., *El concepto del 'notorium' desde Ioannes Teutonicus hasta el código de derecho canónico*, in « Salesianum », XXIV (1962), p. 409.

induca al sospetto, che di solito è generato da una certa « publica seu famosa insinuatio »⁽⁶⁰⁾.

Gli approfondimenti si susseguono nelle opere di civilisti e canonisti e sono volti a rispondere alle urgenze della pratica forense. È così che nella seconda metà del secolo XIII vede la luce un'opera destinata a una duratura fortuna: il trattato *de fama* del giurista bolognese Tommaso di Piperata. È utile qui ricordarlo, non tanto per l'originalità del pensiero, bensì per la capacità di interpretare la fama come una delle forme vitali della comunicazione sociale. Così, quando in apertura l'autore ne dà una definizione, egli individua i suoi elementi costitutivi: l'estensione territoriale, la forma orale, il largo consenso su fatti che non sono assolutamente certi e provati. La fama del fatto (*fama facti*) si propaga in rapporto agli avvenimenti che contribuisce a diffondere: così, se quegli avvenimenti hanno un rilievo sociale e politico ampio, perché coinvolgono uomini pubblici o famiglie illustri, essa travalica l'ambito della vicinia o della contrada, per diventare rappresentazione collettiva delle vicende dell'intera città. La notizia di un evento, per diventare conoscenza collettiva e fama pubblica, ha bisogno di una fitta rete di legami sociali e solo in un insieme strutturato può trasmettersi con la velocità delle parole che corrono di bocca in bocca. La fama, infine, non riguarda fatti che sono assolutamente veri; essa tuttavia non è intesa nel suo significato corrente di conoscenza fallace. Occorrono pur sempre delle garanzie di accertamento e il giudice è tenuto a richiedere la testimonianza di due persone degne di fede e ad accertare che l'origine della *fama facti* non risieda su una effimera credulità⁽⁶¹⁾.

Gli effetti della fama provata sono considerevoli. In campo civile essa opera validamente come mezzo di prova dello *status personarum*: la sentenza emessa in giudizio in cui compare un figlio senza il consenso paterno resta valida, se questo era ritenuto *pater familias* per pubblica fama; analogamente resta efficace un testamento rogato davanti a sette testi, ancorché uno di questi fosse di condizione servile, ma reputato libero da tutti al momento dell'atto

(60) Cfr. MIGLIORINO, *Fama e infamia*, cit., pp. 49-57.

(61) Ivi, p. 65 e ss.; R.M. FRAHER, "Conviction according to conscience": *The medieval jurists' debate concerning judicial discretion and the Law of Proof*, in « Law and History Review », VII (1989), 1, pp. 23-88.

pubblico. Come si vede, la fama è servita a proteggere le legittime aspettative delle parti in causa, funzionando come una sorta di rimedio a posteriori per i negozi giuridici che erano viziati nella forma ⁽⁶²⁾. Dal mondo della prassi è da apprezzare, altresì, la sua funzione nelle controversie legali sulla paternità ⁽⁶³⁾.

È, però, nel campo criminale che la *fama facti* può finalmente dispiegare liberamente le sue più autentiche inclinazioni. Soprattutto a partire dal Concilio Lateranense IV (1215) essa diventa il presupposto per una *inquisitio ex officio* e finisce per soppiantare l'istituto altomedievale della testimonianza collettiva giurata ⁽⁶⁴⁾. In questo ambito, soprattutto per impulso di Innocenzo III, si modella un nuovo paradigma della verità, nel suo rapporto con il fatto e con la fama. Si sa quale allarme provocasse nel mondo ecclesiastico una condotta scandalosa da parte di vescovi e prelati, di modo che per i peccati occulti (non manifesti agli altri) veniva raccomandata una penitenza privata, al fine di evitare che lo scandalo, ancor più del peccato stesso, nuocesse alle coscienze dei più. Quando, invece, si parlava diffusamente male dei costumi morali di un chierico — « cum de aliquo male loquuntur » ⁽⁶⁵⁾ — si avviava « una procedura interna all'ordinamento, in cui la *veritas*, che coincideva concettualmente con la fama del fatto (e non con il fatto), serviva a proteggere l'istituzione dai reati commessi dai suoi stessi membri » ⁽⁶⁶⁾.

In questo quadro, la 'giuridicizzazione' della fama è stata resa possibile grazie alla personificazione dell'infamia come soggetto accusante, col risultato di superare sul piano formale l'anomalia di un processo senza accusa. Gli esiti di un tale cambiamento di paradigma sono stati considerevoli e, come fa notare Julien Théry, il pontificato di Innocenzo III inaugurò una pratica giudiziaria che molto rapida-

⁽⁶²⁾ Ivi, p. 35.

⁽⁶³⁾ Cfr. T. KUEHN, *Fama as a Legal Status in Renaissance Florence*, in *Fama. The politics of talk and reputation*, cit., p. 39 e ss.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. G. ALESSI, *Processo penale (dir. interm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano, Giuffrè, 1987, p. 375 e ss.; EAD., *Il processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 22 e ss.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. MIGLIORINO, *Fama e infamia*, cit., p. 185.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. M. VALLERANI, *Modelli di verità. Le prove nei processi inquisitori*, in *L'enquête au Moyen Age*, a cura F. Bougard, J. Chiffolleau, C. Gauvard, Rome, École française de Rome, 2008, pp. 123-128.

mente acquisì un carattere di routine ⁽⁶⁷⁾. Ma c'è dell'altro: nonostante « non esista l'inquisizione come forma idealtipica di processo, ma diverse procedure inquisitorie che seguono schemi e disegni politici propri » ⁽⁶⁸⁾, si riproduce nei diversi contesti quell'ambivalenza, di cui si è già detto, tra la circolazione di discorsi su qualcosa o qualcuno e la buona o cattiva reputazione del soggetto. Alla fine, dopo tanto indagare le persone si mostrano per quello che realmente sono. Così almeno pensava Jacques Fournier, il tenace e instancabile inquisitore, che dal 1318 al 1325 mise a soqquadro Montailou, un piccolo villaggio dell'Occitania meridionale, annotando nei suoi poderosi registri d'interrogatorio un variegato assortimento di vizi privati, credenze fallaci e relazioni disoneste ⁽⁶⁹⁾.

Alla fine, nonostante la grammatica giuridica abbia prodotto un linguaggio altamente specialistico, distinto dal linguaggio ad ampio raggio, di incerta qualificazione e con confini più sfumati, i due campi semantici non si sono mai separati del tutto. D'altronde, il discorso giuridico non è un mondo a sé, ma — nella prassi quotidiana delle corti di giustizia — scambia continuamente parole con persone di ogni strato sociale, dal più infimo al più elevato. Chiunque abbia a che fare con la giustizia, in veste di accusatore, accusato o testimone, deve misurarsi con domande puntuali riguardanti il caso in questione. Non può correre il rischio di dare risposte vaghe, deve condividere col giudice il medesimo campo semiotico della fama: « cos'è la fama? », « dove si situa la voce e la fama pubblica? », « quante persone servono per costituire la fama? » ⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁷⁾ Al punto tale che persino « des chanoines et moines arrivaient désormais régulièrement 'auprès du Siège apostolique', par deux le plus souvent, depuis toutes les parties de la Chrétienté, pour faire connaître à l'audience pontificale la fama des mauvaises actions commises par leurs évêques ou abbés »: J. THÉRY, *Fama: l'opinion publique comme preuve judiciaire. Aperçu sur la révolution médiévale de l'inquisitoire (XII^e-XIV^e) siècle*, in *La preuve en justice de l'Antiquité à nos jours*, a cura di B. Lemesle, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2003, p. 130.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. VALLERANI, *Modelli di verità*, cit., p. 123.

⁽⁶⁹⁾ E. LE ROY LADURIE, *Storia di un paese: Montailou* (1975), trad. it., Milano, Rizzoli, 1977.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. FENSTER, SMAL, *Introduction*, cit., p. 2.

5. *Una macchina 'astratta'.*

La parola *fama* si trova dispersa in tantissimi luoghi della compilazione giustiniana e, nonostante dalla metà del sec. XII gli antichi materiali romani si avviassero a essere immaginati come un *Corpus*, nei diversi contesti essa variava di significato senza mai assumere una chiara connotazione tecnica. Diversamente dalla infamia legale, che invece è ampiamente trattata in due rubriche del Digesto e del Codice ⁽⁷¹⁾ e, pur con diverse tonalità, rinvia generalmente alla condizione di svantaggio legale dei turpi e degli ignominiosi. C'è da rilevare, altresì, che limitarsi a definire il positivo (la fama) a partire dal suo negativo (l'infamia) non avrebbe spiegato più di quanto non fosse già reso esplicito nei *libri legales*. Fu merito dei maestri delle scuole bolognesi avere sperimentato, con una manovra a dir poco disinvolta, una via originalissima, volta alla formulazione (pienamente) giuridica della definizione di fama. Il medioevo sapienziale si è connotato, infatti, per la non comune inclinazione degli intellettuali a costruire un edificio giuridico nuovo avendo cura di amalgamare i materiali autorevoli (e autoritativi) del passato con gli ingredienti che si rendevano disponibili nel crogiolo della realtà fattuale del loro tempo ⁽⁷²⁾.

Per raggiungere il loro scopo, i giuristi si servirono del termine *existimatio*, che generalmente era adoperato col significato di « stima ». Il suo uso è molto antico e insieme a *fama*, *dignitas* e *opinio* è riconducibile a quello di *ignominia*. Il termine indica nella sua accezione più ampia l'onore civile, l'integrità giuridicamente rilevante che qualificava lo *status* di cittadino romano. Gli interpreti medievali sanno cogliere una certa affinità dei due termini (*existimatio* e *fama*), si sentono però attratti maggiormente dalla porosità e, forse, dai richiami simbolici di *fama*. Ma c'è di più: nel linguaggio corrente, mentre *existimatio* non va oltre il quadro della stima personale che un individuo nutre per un altro, *fama* presume una reazione spontanea, ancorché involontaria, di un gruppo più o meno ampio di persone ⁽⁷³⁾.

⁽⁷¹⁾ Dig. 3.2, Cod. 2.11(12).

⁽⁷²⁾ Cfr. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, p. 144 e ss.

⁽⁷³⁾ Cfr. J.-P. NERAUDAU, *La Fama dans la Rome antique*, in « Médiévales », XXIV (1993), *La renommée*, p. 29 e s.

Nella scuola di Irnerio la fama è associata, con evidenti echi agostiniani, a quella dignità che fa dell'uomo la più mirabile delle creature ⁽⁷⁴⁾. Uno *status dignitatis* che — come chiarisce Azzone qualche tempo dopo — non è impiegato col significato di onore pubblico, ma come « potenza » accordata dalla natura all'uomo « in quanto uomo » ⁽⁷⁵⁾. Per questa via, la prestanza naturale della *dignitas* si sarebbe incontrata con lo statuto della cittadinanza. L'approdo a una così vitale innovazione concettuale della fama fu reso possibile con il rinvio a un ben noto brano di Callistrato che forniva la qualificazione giuridica della *existimatio*. Dalle più risalenti glosse interlineari — « existimatio idest fama », così recitavano! — si cominciò a definire la fama con le parole che un giureconsulto di nove secoli prima aveva usato in ben altri contesti semantici: « fama est dignitatis illaesae status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur ». Per la prima volta la fama si affrancava dall'incertezza dell'uso comune e si connotava in positivo come condizione della piena e inviolata capacità giuridica della persona ⁽⁷⁶⁾.

Dietro l'immagine riflessa della fama, però, è sempre in agguato il suo doppio, l'infamia. Sull'infame ricade una serie rilevante di incapacità: perde dignità e uffici e non può rivestire incarichi onorifici; non può postulare in favore di altri; non può promuovere un giudizio in veste di accusatore, né prestare una valida testimonianza; perde il diritto di fare testamento; se è nominato erede, contro di lui spetta ai fratelli e alle sorelle del defunto una « querela inofficiosi testamenti ». Proviamo a immaginare quali effetti spaventosi produca l'infamia nel caso di individui che conducono la loro esistenza nel pieno godimento dei diritti civili e politici, che poggiano la loro fortuna economica sulla rispettabilità, che occupano nella gerarchia sociale un ruolo di comando: l'infamia è per i ceti abbienti l'equivalente della pena di morte

⁽⁷⁴⁾ Cfr. MIGLIORINO, *Fama e infamia*, cit., p. 75: « Fama autem dignitas est a natura tributa, cuius merito quis ea potest que homini sunt concessa nec legibus nec moribus imminuta [...] illius autem fame merito habet homo esse cum lapidibus, vivere cum arboribus, sentire cum animalibus, discernere cum angelis, cum ad ymaginem et similitudinem Dei factus est, cuius discretionis, idest intellectus gratia, omnia potest que homini concessa sunt ».

⁽⁷⁵⁾ Ivi, p. 78.

⁽⁷⁶⁾ Ivi, p. 76 e ss.

per gli esclusi e i diseredati ⁽⁷⁷⁾. L'infamia legale è dunque una pena accessoria che rende più gravosa la condizione del condannato, ma può anche diventare uno stigma che si aggiunge al disprezzo per una condotta di vita turpe e indegna.

I giuristi medievali non mancano di rilevare le differenze, ma anche le somiglianze, fra l'infamia legale e quelle forme di indegnità che suscitano la pronta e vigile risposta della comunità. Chi svolge un mestiere vile o si comporta da dissoluto non gode dei vantaggi accordati agli uomini di buona fama ed è guardato con sospetto e tenuto ai margini della vita associata. Avviene così che la comune condizione di svantaggio degli infami e dei turpi siano alla base della formazione e dello sviluppo della categoria dell'infamia di fatto (*infamia facti*): una geniale 'ideazione' del medioevo del diritto, destinata per lungo tempo a incidere sulle procedure di individuazione e di classificazione.

Nelle università medievali l'infamia di fatto riceve una sistematizzazione dogmatica e attrae tra le sue maglie ipotesi che altrimenti resterebbero soggette alla mutevole e incerta valutazione della pubblica opinione. I risultati sono davvero sorprendenti: si delimita il campo di applicazione dell'*infamia iuris*, rendendone più sicura l'efficacia; si riconducono, sotto la categoria dell'*infamia facti*, ipotesi che, pur non rientrando nel novero delle *actiones famosae*, producono comunque una condizione di svantaggio legale. In più, lo scolorimento della fama (*decoloratio famae*) diventa nella canonistica classica presupposto per la temibile (e ardua) procedura del giuramento di innocenza ⁽⁷⁸⁾. In quest'ambito si fa più insistito il richiamo all'immagine del discredito e del disonore nel giudizio degli uomini onesti e autorevoli (« opinio dehonestata apud bonos et graves »), per stigmatizzare quel venir meno della fama che è il risultato di una vita repressibile, ma che non sempre è collegata a una condotta delittuosa ⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁷⁾ Ivi, p. 140.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. A. FIORI, *Il giuramento di innocenza nel processo canonico medievale. Storia e disciplina della "purgatio canonica"*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2012, pp. 377-381.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. P. LANDAU, *Die Entstehung des kanonischen Infamiebegriffs von Gratian bis zur Glossa ordinaria*, Köln-Graz, Böhlau, 1966, p. 11 e ss.

Non è difficile intravedere quelle masse umane che portano già i segni dell'esclusione nella loro *banale* esistenza. In un tempo in cui gli intellettuali contribuiscono con le loro dottrine a legittimare un sistema di gerarchie e di privilegi legali, l'infamia è destinata a diventare il riconoscimento giuridico di una marginalità che appare naturale e necessaria all'equilibrio sociale.

Infami di fatto, dunque, e infami di diritto. Classificazioni che funzionano al modo della galleria di anormali raccolti e ritratti negli album di Lombroso. Rassicurano le persone rispettabili che non si riconoscono in quei nasi deviati e in quelle fronti sfuggenti. La società bipartita fra infami e persone dabbene conferisce un'identità a tutti, forse più a questi che ai primi. Se non altro, perché gli uomini infami sanno bene di esserlo, tutti gli altri temono fortemente di diventarlo ⁽⁸⁰⁾.

Siamo in presenza di una tecnologia del riconoscimento, che identifica controllando e controlla identificando. Una macchina 'astratta' ⁽⁸¹⁾, che s'industria senza sosta a classificare e raccogliere gli individui che concretamente sono utili al suo funzionamento. Un portentoso congegno che delimita, incide, segna, marca, definisce quello spazio che in tanto è disposto ad accogliere alcuni in quanto esclude tutti gli altri. A questo scopo, teologi e giuristi hanno prodotto uno straordinario investimento di sapere, per assegnare nomi, per denominare e rinominare classi di atti. Sono stati i veri maestri dell'ordine dogmatico, gli interpreti autentici del rapporto tra la parola e le istituzioni, i gelosi custodi del discorso ⁽⁸²⁾.

Va da sé che nella trama dello sfondo — il *tapestry* di Mitchell — le parole che fanno cose sono sempre al lavoro, con la loro ostinata pretesa di istituire alla vita gli uomini: tutti gli uomini, infami e no.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. MIGLIORINO, *Il corpo come testo*, cit., p. 70.

⁽⁸¹⁾ Per il concetto marxiano di *astrazione reale*, cfr. R. FINELLI, *Astrazione e dialettica dal Romanticismo al capitalismo. Saggio su Marx*, Roma, Bulzoni, 1987; ID., *Un parricidio mancato. Hegel e il giovane Marx*, Torino, Bollati Boringhieri, 2004.

⁽⁸²⁾ Cfr. MIGLIORINO, *Il corpo come testo*, cit., p. 65 e s.

GIACOMO PACE GRAVINA

STUDENTI, MAESTRI, LIBRI:
STORIE DI COMUNITÀ
NEL 'LABORATORIO SAPIENZIALE' DEL MEDIOEVO

1. Un comune orizzonte. — 2. *Libri legales*. — 3. *Doctores legentes*. — 4. « Amore scientiae facti exules ». — 5. Una memoria comune.

1. *Un comune orizzonte.*

L'apparizione de *L'Ordine giuridico medievale* di Paolo Grossi nel 1995 ⁽¹⁾ ha rappresentato certamente uno stimolo importante per una nuova stagione di studi sul diritto comune: un manuale in cui scolorivano le figure di imperatori e papi, re e giuristi, al cospetto del fenomeno corale della riscoperta del diritto giustiniano e del consolidamento del diritto canonico. Una manifestazione di civiltà a più voci: un antico diritto dimenticato per secoli che tornava fortunatamente alla luce non per volontà dei potenti della Terra, non sotto il segno dell'imposizione dall'alto, ma per una esigenza diffusa di 'legalità', condivisa da persone comuni, che sentivano il mondo della consuetudine ormai insufficiente a *immaginare*, e quindi a regolare, i nuovi contesti socioeconomici del basso medioevo. Un diritto recuperato dall'opera in gran parte anonima di uomini che guardavano ai *Libri legales* come a testi di indiscussa autorità, a uno scrigno prezioso di argomenti e soluzioni per le innumerevoli questioni pratiche che la turbolenta rinascita comunale, la riapertura dei traffici sulle lunghe distanze, la formazione dei regni sollevavano senza tregua, testimoniando la necessità della riemersione di un

⁽¹⁾ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995. L'apparato di note del presente contributo, per motivi di spazio, è volutamente ridotto ai riferimenti ritenuti necessari.

diritto tecnicamente più raffinato e la determinazione a ritrovare una cifra giuridica comune. Paolo Grossi ha disegnato i lineamenti di un 'laboratorio sapienziale' ⁽²⁾ nel quale maestri e scolari concorrono insieme all'edificazione di un sapere nuovo, dinanzi al quale l'*auctoritas* imperiale di Giustiniano diviene un ancoraggio, un pretesto di validità, uno dei tanti espedienti che hanno contribuito all'edificazione della scienza giuridica medievale.

Una profonda rivisitazione del campo di tensione tra teoria e pratica, sbilanciato nella visione comune a favore della speculazione teorica, con poca propensione a guardare alla dimensione concreta e fattuale del diritto: dimensione che nella visione del Maestro fiorentino diviene invece fucina creativa, cifra dell'esperienza giuridica inscindibile dal pensiero 'aulico' dei glossatori e dei commentatori.

La modernità ha depauperato la ricchezza del medioevo, del suo diritto e del ruolo dell'intellettuale giurista: un diritto medievale che merita, invece, di essere ripensato in tutta la sua ricchezza e poliedricità, come seppero fare gli interpreti che, con una « sfacciata infedeltà al dettato normativo » ⁽³⁾, utilizzarono quegli antichi materiali per regolare le esigenze di una società e di una economia profondamente diverse da quelle del tardo impero, pur avvalendosi dell'aura sacrale dell'imperatore Giustiniano per sancire il valore di *iura e leges*.

In queste pagine vorrei ripercorrere alcuni sentieri di indagine giovanili, guardare con una nuova consapevolezza a ricerche risalenti, provando a interrogare le fonti con nuove domande e alla ricerca di nuove risposte, anche differenti da quelle che appagarono — o almeno rassicurarono — un giovane studioso.

Storie di maestri, di scolari e di libri: i veri protagonisti del medioevo sapienziale. La dimensione più autentica del loro comune orizzonte di mondo è ancora icasticamente visibile nei monumenti sepolcrali degli antichi *doctores*.

(2) La seconda parte de *L'ordine giuridico medievale* è intitolata al « laboratorio sapienziale » medievale, concetto che ritroviamo anche nell'altro notissimo manuale del Maestro fiorentino, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007.

(3) E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale. II. Il basso medioevo*, Roma, Il Cigno, 1995, p. 392.

Le arche medievali che affollano le ombrose navate di maestose cattedrali ci mostrano re e regine, feudatari e cavalieri, vescovi e abati, supini nel sonno eterno, nella tipologia del *gisant*, tipica dell'arte funeraria medievale, recanti le insegne e i simboli delle proprie dignità. I sovrani affiancati dalle spose con corone e scettri, i cavalieri in armatura, la spada tra le mani, spesso un cane ai piedi, a simboleggiare la fedeltà nei confronti del *superior*; i dignitari ecclesiastici con mitre e bacoli pastorali, tra una profusione di stemmi familiari e iscrizioni che esaltano stirpi e uffici. Ma se osserviamo le rappresentazioni dei *doctores* ci ritroviamo immediatamente immersi in contesti diversi, apparentemente meno solenni, ma certo più realistici e autentici. Non reggitori del mondo eternati nei loro volti di marmo insieme alle proprie arcane insegne; bensì uomini rappresentati durante la loro attività professionale più pregnante: la lezione universitaria. Invano cercheremmo simboli araldici tra queste raffigurazioni, se non in posizione meno evidente: la parte in risalto raffigura la scena dell'insegnamento, con il professore seduto in cattedra, *legens* da un volume, e dinanzi a lui gli allievi seduti su file di banchi, assorti, con i propri libri tra le mani.

Gli esempi più grandiosi di monumenti dedicati ai giuristi medievali sono le cosiddette tombe dei glossatori bolognesi, alte su colonne e sormontate da baldacchini cuspidati ⁽⁴⁾: nell'arca di Rolandino de' Passeggeri è rappresentato per la prima volta il giurista in cattedra e, dinanzi a lui, gli allievi intenti all'apprendimento, ma ancora senza vivacità espressiva ⁽⁵⁾. Nei decenni succes-

⁽⁴⁾ Sulle tombe dei glossatori A. RUBBIANI, *Ristauro delle tombe di Accursio, di Odofredo, di Rolandino de' Romanzi in Bologna*, in « Atti e memorie della R. Deputazione di storia patria per le province di Romagna », 1890, pp. 129-158; G. RIVANI, *Aspetti e singolarità dell'architettura bolognese nel periodo romanico: le "Tombe dei Glossatori"*, in « Strenna Storica Bolognese », 13 (1963), pp. 217-251; R. GRANDI, *Le tombe dei dottori bolognesi: ideologia e cultura*, in *Università e società nei secoli XII-XVI*, Atti del nono Convegno internazionale di studio, Pistoia 1979, Pistoia, Centro italiano di studi di storia e d'arte, 1982; ID., *I monumenti dei dottori e la scultura a Bologna (1267-1348)*, Bologna, Istituto per la storia di Bologna, 1982; I. ADAMOLI, *Il restauro delle tombe dei glossatori*, in « Strenna storica bolognese », 37 (1987), pp. 15-25.

⁽⁵⁾ Sul rilievo del sepolcro di Rolandino cfr. R. WOLFF, *Tombs and the imago doctoris in cathedra in Northern Italy, ca. 1300-1364*, in *Memorializing the Middle Classes in Medieval and Renaissance Europe*, ed. A. Leader, Kalamazoo, Western Michigan

sivi questo panorama si anima: uno degli esempi più noti e significativi è costituito dall'arca di Cino Sighibuldi nella chiesa di San Zeno a Pistoia, conclusa nel 1336 dallo scultore senese Agostino di Giovanni (6). Pur essendo il *doctor* appartenente ad una casata aristocratica, il suo blasone non viene scolpito tra i rilievi che adornano il sepolcro: la scena è occupata da un lungo altorilievo che descrive con vivacità la scuola del maestro, colto nell'attimo in cui legge il testo, dinanzi agli allievi, seduti su panche in tre file di banchi, che ascoltano attenti. Chi si regge il mento con una mano, chi, rapito dall'eloquio di Cino, sostiene un libro tra le dita, chi sta in piedi in fondo all'aula, a braccia conserte (7). Di pochi anni successiva è l'arca di Giovanni d'Andrea († 1348), proveniente dalla chiesa di S. Domenico, attribuita da Giorgio Vasari allo scultore veneto Jacopo Lanfrani (8): il *doctor* è ieraticamente seduto in cattedra, rappresentato frontalmente, secondo il modello dell'*imago doctoris in cathedra* descritto da Erwin Panofsky (9). Ai lati due rilievi raffigurano i suoi studenti, con una espressività molto spiccata, che servirà da modello per le raffigurazioni successive, ove gli artisti avranno campo libero nella rappresentazione dell'attenzione degli studenti a lezione, con una molteplicità di gesti che ancora sorprende. Jacobello e Pier Paolo delle Masegne scolpirono, negli anni Ottanta del Trecento, il sepolcro di Giovanni da Legnano: tra i pochi resti sopravvissuti un bassorilievo mostra vividamente gli atteggiamenti e le pose degli scolari che ascoltano la lezione, con un verismo accentuato: certo ormai gli artisti dovevano trarre ispira-

University, 2018, cap. 5, p. 129 e ss., che cita a proposito dell'*Imago doctoris in cathedra* il classico di ERWIN PANOFSKY, *Tomb Sculpture. Four Lectures on its Changing Aspects from Ancient Egypt to Bernini*, New York, H.N. Abrams, 1964, pp. 69-71. La Wolff ha riconosciuto tale tipologia anche in ulteriori opere presenti in altri centri dell'Italia settentrionale.

(6) Il sepolcro fu collocato in chiesa giorno 11 febbraio 1337: cfr. R. BARTALINI, *Per la scultura senese del Trecento: Agostino di Giovanni*, in « Prospettiva », 108 (2002), pp. 2-35; ID., *Scultura gotica in Toscana. Maestri, monumenti, cantieri del Due e Trecento*, Milano, Silvana Editoriale, 2005, pp. 214-257.

(7) Taluno ha ravvisato in questo personaggio il *bedellus*.

(8) Cfr. A. BARTOCCI, *Giovanni d'Andrea (Jobannes Andreae de Bononia)*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, I, Bologna, il Mulino, 2013, p. 1010.

(9) Sulla tipologia dell'*Imago doctoris in cathedra* cfr. PANOFSKY, *Tomb Sculpture*, cit., pp. 69-71.

zione dall'osservazione realistica delle scuole. Un altro sepolcro con una struttura scultorea davvero peculiare è l'arca di Riccardo da Saliceto e di suo figlio Roberto, del 1403, forse opera degli stessi artisti o di un loro allievo, proveniente dal Chiostro di San Martino, oggi nelle collezioni del Museo civico medievale di Bologna, che venne commissionato da Carlo, pronipote di Riccardo. Una composizione ardita, che affianca i due *doctores* nell'atto della lezione, seduti su due cattedre affiancate, coperte da un baldacchino: purtroppo è sopravvissuta solo una delle statuette dei giuristi ⁽¹⁰⁾. Mi piace pensare sia quella che raffigura Riccardo, con lo sguardo rivolto al libro poggiato sulla cattedra, mentre l'altro volume giace aperto da tempo immemore senza che gli occhi di uno studioso vi si posino ancora. Nei quadranti laterali dell'opera si possono ammirare due raffinati altorilievi raffiguranti gli studenti delle due scuole: anch'essi vivacemente rappresentati seduti sui banchi, con i libri aperti, assorti nell'ascolto. Lo spazio per le insegne araldiche si apre in un ambito meno evidente, sui fianchi: qui elmi torneari con un drago come cimiero sormontano gli scudi con l'albero di salice, arma parlante di una famiglia di giuristi che giunse ad attingere la dignità cavalleresca. Stile simile a quello della sepoltura dei congiunti ha il monumento di Bartolomeo da Saliceto, del 1412, di Andrea di Guido da Fiesole ⁽¹¹⁾: anche il nipote di Riccardo viene rappresentato assiso in cattedra tra due altorilievi raffiguranti i propri studenti. Nel più tardo sepolcro di Piero Canonici, opera di Vincenzo Onofri, dei primi del Cinquecento, sotto la cattedra si aprono le ante di un armadietto: dentro si scorgono alcuni manoscritti, un calamaio, una clessidra. Si introduce un elemento nuovo, il tempo della lezione.

⁽¹⁰⁾ Sul monumento cfr. M. MEDICA, *L'Arca di Carlo, Riccardo e Roberto da Saliceto*, in *Basilica Parrocchiale di San Martino Bologna, Decennale Eucaristica*, Bologna, 1989; GRANDI, *Le tombe dei dottori bolognesi*, cit.; G. PACE, *Riccardo da Saliceto. Un giurista bolognese del Trecento*, Roma, Il Cigno, 1995, pp. 130-132.

⁽¹¹⁾ Sul sepolcro, eretto in San Domenico e oggi al Museo civico bolognese, cfr. G. ORLANDELLI, *Bartolomeo da Saliceto*, in *Dizionario biografico degli italiani*, 6 (1964), pp. 766-768; PACE, *Riccardo da Saliceto*, cit., p. 132. Cfr. anche G. SPECIALE, *Bartolomeo da Saliceto*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, pp. 185-187, voce largamente tributaria di quella a firma di Orlandelli: l'autore erra scrivendo che l'arca di Bartolomeo era in origine a S. Martino Maggiore, confondendola con quella dello zio Riccardo (p. 186).

Solo alcuni esempi, tra altri, di ambiente soprattutto bolognese: non personaggi sublimati nella fissità eterna della morte, ma adulti e giovani colti nella dimensione attiva dell'insegnamento e dell'apprendimento, nella vivacità di gesti ed espressioni proprie della *lectura*, maestri e allievi che, con i loro libri, ne sono protagonisti.

Sono questi gli itinerari (culturali e mentali) che proveremo a percorrere nelle pagine a seguire.

2. Libri legales.

I *Libri legales* e la loro riscoperta rappresentarono il momento di fondazione per l'edificazione del diritto medievale. Sappiamo tuttavia davvero poco su tempi, luoghi e modalità di questa riemersione, minimi indizi e notizie al confine tra storia e leggenda: già nel Duecento la memoria di questi avvenimenti era affidata a racconti più o meno fantasiosi. Da allora ad oggi non è cambiato molto: anche la storiografia più recente ritrova i limiti della lacunosità delle fonti. Sparuti cenni in qualche cronaca, come quella di Burcardo di Ursperg, o poche righe nelle opere di Odofredo Denari e di non molti altri giuristi; alcune preziose testimonianze processuali come le memorie del Placito di Marturi o di quello di Garfagnolo; altri indizi che ci riportano al tempo della lotta per le investiture, ove certo le urgenze di una battaglia combattuta anche con carte e documenti portarono a investigare archivi e biblioteche, da cui forse emersero parti della compilazione giustiniana ormai dimenticate. Invano sono stati cercati provvedimenti autoritativi: il fenomeno della concentrazione storica ha focalizzato il mitico fondatore della scienza giuridica medievale, Irnerio, come colui che ritrovò alcuni dei *Libri legales*, rinominandoli, ricomponendo l'unità della legislazione giustiniana. Secondo Burcardo Irnerio avrebbe affrontato tale impresa « ad petitionem Mathildae comitisse », quasi su espresso incarico della contessa Matilde, rappresentata come benevola committente del riordino dei *Libri legales*, nota che ha « sollecitato incredibili fantasticherie » su presunti incarichi ufficiali di Irnerio, ampiamente ridimensionate da Ennio Cortese, che pensa piuttosto « al merito,

diremmo noi, di un'edizione critica » (12). Tra le poche fonti che raccontano di queste vicende, ho avuto la ventura di ritrovarne una inedita in un manoscritto parigino del *Digestum vetus* (13), una testimonianza davvero preziosa, nella sua ingenuità e freschezza, poiché ci fa rivivere — quasi *ante oculos* — una rinascita del diritto romano non pilotata da alcuno ma attuata poco per volta, in una dimensione corale e collettiva, anticipatrice della visione che permea l'*Ordine giuridico medievale*. Una *Materia ad Pandectas* in cui il protagonista della vicenda non è un eroe archetipico, bensì il *populus*. La narrazione, scritta verosimilmente da uno scolaro che aveva ascoltato il racconto dal maestro durante la *lectura* del testo normativo, ci racconta che dopo la conquista longobarda di Ravenna nessuno si curò più dei *Libri legales*, « et ita diu stetit », così fu per lungo tempo. In seguito, « status fuit reformatus in melius »: con queste scarse parole si descrive il passaggio dall'alto al basso medioevo, il declino del mondo signorile e la vigorosa rinascita cittadina. Fu allora, con queste mutate e migliorate condizioni di vita, che « iterum homines querebant de legibus et nullus poterat in mundo invenire librum » (14). Una frase davvero pregevole di forti richiami simbolici: di nuovo gli uomini chiedevano leggi certe, ma nessuno era capace di ritrovarne il libro — ecco emergere un nuovo protagonista —. Ma qualcosa lentamente iniziava a muoversi, l'urgenza di questa ricerca iniziava ad offrire i suoi frutti. Fu così che, « tandem occasionaliter », in una chiesa di Pisa venne ritrovato il *Digestum vetus*, chiamato così dal *populus* della città toscana per l'antichità del libro. Ancora non appare sulla scena nessun nome illustre, nessuno che si intesti la grandiosa scoperta: è invece il *populus*, la gente comune, ad operare il ritrovamento e ad attribuire il titolo di *vetus* a questa prima parte delle pandette. In un momento successivo venne riscoperto il *Digestum novum*, e fu sempre questo indistinto *populus* a definirlo così; infine emerse anche la parte

(12) E. CORTESE, *Irnerio*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, p. 1110.

(13) Si tratta del ms. Paris, Bibliothèque Nationale, lat. 16906, fol. 2r.

(14) Ho dedicato a questa fonte un mio saggio: G. PACE, 'Iterum homines querebant de legibus'. Una nota sulla riemersione dei 'Digesta' nel Medioevo, in « Rivista Internazionale di Diritto Comune », 3 (1992), p. 221 e ss.

intermedia: fu sempre la collettività a definirlo *Infortiatum* — la nota offre peraltro etimologie ulteriori rispetto a quelle tradizionali: l'insolita denominazione fu coniata perché in « fortuito casu inventum », o « propter fortissimas leges quas in ipso volumine inveniunt » — (15). Nessuno stupore, quindi, se non appaiono i nomi di Pepone o di Irnerio; se non si mettono in campo l'autorità imperiale o la *petitio* della contessa Matilde. Un'esigenza diffusa, di quella che oggi definiremmo 'legalità', ben presente al maestro che espose all'inizio del suo corso sul *Digestum vetus la Materia ad Pandectas* — forse Odofredo o un *doctor* con uno spirito a lui affine — in cui si cerca di conciliare la nebulosa riemersione dei *Libri legales* con la coeva esistenza a Pisa del manoscritto delle Pandette, poi note come fiorentine, senza tuttavia serbare la memoria della precedente collocazione amalfitana del testo, prima dei saccheggi che i pisani inflissero alla città meridionale negli anni trenta del secolo XII. Ed anche su questo evento dovremmo soffermare la nostra attenzione: in una età pressoché contemporanea al termine convenzionalmente riconosciuto della vita di Irnerio e all'attività dei quattro dottori, durante l'attacco ad Amalfi, tra uccisioni e violenze, i predatori si preoccuparono di involare non solo ori, argenti e gioielli, ma anche l'ingombrante testo del Digesto. Questo evidentemente veniva riconosciuto come prezioso e significativo, e probabilmente venne ricercato accanitamente da qualcuno degli invasori, e condotto come trofeo di guerra a Pisa.

Libri di lusso di *doctores* e rampolli di famiglie abbienti, libri di fattura più ordinaria appartenuti a studenti meno agiati: ma tutti vivi per secoli, testimoni e protagonisti al tempo stesso, ci raccontano di svariate generazioni di maestri e allievi, passando di mano dagli uni agli altri, prima di finire, dopo l'invenzione della stampa, nelle biblioteche che li consegneranno alla storia. *Doctores* e studenti che hanno acquistato i libri, li hanno utilizzati per i loro studi e talvolta per l'attività professionale, per poi cederli ad altri pronti a raccogliere il testimone della docenza o dell'addestramento. Volumi che ancora

(15) Il fortunato ritrovamento è stato ampiamente apprezzato da JOHANNES FRIED, in "...auf Bittender Gräfin Mathilde". *Werner von Bologna und Irnerius*, in *Europa an der Wende vom XI zum XII Jahrhundert. Beiträge zu Ehren von Werner Goez*, K. Herbers hrsg., Stuttgart, Steiner, 2001, pp. 178-179.

conservano glosse e note dei possessori, testimoni di corsi di lezioni svolti in periodi differenti dallo stesso professore o da maestri diversi. Note che ancora ci offrono generosamente la possibilità di apprendere aspetti sconosciuti o poco noti della grande esperienza delle università medievali. Ma tralasciando testo normativo e glosse, spesso sono proprio queste note a offrire notizie interessanti e importanti, a permettere di datare i corsi di lezione e di riconoscerne i maestri, di dare un nome e una collocazione temporale ai possessori dei volumi, di ricostruirne, soprattutto, i percorsi intellettuali e le vicende umane. Note vergate in gran parte sui fogli di guardia dove gli studenti si sentivano più liberi di scrivere notizie anche personali, di tratteggiare disegni eleganti o grotteschi, di vergare note di pegno, che raccontano delle difficoltà economiche di giovani lontani da casa. Un materiale disperso in mille fogli ma utilissimo: ci consente oggi di ricostruire la plurisecolare storia di questi manoscritti e della loro sorprendente circolazione che coincide con la diffusione del sapere giuridico e con la mirabile opera di costruzione ‘sapienziale’ che faceva dialogare gli antichi materiali giustinianeî con le voci nuovissime di una realtà fattuale e vitale. Libri che hanno attraversato le porte di città universitarie, nelle sacche di studenti alla ricerca di maestri famosi, come ci è testimoniato, ad esempio, dalle note di *conduxit* padovane illustrate da Luciano Gargan: note di esenzione dalla gabella sulla merce in entrata nella città veneta, ove i libri e il sapere universitario giocavano un ruolo economico primario ⁽¹⁶⁾. Proprio le note di *conduxit* mi hanno permesso l’identificazione di alcuni studenti padovani, la ricostruzione dei loro spostamenti, grazie alle date anche l’individuazione del periodo dei loro studi.

Alcuni libri ci parlano anche grazie alle miniature che ne ornano capilettera e pagine ⁽¹⁷⁾: certo appannaggio di privilegiati che

⁽¹⁶⁾ Le note di *conduxit* e la loro funzione sono state scoperte e illustrate da LUCIANO GARGAN, in *L’enigmatico “conduxit”: libri e dogana a Padova fra Tre e Quattrocento*, in « Quaderni per la storia dell’Università di Padova », 16 (1983), pp. 1-41; Id., *Nuovi codici “condotti” a Padova nel Tre e Quattrocento*, in « Quaderni per la storia dell’Università di Padova », 22-23 (1989-1990), pp. 1-57. Lo studioso ha in seguito ampliato e approfondito la ricerca e lo studio di queste note in altri saggi.

⁽¹⁷⁾ Sulle miniature che ornano i *Libri legales* cfr. da ultimo i saggi raccolti in « Clio@Themis Revue électronique d’histoire du droit », 21 (2021), dedicato a *Image et Droit. Les manuscrits juridiques enluminés*; G. DEL MONACO, *L’Infortiatum miniato della*

potevano permettersi dipinti e ornamenti preziosi anche per i materiali utilizzati, la foglia d'oro per gli sfondi, le pietre dure per alcuni pigmenti, oltre che per la bellezza delle opere. Grazie a questi piccoli capolavori talvolta è possibile individuare tempi e luoghi ove i libri sono stati ricopiati o utilizzati, con l'individuazione degli stili pittorici o l'attribuzione ad uno degli artisti conosciuti. Ma le miniature non rispondevano solo ad una esigenza estetica, non servivano unicamente a rendere il volume un bene di lusso: come per le *bibliae pauperum* leggibili nei mosaici delle cattedrali normanne, o negli affreschi di quelle comunali, queste raffigurazioni rispondevano anche ad una esigenza pratica, quella di rendere visibili, comprensibili anche tramite le immagini, le *leges* romane. Anche le miniature hanno concorso a quel fenomeno di rilettura 'infedele' delle norme giustinianee da parte dei giuristi medievali: fenomeni come il 'travisamento' o il 'tradimento' delle fonti ⁽¹⁸⁾ ne sono stati causa ed effetto. I giovani ravvisavano nelle miniature che ornavano la *constitutio* costantiniana che disciplinava con auliche parole il *testamentum militis* (C.6.21.15) i *milites* del loro tempo, i cavalieri, non certo i legionari imperiali, intenti a tracciare con le ultime forze rimaste il nome dell'erede con il proprio sangue sullo scudo ⁽¹⁹⁾; in quelle, talora magnifiche e complesse nella loro articolazione scenica, che ornano il titolo *De servis fugitivis* del *Codex*, vedevano i servi della gleba che cercavano di sottrarsi con la fuga alle proprie dure condizioni di vita, piuttosto che gli schiavi dell'economia servile dell'età classica ⁽²⁰⁾; nelle raffigurazioni del matrimonio notavano tra i protagonisti sacerdoti celebranti unioni cristiane in cattedrali medievali. Anche le miniature più importanti, come ad esempio quelle che solennizzano la *Const. Imperatoriam maiestatem*

Biblioteca Malatestiana di Cesena (S.IV.2): una preziosa testimonianza dell'illustrazione giuridica bolognese del Trecento, in *Hortus in Bibliotheca. Un itinerario nel giardino della miniatura*, Cesena, Biblioteca Malatestiana, 2020, pp. 11-34; oltre ad altri interessanti saggi dello studioso bolognese.

⁽¹⁸⁾ Su questi fenomeni cfr. le pagine di A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, il Mulino, 2007, pp. 101-102; GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., p. 51.

⁽¹⁹⁾ Cfr. ad es. la miniatura presente nella relativa sede del *Codex*, ms. Palat. Lat. 759.

⁽²⁰⁾ Cfr. la magnifica miniatura che orna l'esemplare del *Codex*, Palat. Lat. 759.

premessa da Giustiniano alle *Institutiones*, e che rappresentano il *Basileus* assiso sul trono e circondato dai propri dignitari, sono portatrici di questi messaggi. In un manoscritto della Biblioteca malatestiana di Cesena un dipinto della prima metà del Trecento ⁽²¹⁾ ci offre l'immagine del monarca come un uomo anziano, ancora vigoroso, in armatura completa, come venivano usualmente raffigurati gli imperatori medievali: anzianità che garantiva la saggezza del legislatore e ne sanciva la rispettabilità, quasi a rendere visibile nelle fattezze del sovrano l'antichità delle *leges* romane. Ai lati di Giustiniano sono rappresentate due schiere: alla sua destra i giuristi, i *doctores*, con le loro vesti bordate di ermellino ed i libri in mano, alla sua sinistra conti e cavalieri, a dimostrare la continuità del nuovo impero, rappresentazione concreta della dignità di *arma et leges*. Da questi pochi esempi possiamo constatare come si siano create nella consuetudine degli *scriptoria* universitari modelli di raffigurazioni, con personaggi e stili che devono avere certamente condizionato l'immagine che maestri e allievi hanno percepito e nel contempo modellato del contenuto delle norme, indirizzando probabilmente in tal senso anche l'impostazione delle *lecturae*.

Testi e libri erano ancora immersi in una cultura prevalentemente orale, senza distaccarsene. Jorge Luis Borges, nella sua nota conferenza *Libri* tenuta all'Università Belgrano di Buenos Aires, ha ribaltato un luogo comune, là dove affermava che la parola tocca le corde più riposte dell'uditorio, mentre lo scritto rimane pesantemente ancorato al suo supporto, incapace di suscitare emozioni:

Los antiguos no profesaban nuestro culto del libro — cosa que me sorprende, veían en el libro un sucedáneo de la palabra oral. Aquella frase que se cita siempre: *Scripta maner verba volat*, no significa que la palabra sea efímera, sino que la palabra escrita es algo duradero y muerto. En cambio, la palabra oral tiene algo de alado, de liviano; alado y sagrado, como dijo Platón. Todos los grandes maestros de la humanidad han sido, curiosamente, maestros orales ⁽²²⁾.

⁽²¹⁾ Cesena, Biblioteca Malatestiana, ms. S.IV.1, fol. 1r. La miniatura è attribuita al 'Maestro del *Leggendario*': ringrazio Gianluca Del Monaco per la segnalazione.

⁽²²⁾ J.L. BORGES, *El libro*, in *Oral*, Buenos Aires, Emecé editores-Editorial de Belgrano, 1979, p. 14.

Gli studi di Walter Ong ci indicano, altresì, che la scrittura spesso fungeva da rinvio ad un mondo di oralità, i libri servivano per la lettura ad alta voce ⁽²³⁾, come accadeva proprio nella lezione universitaria. Maestri e studenti imparavano numerosi testi a memoria, gli stessi manoscritti erano strutturati in maniera da supportare la funzione mnemonica e l'oralità: dal colore rosso delle rubriche, utile a ricordare e individuare immediatamente le diverse partizioni del testo, al collegamento tra la pagina che si stava finendo di *legere* e la successiva, costituito dalla prima parola di questa ricopiata in calce nel *recto* del foglio precedente, in maniera da non interrompere la *lectura* mentre si girava la pagina. In un contesto in cui in molti casi i libri erano privilegio di pochi, ed era raro che si potessero possedere dallo stesso soggetto tutti i volumi delle leggi giustinianee, lo spazio per la memoria e l'oralità era davvero enorme. I nostri manoscritti quindi testimoniano, come un antico specchio infranto, solo una parte della affascinante vicenda della trasmissione del sapere giuridico nel medioevo, nella consapevolezza che la dimensione vastissima della cultura orale sopravvive, come un pallido riflesso, tra le pieghe della scrittura nel grande mare della testualità ⁽²⁴⁾. Glosse, *additiones* e note rappresentano solo i resti giunti fino a noi della cultura medievale: Francis Bacon nel 1605 asseriva che « Antiquities are history defaced, or some remnants of history which have casually escaped the shipwreck of time » ⁽²⁵⁾, e po-

⁽²³⁾ « La scrittura aveva infatti principalmente una funzione di rimando della cultura nel mondo orale, come nella lettura pubblica di testi letterari e d'altro genere e nella lettura ad alta voce [...] i manoscritti non erano facili da leggere, e i lettori tendevano ad imparare a memoria almeno una parte di quanto essi contenevano [...] o testi scritti spesso mantenevano lo schema dell'oralità, che ne facilitava il recupero mnemonico »: W.J. ONG, *Oralità e scrittura. Le tecnologie della parola*, Bologna, il Mulino, 1986, pp. 171-172.

⁽²⁴⁾ Francesco Migliorino svolge queste considerazioni a proposito dei *Libelli* di Pietro Geremia: « La scrittura ha le sue pieghe. Ammutolisce la voce ma trattiene la parola, non si spinge mai al punto da disperdere l'oralità dell'evento comunicativo. Persino nei *quodlibet*, che ci tramandano solo la fase finale della *determinatio* magistrale, si sente il mormorio dei discorsi che il giorno prima aveva impegnato una folla di maestri e di scolari nell'incalzante incedere degli interroganti e dei rispondenti ». F. MIGLIORINO, *Il corpo come testo. Storie del diritto*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008, p. 120.

⁽²⁵⁾ F. BACON, *The advancement of learning*, ed. W.A. Wright, Oxford, Clarendon Press, 1876, p. 90. Sul brano di Bacon cfr. A. MAZZOCCO, *A reconsideration of*

tremmo bene adattare al nostro contesto queste parole. Le note apposte da tante mani diverse, di scolari e maestri, sui margini e tra le colonne del testo dei manoscritti giuridici, sono solo le poche tracce di innumerevoli corsi universitari in cui la parola, come durante la conferenza del grande poeta argentino, ha toccato le corde più riposte di coloro che hanno sentito l'esigenza di lasciarci una traccia vergata con il seme nero dell'inchiostro. Poche note che spesso costituiscono la sparuta testimonianza di opere ben più consistenti che purtroppo non possiamo annoverare nelle nostre biblioteche, opere che non sono sopravvissute al naufragio del tempo.

3. Doctores legentes.

Tra i primi testi del Digesto si trova la l. *Necessarium* nel titolo *De origine iuris* (D.1.2.2.): un frammento del *Liber singularis enchiridii* di Pomponio ove si trattava delle origini della giurisprudenza romana e si citava il primo giurista che avesse insegnato l'antico diritto, Tiberio Coruncanio, « qui primus profiteri cepit ». La *lectura* di questo testo forniva talvolta ai docenti il pretesto per raccontare la storia delle origini dello studio bolognese: in anni risalenti mi sono imbattuto in alcune note generose di notizie e tradizioni 'alternative' a quelle più conosciute. Una di un manoscritto di Saint Omer ⁽²⁶⁾ riprende il notissimo distico rivolto da Irnerio ai quattro dottori: « Bulgarus os aureum, Martinus copia legum, mens legum est Ugo, Iacobus id quod ego », comunemente ritenuto una sorta di testamento spirituale di Irnerio che avrebbe così designato Iacopo come erede della propria *schola*. 'Garnerius' « non poterat plus legere per nimiam senectutem »: non un Irnerio morente come nella cronaca dei Morena, ma un maestro troppo anziano per continuare nella faticosa attività della *lectura*, una situazione più credibile e meno tragica all'origine dei due versi. Ma già l'esistenza di una tradizione diffusa che vi racchiudeva le qualità dei quattro dottori secondo il

Renaissance antiquarianism in light of Biondo Flavio's Ars antiquaria with an unpublished letter from Paul Oskar Kristeller (1905-1999), in « Memoirs of the American Academy in Rome », 59-60 (2014-2015), p. 126 nt. 29.

⁽²⁶⁾ Ms. Saint Omer, Bibliothèque Municipale, 451, fol. 9r.

loro maestro, rappresenta la prova di una precoce mitizzazione di questi, un uomo capace di sintetizzare in parole definite ‘scultoree’ la personalità scientifica dei propri allievi (27).

Un'altra nota apposta alla stessa *sedes materiae*, vergata su un manoscritto torinese (28) da un allievo di Francesco d'Accursio, è più generosa di notizie su colui che « primo docuit novis temporibus », definito ‘Garnerius Theutonicus’: un Irnerio di origine tedesca, ipotesi che trovo sempre più convincente, e che ha trovato largo seguito nella storiografia (29).

Anche nella nota torinese vengono ripetuti i due versi prima citati, ma stavolta in un contesto diverso, ancora più realistico:

Set isti quattuor de pari contendebant, et cum recedere vellet dominus Garnerius de Bon(onia) et ire ad domum suam, et quilibet istorum quattuor dicebat domino Garnerio quod dimitteret ei scholas. Ipse vero, cavens ne vinceretur aliquis eorum, ultima die qua legitur dixit: Bulgarus hos aureum, Martinus copia legum, Hug(o) mens legum, Jacobus id quod ego. Et hoc dixit volens innuere quod quilibet faceret scholas suas, et ipsi ita fecerunt.

(27) Su questa fonte cfr. G. PACE, ‘Garnerius Theutonicus’. *Nuove fonti su Irnerio e i ‘quattro dottori’*, in « Rivista Internazionale di Diritto Comune », 2 (1991), p. 131 e ss.

(28) Ms. Torino BN E.I.15, fol. 7r.

(29) A questa interessantissima nota ho dedicato un mio studio: PACE, ‘Garnerius Theutonicus’, cit. Sull’origine germanica di Irnerio aveva già ritrovato una fonte K.W. NÖRR, *Zur Herkunft des Irnerius*, in « Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte », Rom. Abt., LXXXII (1965), pp. 327-329; la cui portata viene avvalorata dalla tradizione incorporata nell’*additio* torinese, scoperta ritenuta rilevante da FRIED, “...auf Bittender Gräfin Mathilde”, cit., p. 187; M. BELLOMO, *Il testo per interpretare il testo. Sulle origini della giurisprudenza medievale*, in *Medioevo edito e inedito*, II, *Scienza del diritto e società medievale*, Roma, Il Cigno, 1997, p. 29; G. MAZZANTI, nell’introduzione a *Guarnerius Iurisperitissimus, Liber divinarum sententiarum*, ed. critica a cura di G. Mazzanti, Spoleto, CISAM, 1999, p. 74; ID., *Irnerio: contributo a una biografia*, Roma, Il Cigno, 2000; *et alii*, e accolta nei più diffusi manuali: cfr. ad es. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, cit., II, p. 58; H. SCHLOSSER, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte. Ein Studienbuch*, Heidelberg, Müller Verlag, 1996, pp. 35-36. Sulla tradizione relativa ad Irnerio tedesco cfr. E. CORTESE, *Irnerio*, in *Dizionario biografico degli italiani*, 62, 2004, p. 600 e ss.; ID., *Irnerio*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, p. 1109 e ss.; E. SPAGNESI, *Irnerio*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero, ottava appendice, Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 2012, p. 43 e ss.

Nell'ambiente della scuola accursiana si tramandava la storia di un maestro di origine germanica, che, dopo aver iniziato ad insegnare, primo nei nuovi tempi, dopo tanti anni decise di lasciare Bologna e tornare nella terra natia, a casa, « ad domum suam ». Non si fa cenno neanche alla incipiente vecchiaia che avrebbe impedito di continuare l'insegnamento, bensì all'esigenza eterna del *nostos*, del ritorno alle proprie origini, dopo aver compiuto un'opera che noi sappiamo essere stata grandiosa, ma di cui probabilmente al tempo della *lucerna iuris* non vi era piena coscienza, non si poteva certo percepire dallo stesso maestro un futuro così importante per la sua ricerca senza fine sui testi giustiniani. Ancora i versi sui quattro dottori: stavolta in un contesto davvero meno nobile. Ciascuno voleva proseguire l'attività di Irnerio, e soprattutto ereditare la sua scuola, con i profitti connessi, vista la fama del *dominus*: perciò lo assillavano perché scegliesse uno di loro come successore, in maniera da continuare a lucrare le *collectae* degli studenti, evidentemente ormai numerosi. Ma Irnerio non cadde nella trappola tesagli dagli avidi allievi: con grande eleganza, forse anelando già al suo paese ed impaziente di partire, pronunciò il famoso distico per indurli ad aprire ciascuno la propria scuola (« cavens ne vinceretur aliquis eorum »), indicando le qualità di ognuno per legittimarne la capacità di insegnamento: « et ipsi ita fecerunt ». Una storia più credibile, per me certo più convincente di auliche tradizioni, probabilmente più vicina di altre ad una possibile realtà storica, essendosi mantenuta di generazione in generazione tra i maestri bolognesi fino a Francesco d'Accursio, che la aveva sicuramente appresa dal padre. Un autentico uomo del medioevo, che dopo una vita spesa al servizio dell'imperatore e del sapere decide di abbandonare l'impegno quotidiano e di ritirarsi in patria.

La medesima nota del manoscritto torinese ci offre un generoso squarcio sulla mentalità degli studenti medievali, e sul loro rapporto con il proprio maestro e la memoria lunga delle scuole. Subito dopo avere accennato a 'Garnerius' *theutonicus* l'anonimo studente si lancia in una disquisizione sulle forme di filiazione, distinguendo tra genitori legittimi e naturali, adottivi, « ex ratione regiminis », come i podestà, padri della città, per concludere: « sunt et quartí, ut dicuntur patres scolarium, et debet (sic) scolares suos paterna diligere affectione ». I maestri come padri degli scolari, cui

devono guardare con devozione e affetto: a questo punto il giovane inizia a ripercorrere un sorprendente albero genealogico ‘magistrale’, dal proprio *dominus* Francesco d’Accursio « pater meus », risalendo al ‘nonno’ Accursio, padre legittimo e maestro di Francesco; all’*abavus* Azzone, all’*attavus* Giovanni Bassiano allievo dell’*attavus* Bulgaro, a sua volta, come sappiamo, allievo del *tritavus* del giovane, Irnerio. Una galleria di ritratti della stirpe accademica irneriana generata da Bulgaro, di cui parlava Francesco d’Accursio durante una delle prime lezioni sul *Digestum vetus*, e che ha fatto presa sull’animo di uno, forse di tanti, suoi allievi. Una notizia che documenta l’ascendenza della scuola accursiana come vanto di maestri e scolari, una tradizione ininterrotta — che tramandava anche il racconto su Irnerio tedesco — raccontata con un orgoglio degno del rampollo di un illustre casato feudale che rimembra i propri antenati che parteciparono alle crociate. Un sorprendente documento del rapporto intimo che si veniva a creare all’interno delle scuole, esaltato dal figlio di Accursio che probabilmente amava vantarsi delle proprie origini, ma che sintetizza in questo succedersi di generazioni la storia della scuola di Bologna per come veniva percepita al tempo, inclusiva della memoria degli antichi maestri scendendo *per li rami* fino ai giovani impegnati nella quotidiana attività di studio e partecipazione alle lezioni, parte viva anch’essi della grande comunità degli studiosi di diritto, a rappresentare il futuro, come le giovani generazioni in tutte le famiglie. Maestri rappresentati come grandi protagonisti, ma anche come compagine familiare, in uno spirito di rassicurante continuità, che talvolta tuttora connota gli allievi di importanti scuole accademiche, partecipi dello splendore della ‘Nobiltà del Diritto’ (30).

Doctores che sono portatori di questo orgoglio, e che intendono avvicinarsi sempre più alla sfera del potere e attingere dignità prima insperate, mediante la contiguità con imperatori, papi, re, podestà e capitani, con l’esercizio di magistrature e uffici che nel corso dei secoli verranno essi stessi considerati nobilitanti, con l’uso

(30) La suggestione ovviamente è quella del volume di P. GROSSI, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008.

di simboli e insegne, come le cappe scarlatte ⁽³¹⁾ o gli ornamenti di ermellino che fanno ancora bella mostra di sé nelle miniature dei *Libri legales*, sulle spalle di giudici assisi solennemente sugli scranni giudiziari. *Domini* che argomentano la loro nobiltà anche tramite norme contenute nel diritto romano, come la già ricordata costituzione *Imperatoriam maiestatem*, del 533, che precede le *Institutiones*, rivolta alla *cupida legum iuventus*, in cui Giustiniano, che rivendica il proprio operato in guerra come vincitore e in pace come legislatore, afferma che *arma* e *leges* sono i fondamenti della maestà imperiale ⁽³²⁾; o come la Costituzione di Teodosio del 425 che attribuiva particolare dignità a grammatici e *iuris periti* dopo venti anni di studi e insegnamento ⁽³³⁾. Norme di cui i glossatori operarono una lettura interessata, interpretando tali testi come fondativi di nobiltà: siamo agli inizi di un lungo percorso verso quella che poi verrà denominata *noblesse de robe*, la nobiltà di toga. I nostri giuristi furono molto attenti a questa dimensione sociale privilegiata — peraltro tra gli studenti si annoveravano anche cadetti di casate feudali e nobiliari —, avvicinandosi ai centri del potere, alle corti dei sovrani, anche perché spesso erano proprio costoro a richiederne i servizi, a consultarli per le più svariate esigenze, per poi ricompensarli con prestigiose (e lucrose) dignità e magistrature, o con titoli nobiliari: è noto il caso di Bartolo da Sassoferrato nominato dall'imperatore Carlo IV suo *consiliarius* nel 1355. Potenti che sapevano bene di avere necessità del contributo dei giuristi per la loro attività di governo, per i provvedimenti legislativi da emanare, per ottenere

⁽³¹⁾ E. CORTESE, *Intorno agli antichi iudices toscani e ai caratteri di un ceto medievale*, in *Scritti in memoria di Domenico Barillaro*, Milano, Giuffrè, 1982 (rist. in ID., *Scritti*, curr. I. Bircocchi, U. Petronio, Spoleto, CISAM, 1999), p. 23 nt. 56, ricorda che « per una società cetuale, attenta ai simboli, è ovvio il profondo significato dello statuto bolognese del 1288 che estende ai soli *doctores legum* il privilegio tipicamente nobiliare della sepoltura con abiti scarlatti ».

⁽³²⁾ Ennio Cortese ricorda anche C.2.7.4 e 14, insieme a C.2.6.7 pr.: cfr. *ivi*, p. 23 nt. 55. Su alcuni risvolti del connubio *arma et leges* mi permetto di rinviare a G. PACE GRAVINA, *Arma et leges. Juristes et identité nobiliaire en Sicile à l'époque moderne dans les procès de noblesse de l'Ordre de Malte*, in « Cahiers de la Méditerranée », 2018, 97/2, *Nobles et chevaliers en Europe et en Méditerranée*, a cura di A. Brogini, G. Butaud, M. Ghazali e J.P. Pantalacci, p. 89 e ss.

⁽³³⁾ C.12.15.1.

preziosi pareri legali. Notissimi i casi del Barbarossa o di Federico II: vorrei qui solo citare un caso inedito, che vide il giudice d'Arborea, forse Mariano, padre della più famosa Eleonora, chiedere a Iacopo Bottrigari un parere su un problema di *manumissio* dei servi ⁽³⁴⁾, ad indicare una continua interazione con i *sapientes*.

4. « *Amore scientiae facti exules* ».

Nelle arche dei *doctores* la parte più evocativa non è rappresentata dalle raffigurazioni dei maestri, per lo più colti in una posa d'insegnamento ieratica e convenzionale, durante la *lectura* del testo giustiniano; bensì dalla descrizione della scolaresca: in alcuni casi gli artisti hanno attribuito varietà di fisionomie, di pose e di atteggiamenti ad ogni singolo studente, quasi ad evidenziarne la personalità. Studenti attenti o distratti, intenti ad ascoltare il maestro o a commentarne le parole; con gli occhi fissi sul libro aperto sul banco o con lo sguardo rivolto al *dominus*, con il mento appoggiato su una mano, perfino in piedi a braccia conserte, come nel già citato rilievo di Cino da Pistoia. *Scholares* protagonisti anch'essi dell'avvio della grande avventura della nascita dell'Università. Gli esemplari sopravvissuti dei *Libri legales* hanno preservato numerose notizie: alcuni giovani hanno vergato sui fogli di guardia ricordi personali, sui primi fogli sono state apposte dai gabellieri le note di *conduxit*, che ci permettono di conoscere con certezza l'ingresso a Padova dei libri e dei loro possessori; tra gli appunti che documentano l'assiduità alla *lectura* si trovano talvolta accenni alla frequenza al corso di un *doctor*, alle sue teorie, più raramente date che ci permettono di riconoscere con certezza il luogo e l'ambito temporale in cui circoscrivere tale insegnamento. Sono note che affascinano: spesso tralasciate nel passato, quando gli studiosi erano intenti a indagare i manoscritti per individuare la *lectio* più affidabile

⁽³⁴⁾ Ms. Biblioteca Apostolica Vaticana, Palat. Lat. 732, *Digestum vetus*, fol. 102r: « Et sic est ar. ad questionem Iudicis Arboree vel alterius habentis in feudum territorium, cum iuribus et iurisdictionibus, pascuis, saltibus, hominibus servis liberis et ascriptitiis ut presit manumittere servos capitibus tantum non minutis, perduto feudo et etiam in minutis tenebit manumissio saltem donec duret ei feudum vel successoribus suis ar. C. Communia de ma(numissionibus) l. I (C.7.15.1), et sic de facto consuluit Ia. Butri. in questione Iudicis Arboree ».

dei testi giustinianeî, sono in seguito state riconosciute come fondamentali per documentare la vita dei libri nelle scuole medievali. Durante le mie ricerche mi sono spesso imbattuto in studenti che, grazie a queste note, mi hanno indotto ad approfondire le loro vicende umane, attirandomi lungo i sentieri delle loro storie. Studenti accomunati dalla sete di apprendimento e dalla voglia di avventura, lontani dalle proprie case e dalle famiglie, pronti a vivere un'esperienza coraggiosa e avvincente.

Studenti che provenivano da terre lontane. Di alcuni sono sopravvissute testimonianze sui loro viaggi per raggiungere i centri di studio: cosî è per due giovani siciliani, Giovanni Sabia e Antonino Barbara ⁽³⁵⁾. Il primo ci racconta del suo viaggio da Nicosia a Padova. Tre settimane per raggiungere Venezia: dopo una sosta ristoratrice, che gli avr  permesso di vivere le attrattive che hanno reso famosa la Serenissima, Sabia raggiunse finalmente la propria meta dopo un mese dalla partenza. Pochi giorni dopo inizi  a frequentare il corso del famoso *doctor* Raffaele Fulgoso: il manoscritto del *Codex* contiene appunti dello studente, che forse documentano proprio le lezioni del maestro patavino. L'altra testimonianza riguarda invece uno studente di Caltagirone, Antonino Barbara, che ci ha lasciato una testimonianza di eccezione: tenne nel 1503 nella citt  natale un'orazione per ringraziare il senato locale per avergli attribuito una delle borse di studio che l'*universitas* concedeva agli studenti pi  meritevoli per poter frequentare gli *Studia generalia*. La diede alle stampe a Venezia, facendola corredare da una xilografia che lo raffigura nel palazzo senatorio, in cattedra come un maestro, durante l'orazione ⁽³⁶⁾. Nel testo il giovane racconta i pericoli del viaggio, affrontati per amore dell'apprendimento:

Et ab extremis migrare finibus ad haec me contuli loca, ubi litteris incumbere possem; denique me non a patrio domicilio absentia, non

⁽³⁵⁾ Alle vicende dei due studenti ho dedicato un mio saggio: G. PACE GRAVINA, *Studiare extra regnum. Testimonianze di viaggio di due studenti siciliani a Padova*, in « Rivista di Storia del Diritto italiano », 92 (2019), 1, p. 45 e ss.

⁽³⁶⁾ G. PACE, *La "Civitas Calatagyroni": un'antica raffigurazione di Caltagirone nell'opera di un "legum studens" del secolo XVI*, in « Quaderni Catanesi di studi classici e medievali », 16 (1986), p. 527 e ss.

interiacens longitudo terrarum, non viarum discrimina, non maris fluctus atque procellae spumantes [...] non turchorum atque latronum insidiae, non tandem illa pericula omnia quando illo die hanc legalem sapientiam capescere aggrederer, terrere potuerunt.

I pericoli del mare, i briganti, i turchi: solo alcune delle insidie che rendevano i lunghi percorsi davvero pericolosi per i viaggiatori, particolarmente per dei giovani senza esperienza. *Amore scientiae facti exules*: il *topos* dell'*Authentica Habita* del Barbarossa ben coglie l'animo di giovani intelletti che volevano fortemente raggiungere i più famosi centri di studio per apprendere la scienza legale dalla viva voce dei grandi maestri, che hanno abbandonato il loro piccolo mondo sicuro per integrarsi in una comunità studentesca, inoltrarsi in un lungo tirocinio sui *Libri legales*, certi che questa esperienza avrebbe permesso loro di raggiungere un ambito *status* sociale, o quantomeno di mantenerlo.

Una esperienza che si rivelerà fondamentale per le loro vite. Il confronto con una grande città, con usi e costumi diversi, con autorità diffidenti, ma soprattutto con i *doctores* e con i compagni di studio che affollavano i centri universitari. Nelle *peregrinationes* di ricerca sono stato chiamato da numerosi studenti, ansiosi di raccontarmi le loro vicende. Uno tra i più singolari è certamente Cosimo Veronesi ⁽³⁷⁾: un catanese che iniziò a studiare a Pavia, ove acquistò un esemplare del *Codex* da Arduino Geremia, un suo collega palermitano, comprando anche una copia del *Digestum vetus* e una dell'*Infortiatum*. Quindi si trasferì a Padova, come è testimoniato da una nota di *conduxit* del 1407, venendo poi raggiunto dal fratello Artale. Nella città veneta Cosimo entrò ben presto a far parte della comunità studentesca, venendo addirittura definito 'ridanciano': probabilmente subendo il fascino intrigante e proibito della goliardia. Divenne vicerettore dell'*universitas*, e fu spesso presente alle cerimonie delle *licentiae* o delle lauree di amici e conterranei: tra il 1412 e il 1414 partecipò ad almeno 42 di esse, davvero un 'presenzialista' *ante litteram*. In seguito comparve solo in tre documenti degli anni trenta del Quattrocento, in cui venne indicato come *iuris*

⁽³⁷⁾ Su Cosimo Veronesi cfr. G. PACE, 'Cosmas de Veronisiis de Sicilia' studente a Padova, in « Rivista Internazionale di Diritto Comune », 1 (1990), p. 193 e ss.

civilis peritus, segno che non attinse mai il dottorato. Vendette i suoi libri prima del 1419, anno in cui un *dominus* Antonius entrò a Padova recando con sé i tre *Libri legales* del catanese.

Cariche ambite dagli studenti, quelle di rettore e vicerettore, che permettevano visibilità, oltre ai graditi inviti ai festeggiamenti dei colleghi, ed esercizio di qualche potere: un personaggio la cui storia evidenzia quest'ultimo aspetto è Hinrich Murmester da Amburgo, più noto come Henricus de Saxonia, studente a Padova dal 1460, che fu anche rettore: a lui si deve la compilazione degli Statuti universitari patavini del 1463 ⁽³⁸⁾. Enrico prese molto sul serio il proprio incarico: grazie ad alcune carte di un manoscritto monacense apprendiamo preziose notizie sull'esercizio della carica. Lo ritroviamo impegnato nel sindacato del rettore uscente, il dalmata Iacopo de Andreis da Traù, che non prese bene la precisione del successore nel contestargli gli addebiti sul proprio operato. Murmester vide montare contro di lui una forte opposizione, numerosi consiglieri evidentemente non avevano inclinazione per la pedissequa applicazione della normativa pretesa dallo studente teutonico: le carte ci mostrano un clima davvero incandescente. Un altro documento che ci offre interessanti squarci sull'attività concreta di un rettore medievale è una missiva rivolta da Enrico al *doctor* Angelo degli Ubaldi ⁽³⁹⁾, in cui il giovane chiedeva chiarimenti sul diritto degli studenti e dei loro famigli di portare armi, e soprattutto un *consilium* su un «negotium minimum», una storia di studenti creduloni e colleghi spregiudicati, degna di un novelliere medievale, cui il congiunto di Baldo rispose con un parere, redatto con seriosa, malcelata, ironia.

Storie di giovani che entrano nel mondo degli adulti, con nuove responsabilità e ruoli che prefigurano futuri impegni, al fianco di potenti, in corti di giustizia, nell'amministrazione di regni o città.

⁽³⁸⁾ Sul rettore padovano cfr. G. PACE, *Nuovi documenti su Hinrich Murmester, Rector iuristarum dello Studio di Padova nel 1463. Con un consilium inedito di Angelo degli Ubaldi*, in «Quaderni per la storia dell'Università di Padova», 32 (1999), p. 223 e ss.; pubbl. con modifiche anche in *Rechtsgeschichte(n)?*, Berlin, Lang, 2000, pp. 177-188 (*Un rettore padovano del Quattrocento e le sue prerogative: Henricus de Saxonia*).

⁽³⁹⁾ Si tratta di Angelo il giovane, discendente del fratello di Baldo: sul giurista cfr. P. GRIGUOLO, *Notizie su Angelo Ubaldi il giovane, tra Ferrara, Siena e Padova*, in «Quaderni per la storia dell'Università di Padova», XLIII (2010), pp. 163-179.

A proposito della carica di rettore e del ruolo di protagonista di Veronesi a pranzi e banchetti di laurea è emersa tempo fa una fonte, non adeguatamente attenzionata dalla storiografia giuridica. Si tratta di un curioso ricettario cinquecentesco di ambiente patavino, una sezione del quale è intitolata « Per voler essere Rectore di ischolari legisti », e contiene un cerimoniale per l'ingresso nella carica studentesca, comprendente anche la descrizione del pranzo che il rettore doveva offrire e delle portate relative: segno che il ruolo dei riti collettivi, tra feste e cerimonie, era simbolicamente fondamentale per queste comunità. Dopo la descrizione delle formalità da seguire per la votazione e l'immissione in carica dell'eletto, seguono le istruzioni per lo svolgimento delle cerimonie di laurea, « Per far un convento pubblico », comprensivo dei doni da offrire ai promotori, al vescovo, al capitano, ai *doctores* collegiati. I cerimoniali sono seguiti dalle indicazioni utili per la riuscita del banchetto offerto da rettori o novelli dottori alle autorità: un ricchissimo *buffet* con grandi coppe d'argento ricolme di ogni sorta di dolci e leccornie, come « brazedeleti di zucharo e nebie storte in zucharo », oltre a pistacchi argentati, confetti di nocciole, mandorle o cannella, accompagnati da « vin grego », la malvasia, erano a disposizione degli invitati seduti su una lunga tavola, « un tribunale aparechiato bellissimoamente », e allietati da musiche di « piphari e trombete »⁽⁴⁰⁾.

Dopo la *licentia* o la laurea la gran parte degli *scholares*, ormai *doctores*, tornava generalmente nelle proprie contrade di origine, dove erano attesi da agi e onori: come fu per Arduino Geremia, che al ritorno in patria dopo il dottorato pavese percorse una brillante carriera divenendo anche giudice della *Magna Regia Curia* del regno di Sicilia; o come per Giovanni Sabia, che fu perfino lettore di diritto nel neonato *Studium* di Catania; o per Murmester, che tornato nella città natale ne fu *Burgmeister* per lunghi anni. Ma la fortuna non arrise certo a tutti: come abbiamo notato, Cosimo Veronesi non si addottorò e non tornò nella sua Catania, probabilmente perché non

(40) C. BENPORAT, *Un testo inedito cinquecentesco di cucina e scalcheria veneta*, in « Appunti di gastronomia », 27 (1998), p. 43 e ss.: devo la lettura del saggio al compianto Memi Spadaro di Passanitello e alla gentilezza dell'Autore. Lo studio di Benporat è stato poi utilizzato da M. SCOPEL, *Panorami conviviali dello Studio di Padova nel XV secolo*, in « Appunti di gastronomia », 53 (2007), p. 9 e ss.

lo attendeva più un futuro roseo all'ombra del casato degli Alagona, il cui potere era stato travolto dalla restaurazione dei Martini; o come Antonino Barbara, di cui si perdono le tracce poco dopo la sua orazione ai senatori che gli elargivano la borsa di studio.

Scolari intenzionati a vivere nuove esperienze, pronti ad abbandonare, in giovane età, un'esistenza comoda con la prospettiva di pericolosi viaggi e lunghi soggiorni nelle città universitarie, dove solo una grande forza di volontà li avrebbe sorretti nei lunghi anni necessari per ascoltare dalla voce dei maestri *lecturae* complesse, per apprendere i testi del diritto romano e di quello canonico, per impadronirsi di una solida cultura legale⁽⁴¹⁾. Il miraggio era quello di ritornare in patria per ricoprire le magistrature locali: i più brillanti, o i più fortunati, o coloro che avevano alle spalle famiglie o protettori influenti, potevano anche sperare di scalare i più alti uffici di regni e principati.

Studenti volenterosi e goliardi, fortunati e determinati o costretti a lottare contro una sorte avversa, innamorati del potere o scevri da ogni contatto con esso, ci restituiscono un'immagine vivace della comunità che raggiungeva da ogni parte d'Europa le città universitarie, *amore scientiae ducta*.

5. *Una memoria comune.*

Un medioevo sapienziale, dunque, che ha visto una intensissima circolazione di libri, di studenti e di maestri. A conclusione del nostro itinerario, vorrei almeno ricordare due testimonianze, tra le più significative, che riescono a condensare la memoria di questa importante esperienza culturale e umana. Mi riferisco ad alcuni gruppi di manoscritti che vennero posseduti dal medesimo o dai medesimi personaggi, che documentano magnificamente la circolazione e la propagazione dei *Libri legales*. Sullo sfondo è possibile, ancora oggi, intravedere la loro stretta relazione con ambienti, scuole, studenti e maestri.

(41) Sulle dinamiche che accomunarono maestri e studenti nelle scuole medievali cfr. M. BELLOMO, *Saggio sull'università nell'età del Diritto comune*, Catania, Giannotta, 1979.

Un esempio di questo approccio è costituito dai *Libri legales* appartenuti al già noto Cosimo Veronesi: questi possedeva un notevole esemplare del *Codex* ⁽⁴²⁾ abbellito da miniature della metà del Trecento in cui ho riconosciuto la mano del ‘Maestro del Graziano di Parigi’, acquistato a Pavia da Arduino Geremia nel 1398. Veronesi portò il libro con sé a Padova, quando vi si trasferì per i propri studi di diritto. Cosimo possedeva anche un *Digestum vetus* ⁽⁴³⁾ e un *Infortiatum*, acquistato da Daniele Scarampi ⁽⁴⁴⁾, sui quali scrisse i propri appunti. Libri che poi furono ceduti ad altri quando la ruota della fortuna dello studente siciliano lo precipitò in basso, e uscirono da Padova, per poi tornarvi nei bagagli di un misterioso ‘dominus Antonius’ nel 1419. In seguito i volumi dovettero essere acquisiti da uno studente tedesco, che li portò nella sua patria, ove entrarono a far parte della biblioteca dei Függer. Questa confluì nella famosa *Bibliotheca Palatina* del castello di Heidelberg: quando nella guerra dei Trent’anni il duca Massimiliano di Baviera conquistò la fortezza, pensò bene di inviare nel 1623 la preziosa raccolta libraria a Roma, in dono al papa Gregorio XV.

Un altro esempio a me caro è quello dei *Libri legales* che ho scoperto essere appartenuti al noto *doctor* bolognese Riccardo da Saliceto. Si tratta di un esemplare completo: *Digestum vetus* ⁽⁴⁵⁾, *Infortiatum* ⁽⁴⁶⁾, *Digestum novum* ⁽⁴⁷⁾, *Codex* ⁽⁴⁸⁾, *Volumen parvum* ⁽⁴⁹⁾. La rilevanza del ritrovamento risiede nel fatto che si tratta di alcuni tra i pochissimi *libri magistrorum* sicuramente riconosciuti come tali. Ritroviamo in seguito, nel 1425, i volumi nelle mani di Francesco Gonzaga, dell’illustre casato dei signori di Mantova, che, dopo avere frequentato altri centri di studio, si fermò a Padova dal 1430, ove si laureò *in utroque iure* nel 1433. Il giovane fece arricchire i manoscritti con le proprie armi gentilizie, miniature umanistiche che impreziosiscono ulteriormente i volumi. Questi

(42) Si tratta del ms. Biblioteca Apostolica Vaticana, Palat. lat. 759.

(43) Ms. Biblioteca Apostolica Vaticana, Palat. lat. 731.

(44) Ms. Biblioteca Apostolica Vaticana, Palat. lat. 742.

(45) Ms. Biblioteca Apostolica Vaticana, Vat. lat. 1409.

(46) Ms. Biblioteca Apostolica Vaticana, Vat. lat. 2514.

(47) Ms. Biblioteca Apostolica Vaticana, Vat. lat. 1425.

(48) Ms. Biblioteca Apostolica Vaticana, Vat. lat. 1430.

(49) Ms. Biblioteca Apostolica Vaticana, Vat. lat. 1436.

pervennero alla biblioteca pontificia al tempo di papa Innocenzo VIII (1484-1492), di cui portano le armi, le insegne di casa Cybo ⁽⁵⁰⁾.

Due gruppi di codici, entrambi confluiti nella Biblioteca apostolica vaticana, ricchi di note e appunti di giuristi, che si intrecciano tra i fogli di pergamena e ci narrano la storia avvincente dello studio e della conoscenza del diritto comune: un viaggio lungo secoli, tra le mani di numerosi maestri e studenti, libri che hanno generato altri libri, testimoni autentici e vivi del 'laboratorio sapienziale' del medioevo.

⁽⁵⁰⁾ PACE, *Riccardo da Saliceto*, cit., p. 81 e ss.

CARLOS PETIT

MEDIOEVO DEL DINERO
EN BUSCA DE LAS
« RICERCHE SULLE OBBLIGAZIONI PECUNIARIE »
DE PAOLO GROSSI

(i) Interesante parábola la descrita por la obra de Paolo Grossi en nuestro « Anuario de Historia del Derecho Español ». Sus primeros trabajos — *Le abbazie benedettine* (1957), *Unanimitas* (1958) — atrajeron de inmediato la atención de dos destacados colegas, el historiador del derecho José Orlandis, titular de cátedra desde 1942, y el canonista Pedro Lombardía, catedrático a partir del año de su reseña. Apreciaron en los dos libros mencionados « la sólida formación científica, que cuaja ya en consumada maestría » del autor (Orlandis), la importancia de su obra, « sugestiva y de técnica impecable » (Lombardía). Se presentaba así ante el público de la revista un colega italiano del que cabía esperar « con todo fundamento [...] óptimos y bien sazonados frutos » (Orlandis) ⁽¹⁾. Siguió poco después, en la actividad de Grossi y en las notas bibliográficas del « Anuario », un largo comentario de Rafael Gibert — otro catedrático de historia del derecho (1950) — sobre las *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie* (1960), libro mayor de Grossi antes de lograr la cátedra histórico-jurídica de Macerata (1963) ⁽²⁾. Para Gibert, siempre apreciativo, « el penetrante y fino análisis del tema de las

⁽¹⁾ Cf. « Anuario de Historia del Derecho Español » [AHDE], 29 (1959), pp. 709-711 (Orlandis), 711-712 (Lombardía).

⁽²⁾ Paolo GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1960, que cito en lo sucesivo con indicación de página; parcialmente — « sotto veste mutata » — salieron de los tipos de Giuffrè las « Premesse generali » y los capítulos I y II de la primera parte en « edizione provvisoria » de 1959. Cf. AHDE, 32 (1962), pp. 616-619.

obligaciones pecuniarias, a través de la literatura del derecho común, y de la teología moral constituye [...] una visión sumamente orientadora de este vasto y difícil campo de la cultura jurídica [...] En este sentido la densa monografía de Grossi abre también una amplia perspectiva a la historia del derecho europeo». Todavía faltaban unos años para el nacimiento del *Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte* (1964).

Al interés inicial siguió un prolongado silencio. Tuvo que llegar otra generación para que las páginas del ANUARIO registraran nuevamente sus trabajos; mientras tanto, en su asiduo y programático «colloquio tra i giuristi»⁽³⁾, Grossi había dejado el impenetrable Medioevo de expresión latina — «misurarsi su un pensiero giuridico che inglobasse anche [...] il pensiero giuridico medievale forse poteva essere deterrente per il personaggio a cui più io guardavo nel 1971, e cioè il cultore del diritto privato, del diritto pubblico, del diritto positivo in genere»⁽⁴⁾ — para centrarse en el análisis de la ‘scienza giuridica’ (italiana, pero no sólo italiana: importaba singularmente la francesa) de los siglos XIX y XX⁽⁵⁾. Al tiempo que esta obra ingente alcanzaba e influía en el mundo ibérico de ambos hemisferios — de España y Portugal a Brasil y Argentina, con amplia repercusión en México — nos quedamos por aquí sin (dar a) conocer otras dos monografías de Grossi dedicadas a la *proprietas* y los regímenes afines en el derecho medieval⁽⁶⁾.

Salvo la recensión — pionera y descriptiva — de Gibert, el estudio sobre el numerario y las deudas de dinero tuvo poca

⁽³⁾ Paolo GROSSI, *Pagina introduttiva*, en «Quaderni fiorentini» [QF], 1 (1972), pp. 1-5.

⁽⁴⁾ *Incontro con Paolo Grossi*, Ilario Belloni, Eugenio Ripepe (curs.), Pisa, Plus, c. 2007, pp. 44-45.

⁽⁵⁾ AHDE, 58 (1988), pp. 592-595 (Bartolomé Clavero), que es reseña de “*La Scienza del Diritto Privato*”. *Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo, 1893-1896* (1988) y, en general, de las aportaciones al ‘socialismo giuridico’ que realizaba por entonces el Centro florentino. Dos años atrás Clavero prologó la (truncada) edición española de *Un altro modo di possedere* (1977), limitada a la primera parte de la obra-fuente.

⁽⁶⁾ Paolo GROSSI, *Locatio ad longum tempus. Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune* (1962, 1963); del mismo, *Le situazioni reali nell’esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto* (1966, 1968). Sigo la relación bibliográfica de Grossi que ofrece *Incontro*, cit., p. 93 y ss.

repercusión: apenas encuentro unas veinte referencias mediante el recurso *Google Scholar*, que se reducen propiamente a dieciocho si omitimos — como se debe — las seis que remiten a la nota española. Un balance escuálido si consideramos la fortuna que conoció una monografía felicísima: se trata de *Un altro modo di possedere* (1977), un pequeño-gran libro que tuvo traducciones al inglés y (parcialmente) al castellano y numerosas pruebas de difusión (7). Pieza correspondiente al ‘noviciado’ científico de Grossi, una etapa recorrida por esfuerzos — escribió Quaglioni — « algunos iniciados y pronto interrumpidos; otros proseguidos por más tiempo y con aportaciones nada insignificantes, hasta lograr resultados que han abierto nuevas perspectivas, no sólo respecto a la tenencia colectiva de la tierra, sino también hacia una nueva conciencia de lo jurídico » (8), queda claro que las *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie* fueron uno de esos inicios « presto interrotti » (9).

(II) O tal vez no. En esta obra primeriza sobre las doctrinas del derecho común en materia de obligaciones de dinero el lector aprecia la aparición de algunas constantes de pensamiento que acompañarán la actividad intelectual de Grossi a lo largo de su vida.

Están, primeramente, las *autoridades*. Apenas abrimos el libro saltan a la vista los nombres de Widar Cesarini Sforza (1929), Emilio Betti (1943), Salvatore Romano (1955); el índice final « degli autori moderni citati » conduce todavía al más utilizado entre todos: el célebre decano de Roma, el historiador del derecho Francesco

(7) Son 309 las menciones que registra *Google Scholar*, más las otras, muchas, correspondientes a las versiones inglesa (110 citas) y española (67), que sólo abarca la primera parte del original. No extraña que nuestro autor situase en este trabajo un antes y un después en sus investigaciones: Paolo GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 81 y ss.; también Diego QUAGLIONI, Paolo Grossi, *Il mondo delle terre collettive* (2019), en QF, 49 (2020), pp. 566-571, p. 568 y ss.; *Incontro*, cit., p. 49 y ss.

(8) QUAGLIONI, *Il mondo*, cit., pp. 566-567.

(9) Las más recientes evocaciones de la obra de Grossi tampoco avanzan en el recuerdo de la que aquí interesa: cf. Massimo MECCARELLI, *Necrológica de un gran jurista: Paolo Grossi (1933-2022)*, en AHDE, 92 (2022), pp. 764-767. El propio Grossi la evocó velozmente como un mero paso adelante hacia el estudio de los contratos *ad longum tempus* y, en general, de la propiedad y los derechos reales: cf. GROSSI, *Uno storico del diritto*, cit., p. 59 y ss.

Calasso (1904-1965). Abundante también fue la presencia de Tullio Ascarelli (1903-1959), conocido mercantilista y exponente ilustre de aquella « nobiltà del diritto » que describió Grossi años después; su obra interesaba obviamente por la materia (cf. *Ricerche...*, p. 34), pero también como muestra de una sostenida admiración ⁽¹⁰⁾. Unos y otros le sirvieron para articular el par de conceptos *autonomía de los privados* — *potestad pública*, binomio de opuestos que recorre la obra y que debemos aceptar, más allá de los contenidos de este título específico, como una clave de lectura que orientó la interpretación grossiana del (pasado del) derecho en lo sucesivo. Sin perjuicio de volver sobre este punto me limito a resaltar una derivada que toca a las fuentes: la tensión entre la *costumbre* y la *ley* (o, si se prefiere, entre la *lex privata* del pacto y la *lex publica* principesca: *Ricerche...*, p. 92), tan poderosa — por encima del asunto de la moneda (*Ricerche...*, p. 155 y ss.) — y que conforma uno de los elementos del pluralismo jurídico que Grossi estudió hasta el final ⁽¹¹⁾.

Está también el *argumento*, historiográficamente huérfano de consideración (cf. *Ricerche...*, p. 34 y ss.), perseguido ahora — como era de esperar: *ibid.*, p. 22 y ss. — por los refinados textos literarios de una vieja experiencia doctrinal de expresión latina. Antiguas y nuevas aportaciones ascarellianas sobre la devaluación monetaria y el derecho de obligaciones estimulaban esta pesquisa juvenil que se limitaba a los libros de los antiguos doctores según un entendimiento del pasado jurídico no exenta de paradojas: el testimonio plural de los siglos medios — la práctica negocial y la legislación « *dei regna, delle civitates, etc.* » — se entendía como expresión de un particularismo cuya historia resultaba de inferior interés cuando se enfrentaba a la *iurisprudencia* entendida al clásico modo, esto es, como el saber especializado del jurista, auténtico sujeto de nuestro libro. Dotadas de « *proprie strade, propri finì, propri istrumenti* »

(10) Cf. Paolo GROSSI, *Le aporie dell'assolutismo giuridico. (Ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)* (1997), recogido y traducido en la colección *De la codificación a la globalización del derecho*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010 (Rafael D. García Pérez trad.), pp. 275-341.

(11) Paolo GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 2021, p. 43 y ss., a vueltas con Ascarelli.

(Grossi), las aportaciones de la jurisprudencia depuraron, con tal enfoque, la variedad infinita de usos y reglas hasta conformar una sólida unidad cultural (« al di sopra delle diversità politiche dei varii enti sovrani e dei varii confini geografici », *Ricerche...*, pp. 22-23) ⁽¹²⁾. Son reflexiones que igualmente deben ocuparnos.

Y finalmente, están las *ideas-fuerza* de la monografía. Desde luego, y principalmente, la idea de orden: « el jurista es un buscador de orden » (Grossi), « un tejedor de orden, porque el derecho es esencialmente ciencia ordenadora » ⁽¹³⁾. Son palabras escritas en 2003 — la tesis explícita del ‘no-manual’ de Grossi sobre el derecho medieval (1995) ⁽¹⁴⁾ — que aparecían a contraluz en aquella pionera indagación sobre las obligaciones pecuniarias. Si la literatura *iuris communis* sabía identificar a los *privati* y reconocer sus ordenamientos junto a *mores* locales y leyes principescas (cf. *Ricerche...*, p. 68, a propósito del *De usuris liber* del humanista Claude Saumaise, 1638), correspondía al historiador integrarlos en un sistema armónico y superior — un *orden calassiano*, cabe decir — según la difundida idea institucional. Por otra parte, la oposición entre lo privado y lo público — entre las dos concepciones antitéticas de la moneda: cosa común o regalía — permitía a Grossi presentar el paso de la teoría consensual de la moneda al principio del *assolutismo* monetario (cf. *Ricerche...*, p. 16, a vueltas con Pothier), donde hallamos un referente sustantivo — el *assolutismo* — que alcanzó un potente desarrollo en las investigaciones posteriores ⁽¹⁵⁾.

(III) Hija destacada de su tiempo, la monografía de Paolo

⁽¹²⁾ Sobre la forma judicial de concebir la *iurisprudentia* (« decisioni legate a situazioni contingenti ») cf. *Ricerche...*, p. 24, en contra de la consideración de una variopinta « prassi giudiziaria » para no diluir la « unitarietà dell'indagine ».

⁽¹³⁾ Paolo GROSSI, *Derecho, Estado, sociedad. Una recuperación para el derecho*, México, Escuela libre de Derecho *et al.*, 2004 (José Ramón Narváez trad.), p. 123.

⁽¹⁴⁾ *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, con numerosas ediciones posteriores y pronta versión española: *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996 (Francisco Tomás y Valiente, Clara Álvarez trads.), cuyo antecedente se encuentra en la inmediata, larga reseña de Tomás y Valiente en *AHDE*, 65 (1995), pp. 1140-1145.

⁽¹⁵⁾ Cf. especialmente Paolo GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, con trabajos compuestos en contra-celebración del bicentenario de 1789.

Grossi reflejaba modestamente las enseñanzas de Ugo Nicolini, el titular de historia del derecho italiano en Florencia cuando arrancaba su formación, reciente autor de un celebrado estudio sobre la propiedad y el príncipe medieval que aquí encontramos presente ⁽¹⁶⁾. Mas el benévolo Nicolini acogió al joven Grossi — un canonista frustrado por el traslado del maestro Piero Agostino D'Avack (1905-1982) a Roma — a simple título de 'patrono académico', tratándose Ugo Nicolini de un historiador de corte más bien tradicional cuyos consejos profesionales y estrategias formativas nunca le convencieron del todo ⁽¹⁷⁾. En realidad, con el respeto debido al ordinario local, las *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie* declinaban los motivos lanzados por el gran Francesco Calasso ⁽¹⁸⁾.

Apenas había transcurrido un lustro desde la publicación de *Medio Evo del diritto* (1954), la afortunada síntesis histórico-jurídica que Grossi de inmediato reconoció como base de su dedicación ⁽¹⁹⁾. Del autor recordado (y del idealismo de Croce) procedía la comprensión del derecho medieval y moderno como un producto espiritual que expresaba las creencias y los valores morales de aquel remoto tiempo; destacadamente la *unidad* y la *universalidad* que encarnaron el Papado y el Imperio: *unum ius cum unum sit imperium*, el pasaje de las *Quaestiones de iuris subtilitatibus* (I, 16) que Calasso convirtió en lema de un largo recorrido científico. Además de su alcance como instrumento de lectura, ambos valores palpitan en las *Ricerche...* por razón de la materia, pues la *universalidad* de la moneda que sostuvo tenazmente la doctrina resultó ser la

⁽¹⁶⁾ *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia*, Milano, Giuffrè, 1952; cf. *Ricerche...*, p. 69 y ss. También interesaba y Grossi citaba, de Ugo NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane. Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale*, Milano, Giuffrè, 1946, de cuya segunda edición (Padova, 1956) informó de nuevo Rafael Gibert: cf. AHDE, 26 (1956), pp. 832-834.

⁽¹⁷⁾ Nicolini le propuso elaborar dos monografías y editar una fuente: GROSSI, *Uno storico del diritto*, cit., p. 14 y ss.

⁽¹⁸⁾ Cf. Pietro COSTA, *Ius commune, ius proprium, interpretatio doctorum. Ipotesi per una discussione*, en *El dret comú i Catalunya*. Actes del IV Simposi internacional (homenatge al Prof. Josep M^a Gay i Escoda, 27-28 maig de 1994), Aquilino Iglesia Ferreirós (org.), Barcelona, Fundació Noguera, 1995, pp. 29-42.

⁽¹⁹⁾ GROSSI, *Uno storico del diritto*, cit., p. 47.

consecuencia institucional de adscribir al *ius gentium* los problemas jurídicos que presentaba el dinero. « Non vale la pena di seguire le testimonianze dei dottori su questo punto », advertía Grossi, « è una concordia unanime, per cui lo storico, oltre che seguirne l'evoluzione, è portato a cogliere sistematicamente l'interessante evoluzione » (*Ricerche...*, p. 65). De manera que el príncipe, *minister iuris gentium*, no podía alterar el orden común de las gentes; una cascada de derivaciones y principios (*consensus populi, res communis, bonitas intrinseca, utilitas publica, aequitas, scandalum*), aceptados hasta la lenta afirmación de un « absolutismo monetario », estructuran la obra de Grossi: « la vera natura della moneta », escribió nuestro autor « è di essere uniforme e costante in tutto il mondo, con un potere economico e giuridico universale » (20).

Por otro lado, en aquel medioevo maduro donde la moneda era bien universal se situaba el objeto de la historiografía jurídica transalpina si aceptamos, en la estela de Calasso, que esta disciplina académica tenía que consagrarse al estudio de la formación y difusión de un *ius* que fue efectivamente *commune*. « En este sentido », sabemos que escribió Rafael Gibert, « la densa monografía de Grossi abre también una amplia perspectiva a la historia del derecho europeo », pero esta correcta observación omitía que, considerado desde Italia, el derecho común *à la* Calasso se entendía como « un fenómeno propiamente italiano [...] en el sentido más espiritual de la expresión » (21), « una tradizione squisitamente nostra », en expresión del discípulo (*Ricerche...*, p. 9), por tanto fuente de un orgullo justamente histórico: « tocca a noi italiani », precisó Calasso, « di sentire l'orgoglio, e soprattutto di sentire il dovere morale di non lasciar sepolto e ignorato quell'enorme tesoro di pensiero — pensiero non più romano, ma italiano: non morto, ma tuttora vivo e fecondo — che ci consenti un predominio spirituale in

(20) « Tanto è insita la natura pubblica della moneta — pubblica intesa universalisticamente come emanazione del *consensus omnium gentium* — che sembra quasi privato il *nummus* coniato dai varii Stati con una potestà geograficamente limitata ». Cf. *Ricerche...*, p. 67.

(21) Francesco CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1951, p. 127 y ss.

un'epoca triste di decadimento político » (22). Pues el *ius commune* calassiano se afirmaba como « fenómeno propiamente italiano » en otro, más patriótico, sentido: sin perjuicio de la fragmentación política de la península itálica, la experiencia unitaria del derecho culto medieval fue la epifanía de la unidad jurídica *risorgimentale*.

« Leggendo Calasso, al giovane assistente di Nicolini si aprirono i polmoni » (Grossi). Ahora bien, la concepción unitaria *iuris communis* que aceptaba con entusiasmo nuestro joven asistente descansó teóricamente sobre otra autoridad común a Calasso y su lector. Me refiero a Santi Romano (1875-1947).

De Romano interesaba la concepción del derecho como *ordenamiento* — como una *institución*, si así se prefiere — desvinculado de la soberanía estatal. La ecuación que enlaza los conceptos de *grupo humano* — *creación normativa* — *organización corporativa* — *autonomía*, nervio de la aportación del publicista italiano, tuvo una importancia central en la pluma de Calasso pues permitía comprender, de un lado, la realidad plural del medioevo — romano y canónico, pero también feudal, monástico, corporativo, ciudadano: una verdadera constelación de 'ordenamientos' autónomos — al tiempo que lograba, de otro lado, reducir la abigarrada pluralidad en un *sistema* unitario donde convivían tales 'ordenamientos' articulados — *e pluribus unum* — en una estricta jerarquía: no creo casual que, en aportaciones más o menos contemporáneas al libro que leemos, el problema de la « gerarchia delle fonti » fuese argumento recurrente (23). Y claro está, « Calasso, fautore di una storia non ateoretica, idealisticamente convinto dell'apporto insostituibile del soggetto conoscente in seno a ogni indagine storiografica, fa suo il pluralismo ordinamentale in un crescendo di consapevolezza testimoniato dalla progressione dei suoi 'corsi' fiorentini fino ad arrivare al prodotto finito del 'corso' romano su *Gli ordinamenti giuridici del*

(22) Cf. *Scritti di Francesco Calasso*, en « Annali di storia del diritto », 9 (1965), pp. 1-597, p. 13.

(23) Umberto SANTARELLI, *La gerarchia delle fonti secondo gli statuti emiliani e romagnoli*, Verona, Ghidini e Fiorini, 1961; Franca SINATTI D'AMICO, *La gerarchia delle fonti di diritto nelle città lombarde I. Milano fino alla metà del secolo XIII*, Firenze, Le Monnier, 1962; Lamberto PANSOLLI, *La gerarchia delle fonti di diritto nella legislazione medievale veneziana*, Milano, Giuffrè, 1970; Alberto LIVA, *La gerarchia delle fonti di diritto nelle città dell'Italia settentrionale*, Milano, Giuffrè, 1976.

rinascimento medievale » (24). En el caso que nos ocupa la tesis de Santi Romano resultaba especialmente adecuada, una vez descubierta por Grossi en el pensamiento *utroque iure* « una concezione istituzionalistica, in cui l'ordinamento dei privati e l'ordinamento consuetudinario dei *mores*, si contrappongono efficacemente all'ordinamento statale [...] Il giurista è consapevole che, nel momento stesso in cui crea al privato, o meglio ai privati, una sfera di auto-regolamentazione con precisi confini, concede alla autonomia di quei privati la più valida tutela e garanzia » (*Ricerche...*, p. 67). Afirmada, gracias a la lectura medieval de un par de fragmentos de Ulpiano, el principio de la *lex contractus* bastaba para describir un « ordinamento dei privati » recorrido, *pari passu* con el « ordinamento statale », del doble postulado de la certeza jurídica y la legalidad (*Ricerche...*, p. 96 y ss.); no es casual que, al evocar tiempo después la figura del influyente publicista, « el carácter ordenador » del derecho propio de su teoría se presentaba por Grossi como un re-descubrimiento, « en la medida en que, suprimido por la moderna fijación potestativa, había sido así intensamente concebido y realizado por la civilización medieval » (25). Esta pionera pesquisa sobre las obligaciones pecuniarias despejó sin duda el camino para llegar a semejante conclusión.

Se dieron además algunas circunstancias biográficas y editoriales. La presencia del clásico palermitano se reforzó en el caso de Grossi por las enseñanzas recibidas del hijo Salvatore, su profesor en los años recientes de la *laurea*. « Preclaro civilista [che] ci dava un singolare approfondimento del tema, parlando non solo di *autonomia privata*, ma anche di *ordinamento dei privati* » (*Ricerche...*, pp. 1-2), cuyos cursos de derecho civil, el dedicado a las obligaciones naturales en particular: « problema di relazioni tra ordinamento giuridico statale e ordinamenti giuridici privati », estimularon la consulta del manifiesto teórico paterno, oportunamente reeditado poco antes (26). El Romano-civilista mostró al historiador en forma-

(24) GROSSI, *Uno storico del diritto*, cit., pp. 47-48.

(25) Santi Romano, *un mensaje para reflexionar en la moderna crisis de las fuentes* (2006), en GROSSI, *De la codificación a la globalización*, cit., pp. 219-240, p. 228.

(26) *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto* (1918), en la versión aumentada de 1946 por la casa florentina Sansoni; cf. GROSSI, *Uno*

ción un orden jurídico privado, profundamente autónomo porque radicado en la soberanía del sujeto, «un ordinamento dell'autonomia privata» precisamente (*Ricerche...*, p. 150). Y esta afirmación encerraba — lo veremos — un profundo sentido técnico-jurídico al poner la *equitas* debida entre las partes al centro de unas relaciones contractuales que podían alterar variaciones monetarias imprevistas.

La autonomía de los privados — nuestro autor recordaba, nada casualmente, la síntesis del iusfilósofo Cesarini Sforza, un autor que vemos en las *Ricerche...* más y mejor presente de lo que revelan las menciones expresas a su obra ⁽²⁷⁾ — constituye una línea estructural del estudio, pero esto todavía no nos interesa. Conviene antes de concluir estas líneas sobre las autoridades de Grossi introducir una breve referencia a Tullio Ascarelli, el admirado mercantilista que encontramos en las *Ricerche...* con una frecuencia similar a la de Francesco Calasso.

Víctima de muerte prematura cuando Grossi preparaba su monografía (1959) Ascarelli representaba aquel tipo de jurista, experto en una rama vivísima del derecho positivo pero siempre sensible a la historia, que más podía extasiar el inquieto asistente de Nicolini. «Mercantilista, abogado, consultor [...] era y se sentía historiador del derecho, habiendo reconocido en la historicidad la esencia del fenómeno jurídico [...] El derecho no pertenece ni al mundo de las verdades reveladas ni al mundo de los fenómenos, sino a la historia; no es un dato, sino un problema históricamente condicionado» ⁽²⁸⁾.

Por una parte, el derecho mercantil al que Ascarelli dedicó su truncada vida carecía de la rigidez conceptual del derecho civil,

storico del diritto, cit., p. 28 y ss.: «preziosa seconda edizione [...] perché vi si riportavano le repliche dello stesso Santi Romano alle critiche rivolte al libro del 1918 in quasi trenta anni di vita».

⁽²⁷⁾ Una sola cita, aunque inaugural, encontramos de *Il diritto dei privati* (1929) de Widar Cesarini Sforza, obrita que conoció nueva publicación, con una «Presentazione» nada casual del civilista Salvatore Romano, en la colección (calassiana) *La Civiltà del Diritto* (vol. 5): Milano, Giuffrè, 1963. Los nombres que confluyen en esta segunda edición, tan próxima por fecha a las *Ricerche*, remiten como vemos al catálogo de referentes intelectuales del primer Grossi.

⁽²⁸⁾ GROSSI, *Las aporías del absolutismo jurídico*, cit., p. 340.

abierto como estaba de modo natural a la realidad social y económica; resultaba así una *categoría* esencialmente *histórica*, esto es, una especialidad jurídica nacida y desarrollada a partir de la práctica de los negocios, con sus pactos y sus instancias de composición ajenas a las jurisdicciones territoriales y poco permeable a la jurisprudencia culta. El motivo de la mercantilización del derecho privado, circulante desde finales del siglo XIX parecía, a mediados del siguiente, un hecho generalmente asumido, presente en el Código italiano y acorde al desarrollo del capitalismo industrial. Por eso surgían ahora, en respuesta a circunstancias económicas en continua transformación, nuevos retos para el privatista, cual las reglas de la competencia empresarial, el régimen de los bienes inmateriales, la lucha contra los monopolios; de ahí la tensión entre la función económica de los institutos y su estructura jurídica, la magna cuestión cuya mejor solución Ascarelli siempre procuró ⁽²⁹⁾. La íntima historicidad del derecho mercantil se expresaba, sobre todo, en la potencia creativa de la interpretación del jurista, práctico o académico que fuera; un punto firme en el pensamiento ascarelliano que aportó al joven historiador no sólo la cifra para comprender la naturaleza del *ius commune* medieval y moderno, sino también una prueba irrefutable de existencia de lo jurídico más allá y más abajo de las leyes del Estado.

Entre los trabajos del malogrado profesor — « insigne commercialista, assai sensibile ai problemi storici » (*Ricerche...*, p. 34) — destacaban sus estudios sobre la moneda (el célebre tratado de 1928, los más recientes *Studi giuridici* de 1952), lo que añadía razones objetivas a la simpatía metodológica de partida: « fu proprio lui — di fatto — a suggerirmi il tema della svalutazione monetaria sui rapporti obbligatori », confesó Grossi, « tema e problema che il grande commercialista aveva arato egregiamente fin dagli anni giovanili » ⁽³⁰⁾. Y en efecto, el Ascarelli de Grossi le permitía ilustrar la relación del autoritarismo político con el nominalismo monetario, la

⁽²⁹⁾ Tullio ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Istituzioni di diritto industriale*, Milano, Giuffrè, 1956. Cf. últimamente Francesco D'URSO, *Funzione economica e struttura giuridica nell'opera di Tullio Ascarelli*, en « i-lex », 18 (2013), pp. 161-187 (www.i-lex.it).

⁽³⁰⁾ GROSSI, *Uno storico del diritto*, cit., p. 59.

importancia del dinero de cuenta en el auge del segundo, la elevación doctrinal de Dumoulin para entender el valor de las especies, la inserción del análisis del *nummus* en el sistema complejo de las obligaciones, la marcada tendencia metalística de los comerciantes de antiguo régimen... En fin, la vocación publicística — con la innovación dogmática que representó el *valor impositus* — de los juristas franceses de orientación humanística.

Permítame el lector una última digresión. Que Grossi contaba con los libros de Ascarelli en su mesa de trabajo queda fuera de duda. Que tales libros produjeron un excelente resultado es algo que no debe ocuparnos aún pues, llegados a este punto, basta simplemente observar que los *Studi* de Ascarelli y las *Ricerche* de Grossi habían entablado un diálogo ideal destinado a producir, con el tiempo, un extraordinario fruto. En otras palabras, me resulta demasiado fuerte la tentación de pensar en Tullio Ascarelli cuando leemos aquella « Pagina introduttiva » del primer *Quaderno* antes recordada, donde Grossi anunció sus propósitos de crear, mediante la revista, un « banco comune di lavoro » para colegas de cualquier disciplina y especialidad; un auténtico foro para entablar aquel « colloquio *tra* i giuristi » — el mercantilista y el historiador del derecho, primeramente — que permitiera superar el tímido « colloquio *con* i giuristi » en los términos, tan mal contrapuestos, de Francesco Calasso, y no en último lugar por las limitaciones del maestro romano: « non era — come Betti — buon padroneggiatore delle tecniche e delle costruzione dogmatiche della scienza giuridica » ⁽³¹⁾. La cita procede de las memorias de Grossi y nos sirve para entender las razones que lo llevaron al estudio de las instituciones jurídico-privadas, ámbito temático entonces casi inexplorado

⁽³¹⁾ « Ha rivolto spesso — e meritoriamente — la sua attenzione al diritto privato, al diritto regolante la vita quotidiana del quisquis de populo, vi ha dedicato spesso i suoi 'corsi' universitari e addirittura la sua ultima grossa fatica concretizzata nel volume su *Il negozio giuridico*, ma non giungendo mai in questi tentativi a penetrare la cifra tecnica degli istituti studiati proprio per la inadeguata conoscenza di quella cifra », cf. *ibid.*, pp. 44-45. Y todavía: « il diritto comune — nella sua manifestazione privatistica — era il campo dove avvertivo giocarsi la nostra credibilità di storici del diritto, una sorta di vuoto storiografico che le indagini e i 'corsi' di Calasso avevano appena sfiorato, e con risultati deludenti a causa delle carenze di conoscenza tecnica del grande leccese », *ibid.*, p. 56.

— con el reconocimiento debido al ‘patrono académico’ Ugo Nicolini — por parte de los historiadores del derecho ⁽³²⁾. Desde tal perspectiva cobran otro sentido las páginas dedicadas al derecho vigente (« il problema delle obbligazioni pecuniarie nella vita giuridica negli ultimi decenni », *Ricerche...*, p. 7 y ss.) que no quiso ahorrarnos la monografía de Paolo Grossi.

(IV) Abordaba los retos técnicos de las obligaciones en dinero, mas el argumento portante del libro nos conduce hasta los poderes del príncipe — « lo Stato », en terminología no del todo refinada — en lo tocante a la moneda. Cuestión « argumentosissima » (Dumoulin, cf. *Ricerche...*, p. 20), la ambigüedad existencial del objeto en estudio — ya que el dinero no es un bien cualquiera: sobre la « natura quasi amorfa o almeno duplice dell’obbligazione pecuniaria, ai confini tra ciò che è solo *publicum* e ciò che è solo *privatum* » se extendía Grossi, *ibid.*, p. 44 y ss.) — brindaba el espacio más adecuado para estudiar las relaciones entre la potestad (pública) y la autonomía (privada). Un magno asunto, que siempre preocupó a nuestro autor.

El recorrido temporal quedaba claro. Al reconocimiento jurisprudencial de la soberanía de los particulares (cf. *Ricerche...*, p. 16, sobre los « giuristi intermedi, ostili a ogni forma di arbitrio e a ogni negazione di libertà ») sucedió una teoría ‘absolutista’ del numerario que coronó el estricto nominalismo de Robert-Joseph Pothier (1699-1772) ⁽³³⁾. Epígonos del *ius commune* [...] con la misión de

⁽³²⁾ Recuerdo, sin forzar mucho la memoria, los casos de Emiliano BATTISTONI, *La causa nei negozi giuridici (dal diritto intermedio al codice civile italiano)*, Padova, Cedam, 1932; Enrico BESTA, *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano*, *ibid.*, 1936. Más próximos a las *Ricerche...* cf. Guido ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, Milano, Giuffrè, 1952; Gian Savino PENE VIDARI, *Ricerche sul diritto agli alimenti*, Torino, Giappichelli, 1972, por no recoger ediciones de fuentes: Giovanni CASSANDRO, *Un trattato inedito e la dottrina dei cambi nel Cinquecento*, Napoli, Ed. Scientifiche italiane, 1962. Sobre estas bases, entre los especialistas de la generación posterior, *vid.* Italo BIRROCCI, *Saggi sulla formazione storica della categoria generale del contratto*, Cagliari, Cucc, 1988, entre otros trabajos tocantes, con preferencia, a los autores de edad moderna.

⁽³³⁾ « La nozione, sempre più accettata della illuminata latitudine delle potestà regie, che si farà avanti nelle monarchie unificate, sarà il presupposto naturale delle idee del Pothier e del cosiddetto nominalismo degli Stati moderni », en *Ricerche...*, p. 44.

separarlo, en Pothier se encontraba el « primo anello de una catena che giunge fino a noi » (*Ricerche...*, p. 10), esto es, la cadena de la tiranía monetaria. Codificada la tesis nominalista por la triunfante Revolución (cf. *Ricerche...*, p. 16 y ss.), el Estado se adueñó del dinero y la autonomía de las partes en el vínculo obligatorio pereció bajo el derecho imperativo de las disposiciones legales: « accadendo aumento o diminuzione nella moneta prima che scada il termine del pagamento », ordenó por ejemplo el Código de las Dos Sicilias (cf. *Parte civile*, art. 1767), « il debitore deve restituire la somma numerica prestata e non è obbligato a restituirla se non in monete che abbiano corso nel tempo del pagamento »⁽³⁴⁾. El final de la historia, donde el famoso jurista de Orléans parecía el villano de la película⁽³⁵⁾, no entretuvo al joven autor, concentrado lógicamente en siglos más luminosos: en el maravilloso medieval, amigo de libertades y de la democracia que defendió la literatura *iuris communis* con rara unanimidad. Y se comprende además la preferencia de Grossi por sus fuentes, añadiéndose a la propuesta de Calasso — el *ius commune*, « un fenómeno propiamente italiano » — los recelos del discípulo florentino ante prácticas regalistas y decisiones de los tribunales: justo los dos pilares que sustentaron, en las eficaces páginas de Pothier, el dogma nominalístico (*Ricerche...*, p. 11 y ss.).

Inquietante descripción. Entre el primitivo medieval feudal y caótico, donde cualquier autoridad batía y manipulaba el dinero (*Ricerche...*, p. 23), y el despotismo monetario de la Revolución y los códigos (*ibid.*, p. 6 y ss.) abría sus puertas la biblioteca de la *iurisprudencia*⁽³⁶⁾. La categoría del *assolutismo* valía en estas páginas por feudo, regalía, nominalismo... pero también por ley moderna del Estado. Al contrario, en la semántica de la *libertà* situaba Grossi la autonomía del privado, sus derechos intangibles (*sine iusta causa*, aclaremos; un punto analizado con demasiada velocidad: cf. pp.

⁽³⁴⁾ El contrapunto se encontraba en el ABGB austríaco (§ 988) — un código que tiene su propia historia — con apuesta por la *bonitas intrinseca* de la moneda según una terminología que es « sostanzialmente la stessa dei dottori della *communis opinio* »: cf. *ibid.*, p. 18 y n. 40.

⁽³⁵⁾ Incluso el codificador Portalis pudo todavía escuchar los ecos del realismo fisiocrático, para alivio de Paolo Grossi: cf. *ibid.*, p. 14.

⁽³⁶⁾ « Una indagine che, come la nostra, non è solo storico-giuridica, ma trova nella dottrina la sua unica fonte », cf. *ibid.*, p. 23.

80-82), la voluntad contractual. Y entonces nada estaría más próximo al dinero altomedieval, dejado al albur de mil señores (« la ridda di cesari, di tiranni, di tirannelli, di miserabili vassalli, ultimi nella gerarchia feudale », cf. *Ricerche...*, p. 23) que la vocación nominalista del ‘absolutismo’ estatal — a pesar de ser el Estado el único foco de poder socialmente legítimo y, por ende, la alternativa histórica del viejo feudalismo ⁽³⁷⁾.

Tras esta paradójica conclusión residía el empleo intemporal de algunos términos-conceptos. Y « les mots cependant sont comme des monnaies très usées, à force de circuler de main en main; ils perdent leur relief étymologique » ⁽³⁸⁾. Si tomamos en serio el conocido tropo de Bloch y pretendemos redibujar los relieves semánticos perdidos resultará inevitable precisar el sentido de ciertas palabras (recordemos: libertad, democracia, soberanía) que las *Ricerche...* predicaban de la cultura jurídica medieval. La obra enmudece a este respecto, y el contraste entre la realidad pretérita y la construcción intelectual de los doctores se intuye tan considerable — ¿debemos leer como prueba de ‘democracia’ la autonomía de la voluntad? ¿Y autonomía de quiénes y de cuántos? ¿Fueron realmente ‘libres’ los pactos concluidos en una sociedad fuertemente jerarquizada? ¿De qué ‘derechos’ disponían quienes vivían ajenos al mínimo de riqueza necesario para concluir un contrato? — que la descripción adolece de un idealismo que no llega a convencer del todo. « El orden jurídico medieval es perfecto en la exposición, opinó un crítico informado » ⁽³⁹⁾. « Todo es armónico. Tan armónico que es irreal ».

⁽³⁷⁾ ¿Circulaba aún, a finales de los años 1950, Nikolái BERDIÁYEV, *Un Nouveau Moyen Âge. Réflexions sur les destinées de la Russie et de l'Europe*, 1924?

⁽³⁸⁾ La cita remite a Marc BLOCH, *La société féodale. Les classes et le gouvernement des hommes* (1939), Paris, Albin Michel, 1949, que Grossi consideró uno de sus autores de cabecera: cf. *Uno storico del diritto*, cit., pp. 35-36. « Dans l'usage aujourd'hui courant, 'féodalité' et 'société féodale' recouvrent un ensemble intriqué d'images où le fief proprement dit a cessé de figurer au premier plan », proseguía Bloch, p. 3. « A condition de traiter ces expressions simplement comme l'étiquette, désormais consacrée, d'un contenu qui reste à définir, l'historien peut s'en emparer sans plus de remords que le physicien n'en éprouve, lorsqu'au mépris du grec, il persiste à dénommer 'atome' une réalité qu'il passe son temps à découper ».

⁽³⁹⁾ Francisco TOMÁS Y VALIENTE, Paolo Grossi, *L'ordine giuridico medievale* (1995), en AHDE, 65 (1995), pp. 1139-1145, p. 1144. Y todavía: « ¿Dónde están los

Relativos al no-manual de 1995 los juicios anteriores — cosa de Francisco Tomás y Valiente — darían perfectamente cuenta de las anteriores *Ricerche...* un trabajo que, leído treinta y cinco años después, avanzaría las investigaciones que estaban por llegar. Juicios severos pero, sin duda, cómplices: « todo es armónico y perfecto porque Grossi se sitúa en el mundo de las ideas y del pensamiento. Tiene perfecto derecho a hacerlo y nadie será tan insensato como para atribuirle desconocimiento de la vertiente conflictiva, violenta, agónica a veces del universo jurídico medieval ».

El legítimo interés del investigador florentino por los doctores del *ius commune* no evita empero la incomodidad de encontrar en las *Ricerche...* conceptos empleados fuera de tiempo y medida, o — al menos — utilizados sin fijación de contexto. Por ejemplo, la *libertas* del jurista medieval se opuso primeramente a *servitus* (¿cómo admitir tan severa limitación, cual la servidumbre, a una condición *natural* — « *libertas est facultas naturalis* » — aunque fuese una carga impuesta *iure gentium*?); operaba por tanto en ámbitos ajenos al contrato y, sobre todo, a principios de alcance ‘democrático’ si el *consensus populi* exigido para la *mutatio monetae* se agotaba en la voluntad de unos cuantos *maiores* ⁽⁴⁰⁾. Absoluta (« a legibus soluta ») podía ser la potestad de la cúspide jurisdiccional mas dándose las razones que permitían abandonar el *ius positivum*: nada que se aproxime al decisionismo político. En realidad, la *libertas* (de pactos) y el *absolutismo* (monetario) se llevaban de continuo al terreno del Estado, con una consecuencia admirable: la ciencia ‘democrática’ de los antiguos juristas podía aportar a la experiencia contemporánea, justamente por su naturaleza extra-estatal, un modelo regulatorio que se quería superior y preferible al imperio de la ley postrevolucionaria. No es un asunto menor, pues la rendida admiración de Grossi por el experto en derecho ensalzaba el elemento científico para la determinación del ordenamiento, en

conflictos, las luchas de unos ordenamientos por imponerse sobre otros, las pugnas entre poderes temporales y espirituales, dotados éstos también de su estructura temporal? », lo que no le impidió a Valiente concluir con un aplauso encendido: « precioso libro. Coherente con sus premisas, aunque éstas sean discutibles. Muy bien escrito, muy sugerente y muy didáctico. Obra de madurez de un autor cuya producción personal siempre alcanza niveles sobresalientes ».

(40) Cf. *Ricerche...*, p. 85 y ss.

una clara propuesta de política jurídica: « richiamare il diritto ai giuristi » (Vassalli), en suma ⁽⁴¹⁾. Se diría que aquella « sfiducia generale della dottrina intermedia verso l'autorità pubblica » (*Ricerche...*, p. 176) ⁽⁴²⁾, comprobada al estudiar los problemas monetarios, se convertía también, y sobre todo, en un abierto recelo del propio investigador contra la ley estatal.

En las *Ricerche...* la celebración del saber jurídico incluía además una aceptación simpática de las creencias religiosas y morales que fundamentaron el *ius commune*, analizadas con indisimulado entusiasmo (« la concezione monetaria del diritto comune sarà squisitamente democratica », p. 53). Por tal razón no extraña la atención prestada en este libro a los teólogos de la Segunda Escolástica (cf. *Ricerche...*, p. 27 y ss.), autores de tratados excelentes *de iustitia et iure* y *de legibus* en los siglos XVI y XVII, cuya repercusión alcanzó una importancia histórica (« le tarde elaborazioni canonistiche ne sono palesemente influenzate »: cf. *Ricerche...*, p. 190) ⁽⁴³⁾ que la historiografía del derecho más convencional aún tardaba en comprender ⁽⁴⁴⁾. Y así, cuando Grossi preparaba los *Quaderni* y acariciaba la creación del *Centro*, el primero de sus congresos florentino se dedicó a *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno* (17-10 octubre, 1972) ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴¹⁾ Cf. *ibid.*, p. 109, con expresa mención de Filippo Vassalli (1885-1955), cuya máxima, entrecomillada ahora en el texto, hizo suya Paolo Grossi al estudiar años después *La incomodidad de un 'legislador'*. (*Filippo Vassalli y las aporías del absolutismo jurídico* (1997), en *De la codificación a la globalización*, cit., pp. 241-274.

⁽⁴²⁾ Algo más abajo, al recoger la opinión contraria a computar en el valor de la moneda la *expensa cudendi* o *fabricationis* (cf. *Ricerche...*, p. 178) Grossi insistía en la certeza de las situaciones jurídicas — « aspetto particolare del più grande problema dell'autonomia dei privati » — propugnada por la jurisprudencia desde la « solita sfiducia verso l'autorità statale ».

⁽⁴³⁾ La mejor aportación de la escuela a la materia en estudio se analiza al final de la obra, como exponente de un cambio de época: cf. *ibid.*, p. 383 y ss.

⁽⁴⁴⁾ Me refiero a la historiografía del derecho *privado*. Si no me equivoco demasiado, desde la celebración del tercer centenario de Hugo Grocio (1883) y la puesta en evidencia de sus fuentes hispanas por parte de Ernest Nys, la presencia de los *magni hispani* en los estudios de derecho internacional y de derecho público — también de historia de la economía — no ha sido infrecuente.

⁽⁴⁵⁾ Milano, Giuffrè, 1973, con la satisfacción del organizador por los resultados: cf. Paolo GROSSI, *Introduzione*, pp. 1-3, p. 3, « tanto da collocare i nostri scrittori nel nodo centrale del divenire della scienza giuridica dell'età nuova, tanto da farceli sentire

(v) Con unos y otros referentes la *aequitas*, la *iustitia*, la *utilitas contrahentium*, la *libertas partium*... se presentaban como bastiones inexpugnables contra la arbitrariedad del poder. Una norma pontificia — la decretal *Quanto*, de Inocencio III (a. 1199) — había impartido lecciones de prudencia al rey Pedro II de Aragón, llevado por (malos) consejeros a devaluar las especies monetarias; como en tantos otros textos, las circunstancias originales de la carta papal se diluyeron — o casi ⁽⁴⁶⁾ — en el *Liber Extra* y la norma recopilada ofreció una sede apropiada — se sumó en tal función a la ley *Cum quid mutuum* del Digesto — para la reflexión técnica en materia contractual: alterar la moneda sin acuerdo popular («irrequisito assensu populi») resultaba *escandaloso*, esto es: comprometía el alma del monarca — el espejo en el que se miraba el pueblo — y causaba un daño espiritual y material a la colectividad; ese daño debía repararse devolviendo al dinero, *res communitatis*, el valor modificado. Mudar la moneda suponía alterar — sin consentirlo las partes — el equilibrio de las prestaciones, y el motivo de la *avaritia principis* como explicación de la *pecunia diminuita* («sicut frequenter fit», puntualizó Giovanni d'Andrea) expresó la general falta de confianza en manipulaciones que perjudicaban la relación (cf. *Ricerche...*, p. 338 y ss.). Las cuestiones jurídicas relativas a este *quid insolitum* inserto en el pacto privado ocupaban buena parte de las *Ricerche*: los diversos tipos contractuales y actos constitutivos de deuda (por ejemplo, *ex lege*) y la distinción entre los valores monetarios al tiempo de constituir la deuda y en el momento de su cumplimiento (*tempus obligationis* — *tempus solutionis*); la *summa divisio* que oponía el débito derivado de un acto de imperio, para cuya satisfacción valía la moneda devaluada, o bien por acto privado, con respeto ahora a la *aestimatio* primitiva («nam non est conveniens — enseñó Mariano Socino y recogían las *Ricerche...*, p. 222 — quod solutio fiat de alia moneta quam quae fuerit in mente contrahentium tepore contractae obligationis»); las peculiaridades de la

il mezzo d'un patrimonio culturale che avvertiamo premere sulla nostra stessa coscienza».

⁽⁴⁶⁾ Cf. *Ricerche...*, p. 75 y ss., sobre los hispanos (Antonio Agustín, Juan Bta. Larrea, José Fernández de Retes) que, desde el conocimiento de las peculiaridades institucionales de Aragón, ofrecieron una lectura propia de la decretal *Quanto*.

solutio y su pago en ciertas especies tratándose de instituciones que la exigían con periodicidad (censo, arrendamiento perpetuo y similares); el concepto de *valor* a restituir, entre *bonitas extrinseca* (« cosa dal contenuto ‘umano’, o meglio legislativo ») y *bonitas intrinseca* (« moneta come merce ») de la materia amonedada: una « veritas pecuniae » que aportó a las partes, en opinión de los doctores, el necesario *plus* de certeza; la complejidad que añadieron humanistas (franceses) y teólogos (hispanos) a la *communis opinio* heredada al descubrir el *valor impositus* y la moneda como *pretium*. Quedaba muy poco para el modernísimo nominalismo de Pothier.

(vi) Y sin embargo, la moneda metálica no lo fue todo, aunque a la misma se limite, con una opción legítima que nadie podrá discutir, la pesquisa de Grossi. « Quel état, mon fils, que celui d'un homme qui d'un traite de plume se fait obéir d'un but de l'univers à l'autre! », pudo exclamar el comerciante burgués complacido de su estado ⁽⁴⁷⁾. « Son nom, son sein, n'a pas besoin, comme la monnaie d'un souverain, que la valeur du métal serve de caution à l'empreinte: sa personne a tout fait; il a signé, cela suffit [...] Ce n'est pas un peuple, ce n'est pas une seule nation qu'il sert; il les sert toutes, et en est servi: c'est l'homme de l'univers ». Un trozo de papel y una firma eran también riqueza, y la institución de la letra de cambio abre caminos nuevos para explorar los problemas del dinero. Para su historia jurídica queda mucho por hacer; el primer, fundamental, paso lo debemos a Paolo Grossi en esta obra casi olvidada donde se encuentra — lo destaco una vez más — el embrión de sus posteriores y personalísimas contribuciones.

⁽⁴⁷⁾ Michel-Jean SEDARNE, *Le philosophe sans le savoir* (1765), acto II, escena 4, pp. 31-32. Ed. *Le Philosophe sans le savoir — La gageure imprévue*, Paris, Librairie de la Bibliothèque Nationale, 1895.

MICHELE PIFFERI

DALLA CASISTICA ALLE REGOLE: LA NORMATIVIZZAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ PENALE TRA MEDIOEVO ED ETÀ MODERNA

1. Il ritorno della casistica. — 2. Acme e crisi della casistica penale: un percorso da Raimondo da Peñafort a Filangieri. — 3. La *voluntas delinquendi* frammentata nei casi. — 4. Verso un nuovo ordine del discorso: la responsabilità nel sistema del diritto penale.

1. *Il ritorno della casistica.*

L'interesse per il metodo di ragionamento casistico, oggetto di una rinnovata attenzione storiografica ⁽¹⁾, si è esteso anche ai giuristi ⁽²⁾ e, in particolare e forse inaspettatamente, ha stimolato originali riflessioni tra i penalisti. Proprio nella materia tradizional-

⁽¹⁾ Dopo il lavoro di A.R. JONSEN, S. TOULMIN, *The Abuse of Casuistry*, Berkeley, The University of California Press, 1988 e il volume curato da E. Leites, *Conscience and Casuistry in Early Modern Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, tra i contributi più recenti si segnalano, in particolare, C. GINZBURG, *Nondimanco. Machiavelli, Pascal*, Milano, Adelphi, 2018; ID., *Ein Plädoyer für den Kasus*, in *Fallstudien: Theorie — Geschichte — Methode*, J. Süßmann, S. Scholz, G. Engel (hrsg.), Berlin, Trafo, 2007, pp. 29-48; *A Historical Approach to Casuistry. Norms and Exceptions in a Comparative Perspective*, C. Ginzburg, L. Biasiori (eds.), London, Bloomsbury, 2019; *Penser par cas*, J.-C. Passeron, J. Revel (dir.), Paris, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 2020; *Kasuistik und Theorie des Gewissens. Von Pascal bis Kant*, S. Di Giulio, A. Frigo (hrsg.), Berlin/Boston, De Gruyter, 2020; S. TUTINO, *Uncertainty in Post-Reformation Catholicism: A History of Probabilism*, Oxford, Oxford University Press, 2017; E. CORRAN, *Lying and Perjury in Medieval Practical Thought: A Study in the History of Casuistry*, Oxford, Oxford University Press, 2018; *History, Casuistry and Custom in the Legal Thought of Francisco Suárez (1548-1617)*, D. Bauer, R. Lesaffer (eds.), Leiden/Boston, Brill, 2021.

⁽²⁾ F. ROUVIÈRE, *Apologie de la casuistique juridique*, in « Recueil Dalloz », 193 (19 janv. 2017), 3, pp. 118-2; T. GÁBRIŠ, *Systematic versus Casuistic Approach to Law: On the Benefits of Legal Casuistry*, in « Journal of Ethics and Legal Technologies », 1 (2019),

mente più vincolata al principio di legalità e ad una logica inferenziale basata sulla formulazione chiara della norma per ridurre lo spazio discrezionale dell'interprete, le potenzialità di un approccio inverso, che parta cioè dal caso per trovare la regola ad esso applicabile, sono valorizzate sia come possibile correttivo alla crisi della tipicità penale ⁽³⁾, sia come chiave di lettura del diritto penale (anche internazionale) entro un quadro ordinamentale ormai multi-livello e interlegale ⁽⁴⁾. L'invocata centralità del caso e la priorità logica della sua corretta comprensione come condizione di qualificazione giuridica sono viste come caratteristiche tipiche di un sistema pluralista, in cui non è possibile semplicemente sussumere il caso/fatto nella fattispecie tipica perché quello stesso caso/fatto è contemporaneamente regolato da un « *eccesso di diritto* », ovvero da più fonti concorrenti riconducibili a ordinamenti diversi ⁽⁵⁾. Se le assonanze con il sistema pluralistico e con la casistica medievale sono evidenti, altrettanto chiare sono tuttavia le differenze, segnate in modo definitivo dalla ideologia antigiusprudenziale settecentesca e dall'avvento del legislatore illuministico. Nel contemporaneo sistema interlegale « il diritto del caso concreto non è altro che la concretizzazione di un principio normativo »: la regola del caso non è, dunque, l'*inventio* da parte del giurista di diritto comune dell'*aequitas* sottesa ad ogni rapporto giuridico, ma « l'artificio che l'inter-

1, pp. 57-76; B. JOHANSEN, *Casuistry: Between Legal Concepts and Social Praxis*, in « Islamic Law and Society », 2 (1995), 2, pp. 135-156.

⁽³⁾ Cfr. A. DI MARTINO, *Dalla regola per il caso al caso per la regola. Variazioni brevi e stravaganti sul concetto di « caso » (case, Kasus)*, in *Studi in onore di Lucio Monaco*, a cura di A. Bondi *et al.*, Urbino, Urbino University Press, 2020, pp. 357-373.

⁽⁴⁾ In questo senso si vedano M. CUPIDO, *The Casuistry of International Criminal Law: Exploring A New Field of Research*, in « Netherlands Journal of Legal Philosophy », 44 (2015), 2, pp. 116-132; *Id.*, *Facing Facts in International Criminal Law. A Casuistic Model of Judicial Reasoning*, in « Journal of International Criminal Justice », 14 (2016), pp. 1-20; A. DI MARTINO, *The importance of being a case. Collapsing of the law upon the case in interlegal situations*, in « The Italian Law Journal », 7 (2021), 2, pp. 961-984; *Id.*, *Dalla regola per il caso al caso della regola*, in *L'era dell'interlegalità*, a cura di E. Chiti, A. Di Martino, G. Palombella, Bologna, il Mulino, 2022, pp. 73-98.

⁽⁵⁾ Così G. PALOMBELLA, E. SCODITTI, *L'interlegalità e la ragion giuridica del diritto contemporaneo*, in *L'era dell'interlegalità*, cit., p. 45.

prete elabora nell'identificare il principio normativo in grado di regolare tale relazione » tra fonti ugualmente legali ⁽⁶⁾.

Non interessa qui riflettere sulle suggestioni di lungo periodo di tali teorie, quanto piuttosto, muovendo dal 'ritorno' della casistica, proporre qualche considerazione sulla natura del diritto penale bassomedievale, concordemente definito dalla storiografia come appunto *casistico* ⁽⁷⁾, e sulle ragioni teoriche e politiche che hanno portato alla sua trasformazione in un *sistema* di diritto legalitario fondato su regole. Un processo di modernizzazione del penale che cercheremo di osservare in riferimento al tema della responsabilità e la cui comprensione si gioverà di un confronto con alcuni scritti di Paolo Grossi. La storia della giustizia criminale, come noto, non è stata un tema centrale nella produzione scientifica grossiana; tuttavia, nelle sue pagine sulle esperienze giuridiche medievale e moderna, si possono leggere linee interpretative e indicazioni metodologiche utili anche allo studio dei *criminalia*. Mi riferisco, ad esempio, ad alcuni scritti dai quali emerge non solo l'influenza della canonistica sulla cultura giuridico-politica dell'età intermedia — e certamente nel penale tale impronta è stata particolarmente marcata — ma anche l'origine teologica di terminologie e modelli discorsivi che hanno inciso anche in *criminalibus*. Inoltre, l'indagine qui proposta del passaggio da una nozione casistica di *animus delinquendi* ad una sua sistematizzazione normativa può certamente beneficiare delle riflessioni sulla concettualizzazione del contratto tra Cinque e Seicento e sul *dominium in genere* nella Seconda Scolastica. Infine, la codificazione prima auspicata e poi attuata del principio di imputabilità tra fine Settecento ed inizio Ottocento può

⁽⁶⁾ Ivi, p. 54, dove gli Autori richiamano le note pagine grossiane de *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 2000, pp. 175-182, sull'*aequitas* e la dimensione fattuale del diritto.

⁽⁷⁾ La definizione è ricorrente; cfr., ad. es., M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, Laterza, 2002, ed ora in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 13 e ss.; J.M. CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, Paris, PUF, 1990, pp. 185-186; F. TOMAS Y VALIENTE, *El derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, Tecnos, 1969, p. 89; E. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1995⁴, p. 148.

essere intesa come manifestazione di quell'«assolutismo giuridico» di cui Grossi ha più volte definito caratteri e limiti.

2. *Acme e crisi della casistica penale: un percorso da Raimondo da Peñafort a Filangieri.*

Giova forse chiarire ora il punto di partenza (le *summae confessorum* duecentesche) e quello di arrivo (*La scienza della legislazione* di Filangieri) del percorso che si cercherà brevemente di tracciare.

Raimondo da Peñafort, nella *Summa de casibus poenitentiae* composta verosimilmente tra il 1222 e il 1228 ⁽⁸⁾, dopo aver definito l'omicidio come «hominis occisio ab homine facta», lo distingue nelle due specie spirituale e corporale. L'omicidio corporale può essere commesso «lingua et facto», ed in particolare «lingua tribus modis, scilicet praecepto consilio, et defensione», «facto quatuor modis, scilicet justitia, necessitate, casu et voluntate». Nel caso di omicidio commesso per giustizia, ovvero quando un giudice o un suo incaricato uccide il reo giustamente condannato, l'autore può comunque peccare mortalmente «propter intentionem corruptam» se agisce «ex livore vel delectatione fundendi humanum sanguinem» o se il ministro agisce «juris ordine non servato», mentre nessun peccato è commesso se si opera «ex amore justitiae». La necessità, a sua volta, può essere «evitabilis» o «inevitabilis». Nell'ipotesi di reato commesso casualmente, invece, occorre distinguere il caso in cui l'agente «dabat operam illicitae rei», come quando si getta una pietra in un luogo dove le persone sono solite transitare o mentre si ruba un cavallo l'animale colpisce un terzo uccidendolo, che viene dunque imputato, dal caso in cui l'agente stava compiendo un'azione lecita, a sua volta distinta nel caso che l'agente abbia adoperato la diligenza dovuta (scusato) oppure no (imputato). L'omicidio volontario, infine, «semper est mortale pec-

⁽⁸⁾ Sulla *Summa* sono ancora utili A. TEETAERT, *La «Summa de poenitentia» de Saint Raymond de Penyafort*, in «Ephemerides Theologicae Lovaniensis», 5 (1928), pp. 49-72; S. KUTTNER, *Zur Entstehungsgeschichte des Summa de casibus poenitentiae des hl. Raymund von Penyafort*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung», 39 (1953), pp. 419-434.

catum et enorme ». Per ogni singolo caso Raimondo indica poi le specifiche pene canoniche (tra cui *irregularitas* e *depositio*), precisando che esse si sommano, senza sostituirsi, sia alla pena spirituale della penitenza sia alle pene legali secolari ⁽⁹⁾. È proprio nella *Summa* del domenicano — scriveva Grossi nel 1966 — « che il *casus*, forma letteraria cara ai glossatori civilisti e canonisti, diviene articolazione naturale di un complesso discorso » ⁽¹⁰⁾. Discorso nel quale morale, teologia e diritto si fondono e « i tratti distintivi tra *forum conscientiae* e foro esterno si sfocano e si confondono », ma che resta pur sempre « un discorso inequivocabilmente giuridico » ⁽¹¹⁾. Ma proprio per riuscire a cogliere il valore morale di ogni fatto o comportamento in relazione alla *salus aeterna animarum*, per comprendere i rapporti sociali « dall'angolo visuale delle coscienze, dell'*interior homo*, operando la composizione miracolosa fra l'intra-subbiiettivo e l'intersubbiiettivo » e cogliere così « le manifestazioni alluvionali del cortice sociale [...] che al tribunale della penitenza sono destinate ad esaltarsi », i sommisti devono ricorrere ad un sofisticato metodo casistico, attraverso il quale « essi portano a compimento un capillare lavoro che ci verrebbe voglia di chiamare istologico » ⁽¹²⁾.

Nelle somme penitenziali, pertanto, si rivela la « provvidenzialità del metodo casistico; articolare il proprio discorso *per casus* significa rifuggire da una definizione conchiusa di quel discorso, rifuggire da ogni costruzione astratta, teoretica che la logica tende a

⁽⁹⁾ RAIMUNDUS DE PENNAFORTE, *Summa de paenitentia*, curantibus Xaverio Ochoa et Aloisio Diez, Roma, Commentarium pro religiosis, 1976, pp. 441-447.

⁽¹⁰⁾ P. GROSSI, *Somme penitenziali, diritto canonico, diritto comune*, in « Annali della Facoltà giuridica di Macerata », I (1966), pp. 95-134, ed ora in ID., *Scritti canonistici*, a cura di C. Fantappiè, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 115-153, da cui la citazione a p. 136. P. NAPOLI, *A proposito di « A Historical Approach to Casuistry », a cura di Carlo Ginzburg e Lucio Biasiori*. II. *Accanto alla legge*, in « Quaderni storici », LIV (2019), 2, p. 490, considera quella di Raimondo « opera per tanti aspetti fondativa » del genere della *Summa*.

⁽¹¹⁾ GROSSI, *Somme penitenziali*, cit., p. 137. Sulla « matrice marcatamente giuridica » impressa alle somme, cfr. anche R. RUSCONI, *Ordinate confiteri. La confessione dei peccati nelle « summae de casibus » e nei manuali per i confessori (metà XII — inizi XIV secolo)*, in *L'aveu. Antiquité et Moyen Âge*, Rome, École Française de Rome, 1986, pp. 303-304.

⁽¹²⁾ GROSSI, *Somme penitenziali*, cit., p. 145.

irrigidire; significa piuttosto relativizzare quel discorso ai dati dell'esperienza, condizionarlo alla concretezza di un operatore e di un'opera, umanizzarlo, per così dire, nella piena disposizione a dare rilevanza alle passioni, intendimenti, volontà che costituiscono, al di là della causa giuridica, i motivi costitutivi dell'atto» (13). Tali considerazioni, che Grossi poi esemplifica in riferimento al contratto di cambio e alle obbligazioni pecuniarie, sono certamente applicabili anche all'analisi raimondina dell'omicidio. L'exasperata scomposizione casistica dell'*hominis occisio* si disinteressa di rigorosi confini tra morale e diritto, peccato e reato, e ricerca invece in ogni azione esterna l'elemento soggettivo dell'autore, il grado dell'intenzione, il fine della volontà: Raimondo invita il giudice/confessore a non accontentarsi del nesso causale tra condotta ed evento, ma a ricostruire attentamente il fatto/caso per scandagliare l'*animus* dell'agente, perché solo da esso dipendono l'imputabilità e il tipo di sanzione (14). Il *pensare per casi* è un metodo di ragionamento che rifiuta categorie generali di responsabilità astrattamente definite *a priori* e conduce, invece, a valutare in ogni circostanza il nesso tra evento e coscienza dell'individuo, tra dimensione esterna ed interna (15). È grazie alla casistica, ad esempio, che il canonista

(13) Ivi, p. 146.

(14) Cfr. J. GUYADER, *Aux origines canoniques de la responsabilité pénale: volonté coupable et pénitence dans les crimes contre les personnes d'après Burchard de Worms*, in *Le droit entre laïcisation et néo-sacralisation*, J.-L. Thireau (dir.), Paris, PUF, 1997, pp. 87-107; D. DE CONCILIO, *Soggettività e qualificazione del fatto. L'indagine del factum intrinsecum tra diritto e teologia nel XII secolo: due casi di studio e spunti per una ricerca*, in « *Historia & Ius* », 2022, 22, paper 9, p. 9, che osserva come nelle « forti commissioni tra approccio teologico e approccio giuridico [che] permangono per tutto il XII secolo, sia possibile cogliere vividamente l'intersezione tra l'esigenza di ricostruire il fatto e il bisogno di qualificarne la natura dal punto di vista soggettivo ».

(15) Secondo G. LE BRAS, *Canon Law*, in *The Legacy of the Middle Ages*, C.G. Crump, E.F. Jacobs (eds.), Oxford, Clarendon Press, 1926, p. 357, « the minute and detailed analysis of the circumstances of the sin, a practice popularized by the Celtic and Frankish penitentials and carried to an extreme by the casuists, provided an excellent model for modern criminal lawyers »; cfr. anche J. GOERING, *The Internal Forum and the Literature of Penance and Confession*, in *The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234. From Gratian to the Decretals of Pope Gregory IX*, W. Hartmann, K. Pennington (eds.), Washington DC, Catholic University of America Press, 2008, pp. 379-428, specie 397-398; T.N. TENTLER, *The Summa for Confessors as an*

spagnolo delinea i temi del *versari in re illicita* e della *debita diligentia* che tanto contribuiranno, nella dottrina successiva, a descrivere i contenuti del dolo e della colpa penale.

All'estremo opposto della *Summa* di Raimondo, in pieno illuminismo giuridico, Gaetano Filangieri indica nel definitivo superamento della casistica in tema di responsabilità il rimedio ai difetti della giustizia criminale. Mosso da una « preoccupazione legalitaria »⁽¹⁶⁾ e dal proposito di contenere la discrezionalità giudiziale, il giurista napoletano definisce il « canone generale, col quale la legge indicar dovrebbe l'esistenza dell'infimo, del medio e del massimo grado di dolo, e ridurre ad una general misura tutte le varie circostanze aggravanti di un delitto »⁽¹⁷⁾ e così pure per la colpa. Tale griglia teorica, in grado di assicurare certezza e proporzionalità della pena, dovrà poi essere recepita dal legislatore nel sistema razionalizzante e semplificatore del codice penale. « Ecco come la metafisica di una scienza qualunque — continua Filangieri — rende facile ciò che sembrerà sempre impossibile al casista, che non ha l'occhio per iscoprir que' primi anelli, da' quali procede l'immensa, e complicata catena »⁽¹⁸⁾: apologia della scienza teorica, 'metafisica', concettualizzante, che superando i limiti conoscitivi della casistica è capace attraverso un ragionamento astratto e sistematizzante di definire principi generali, i 'primi anelli' da cui ricavare deduttivamente tutta la catena delle soluzioni dei casi. Ma Filangieri esplicita anche il significato politico di tale metodo *per principia*, che culmina nella codificazione: « Che il lettore esamini profondamente queste idee; [...] le folte tenebre, che gli nascondevano la strada per la quale si deve giungere alla perfezione del sistema penale, cominceranno a dissiparsi: egli comincerà finalmente a vedere che un codice penale, dove l'arbitrario nome di pena straordinaria sia interamente proscritto, e nel quale la legge non permetta mai a' giudici di far da

Instrument of Social Control, in *The Pursuit of Holiness in Late Medieval and Renaissance Religion*, C. Trinkaus, H.A. Oberman (eds.), Leiden, Brill, 1974, pp. 103-126.

(16) Così M. CAVINA, *Il dolo latente nell'animo. Filippo Maria Renazzi nel dibattito giuridico intorno alla graduazione del dolo fra XVIII e XIX secolo*, in *Filippo Maria Renazzi. Università e cultura a Roma tra Settecento e Ottocento*, M.R. Di Simone, C. Frova, P. Alvazzi del Frate (a cura di), Bologna, il Mulino, 2019, p. 231.

(17) G. FILANGIERI, *Scienza della legislazione*, Parigi, Derriey, 1853, p. 224.

(18) Ivi, p. 225.

legislatori, non è, come si è finora creduto, un impossibile politico »⁽¹⁹⁾. L'impossibilità del ragionamento casistico si traduceva, per l'autore de *La scienza della legislazione*, in una impossibilità politica: senza concetti e categorie generali di responsabilità penale la eliminazione del potere interpretativo dei giudici era impensabile ed era, di conseguenza, irrealizzabile un ordinamento giuridico fondato su regole certe e perciò capace di garantire i diritti degli individui. La « perfezione del sistema penale » realizzata nel codice, a sua volta ispirato da una scienza 'metafisica', è lo scopo teorico-politico del riformismo settecentesco incarnato da Filangieri ed esemplifica quel nesso tra illuminismo e assolutismo giuridico su cui Grossi è più volte ritornato, non mancando di sottolineare come il vero cemento di quell'alleanza fossero il liberalismo economico e l'individualismo proprietario⁽²⁰⁾.

Raimondo da Peñafort e Gaetano Filangieri sono i due estremi scelti per indicare un percorso che segna l'acme e la crisi definitiva della casuistica penale in tema di responsabilità. Occorre ora esaminare qualche tappa di tale itinerario, anticipando in sintesi linee di una ricerca che sarà in seguito approfondita⁽²¹⁾.

3. *La voluntas delinquendi frammentata nei casi.*

La casuistica dei sommistì, con la teologia morale del peccato/reato che ne sta a fondamento⁽²²⁾, offre un modello argomentativo per valorizzare l'elemento soggettivo anche nel diritto penale canonico⁽²³⁾, la cui influenza sulla formazione del penale secolare, specie in tema di responsabilità, è da tempo riconosciuta dalla storiogra-

⁽¹⁹⁾ *Ibidem*.

⁽²⁰⁾ Solo a mo' di esempio, rinvio alla sintesi in P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 104-115.

⁽²¹⁾ Questo articolo è un primo contributo al PRIN 2022 "*Casuistry*" and *rule-based approach in criminal law. Historical perspectives, current developments*.

⁽²²⁾ Rinvio sul punto, per ragioni di sintesi, a H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Bologna, il Mulino, 1998, pp. 203-229.

⁽²³⁾ Cfr. A. LAINGUI, *Théologie morale, casuistique et droit pénal: le juge criminel dans la Somme théologique de Saint Thomas d'Aquin*, in „Houd voet bij stuk". *Xenia iuris historiae G. van Dievoet oblata*, F. Stevens, D. van den Auweele (eds.), Leuven, KUL Faculteit Rechtsgeleerdheid, 1990, pp. 481-502.

fia (24). L'enfasi dei canonisti sull'intenzione dell'agente, conseguenza dell'«invenzione» dell'individuo come soggetto autonomo, razionale e responsabile delle proprie libere scelte (25), condiziona tutta la scienza giuridica medievale che si occupa di *criminalia*. La valorizzazione della *voluntas delinquendi* da parte dei giuristi non è, tuttavia, impresa semplice e si scontra con varie difficoltà.

In primo luogo, nelle fonti giustinianee ci sono riferimenti all'elemento soggettivo del reato non sempre coerenti (26) e, sebbene sia « possibile osservare nel concetto di dolo una linea di sviluppo nel senso di una sempre maggiore interiorizzazione, che inizia con il rilievo dell'elemento intellettuale, passa per l'affermazione del momento volitivo e si conclude con l'intensità massima rappresentata dal concetto di *animus* » (27), i casi in tema di responsabilità « sono esposti confusamente, senza essere fatti discendere da una teoria generale della 'colpevolezza' » (28). Inoltre, l'eredità del diritto ger-

(24) Cfr., ad es., il classico studio di S. KUTTNER, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors 9. Systematisch auf Grund der handschriftlichen Quellen dargestellt*, Città del Vaticano, Biblioteca apostolica vaticana, 1935 e il più recente L. KÉRY, *Gottesfurcht und irdische Strafe. Der Beitrag des mittelalterlichen Kirchenrechts zur Entstehung des öffentlichen Strafrechts*, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2006, specie pp. 97-107, 405-407; Id., *La culpabilité dans le droit canonique classique de Gratien (vers 1140) à Innocent IV (vers 1250)*, in *La culpabilité. Actes des XXèmes Journées d'Histoire du Droit*, J. Hoareau-Dodinay, P. Texier (curr.), Limoges, Pulim, 2001, pp. 429-44; O. DESCAMPS, *L'influence du droit canonique médiéval sur la formation d'un droit de la responsabilité*, in *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur*, O. Condorelli, F. Roumy, M. Schmöckel (hrsg.), vol. 1, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2009, pp. 137-167.

(25) L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual. The Origins of Western Liberalism*, London, Penguin Books, 2015, p. 215 fa riferimento al processo di « reconstruction of the self » provocato dalla riforma gregoriana e sottolinea come « the concern of canon lawyers to identify and protect the role of intentions is striking » (p. 233).

(26) Si pensi, per esempio, ai noti loci D.47.2.54(53), l. *Qui iniuriae causa, de furtis*: « maleficia voluntas et propositum delinquentis distinguit »; D.48.8.14, l. *Divus Adrianus, Ad legem Corneliam de sicariis et veneficiis*: « in maleficiis voluntas spectatur, non exitus »; C.9.12.6, l. *Quoniam multa facinora, ad l. Iuliam de vi*: « violentia punitur secundum eventum, quia verisimiliter illud delictum tendit ad verbera et homicidia ».

(27) Così G.P. DEMURO, *Il dolo. I. Svolgimento storico del concetto*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 28.

(28) C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino, Giappichelli, 1970, p. 76; tale considerazione corrisponde peraltro ad un carattere generale della

manico altomedievale improntata a criteri di responsabilità oggettiva, portava a giustificare la sanzione sul presupposto dell'evento dannoso e della lesione effettiva e materiale, senza troppo indagare il nesso tra volizione dell'agente ed effetto. Segnali di cambiamento, è vero, si hanno già con il diritto longobardo che, se pure in via di principio non si curi dell'*animus* dell'agente, prevede alcune fattispecie delittuose in cui una serie di formule (*asto animo id est voluntarie, dolose, sciens, instigante diabolo, iniquo animo, nolendo, casu faciente, per errorem negligenter*) indicano il superamento della dimensione puramente oggettiva e il rilievo dell'intenzione ⁽²⁹⁾, e con la distinzione tra omicidio volontario e involontario in età pre-gregoriana ⁽³⁰⁾. Tuttavia, nell'assenza di un criterio generale per distinguere il comportamento doloso da quello colposo, permane un utilizzo confuso ed equivoco sia del concetto di *dolus*, come frode o raggirio di stampo civilistico e come volontà consapevole penalmente punibile, sia di quello di *culpa*, intesa tanto come elemento psicologico generico quanto come negligenza. Vi era, infine, la normativa statutaria, che in molti casi prevedeva semplicemente l'uccisione dell'omicida senza alcuna specificazione sulla forma di colpevolezza del reo ⁽³¹⁾. I *doctores iuris* non mancano di criticare i giudici cittadini, « assessores ignorantes », che ritenendo di non dover distinguere tra azione dolosa e colposa, « statur simpliciter verbis statuti, quia non inspicitur animus, sed factum, [...] quod de homi-

disciplina: « i giuristi — sostiene l'A. — conoscono gli istituti che noi oggi chiamiamo introduttivi e di parte generale, ma li trattano casisticamente non costruendovi intorno un sistema » (p. 26).

⁽²⁹⁾ Cfr., ad es., P. DEL GIUDICE, *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, a cura di E. Pessina, Milano, Società editrice libraria, I, 1905, pp. 462-470; A. MARONGIU, *Dolo penale (dir. interm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, 1964, pp. 731-732; ID., *Colpa penale (dir. interm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, 1964, pp. 617-619.

⁽³⁰⁾ Cfr. R. SORICE, *La dialettica tra volontario e involontario nella dimensione penale pre-gregoriana: l'omicidio sponte commissum nei Penitenziali e nei Capitularia carolingi*, in « Rivista Internazionale di Diritto Comune », 29 (2018), pp. 45-64.

⁽³¹⁾ Vedi M. LUCCHESI, *Si quis occidit occidetur. L'omicidio doloso nelle fonti consiliari (secoli XIV-XVI)*, Padova, Cedam, 1999; ID., *L'animus occidendi e l'animus deliberatus nei consilia di area lombarda (secoli XIV-XVI)*, in *Studi di storia del diritto*, I, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 263-334.

cidio casuali deberet quis decapitari, quod est contra omnem aequitatem » (32).

La necessità che le disposizioni penali degli statuti non fossero applicate « praecise » ma sempre ridotte « ad aequitatem » (33) induce i giuristi a ricorrere alla casistica come strumento argomentativo per legittimare deroghe rispetto alla norma del *quis occidit occidetur*: l'elenco dei *casus* nei quali il magistrato deve tener conto del dolo serve per giustificare mitigazioni rispetto alla sanzione capitale. Ma nell'analisi della colpevolezza il ragionamento per casi è necessario anche al di là dell'ipotesi regola/eccezione: le condizioni che impongono un approccio casistico al problema sono l'assenza di un sistema normativo chiaro, la concorrente pluralità di fonti eterogenee, la mancanza di una teoria generale della responsabilità dovuta all'incapacità della scienza giuridica di sintetizzare la varietà di regole e *opiniones* riferite a diverse ipotesi o circostanze (34). Certo sia il metodo delle *quaestiones* dei primi trattati penalistici (35) sia la dimensione pratico-processuale che caratterizza lo studio dei *crimi-*

(32) Così P. DI CASTRO, *In Primam Codicis partem Commentaria*, Venetiis, apud Lucam Antonium Iuntam, 1582, f. 137vb, n. 3; ma cfr. anche A. TARTAGNI, *Consiliorum liber secundus*, Venetiis, ex officina Damiani Zenarii, 1578, Cons. CXL, f. 116va, n. 4: « quia etiam statuta simpliciter punientia ultimo supplicio, homicidam, seu alium qui occideret hominem, intelliguntur et interpretantur secundum ius commune id est si dolo malo occiderit »; B. CIPOLLA, *Consilia criminalia*, Venetiis, apud Cominum de Tridino Montisferrati, 1555, Cons. XXXIII, n. 6, f. 80ra, secondo il quale « tamen iudex ubi non est dolus debet temperare sententiam »; la *naturalis ratio* di tale interpretazione è richiamata in BALDO DEGLI UBALDI, *In Sextum Codicis Librum Commentaria*, Venetiis, apud Lucam Antonium Iuntam, 1577, f. 7ra, n. 19: « nam de ratione naturali est, quod non puniatur quis ad mortem, qui noluit delinquere. Item non debet punire aequae dolus, et non dolus ». Sulla opportunità di modificare le pene statutarie in ragione dell'*animus* del reo, cfr. B. SCHNAPPER, *Les peines arbitraires du XIIIe au XVIIIe siècle (doctrines savantes et usages français)*, in « Revue d'Histoire du droit », XLI (1973), pp. 266-267.

(33) A. TIRAQUELLO, *De poenis Legum ac Consuetudinum Statutorumque temperandis, aut etiam remittendis, et id quibus, quotque ex causis*, in Id., *Tractatus varii*, Lugduni, apud Gulielmum Rovillum, 1587, *Praefatio*, n. 23, p. 256.

(34) Su questo cfr. anche J.M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2000, pp. 221-225.

(35) Il riferimento è al *Tractatus de maleficiis* di Gandino — su cui cfr. l'edizione critica di H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, vol. 2: *Die Theorie*, Berlin, De Gruyter, 1926, e D. QUAGLIONI, *Alberto Gandino e le origini della trattatistica penale*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », XXIX (1999),

nalia dalle origini duecentesche fino alle *practicae* cinquecentesche favoriscono un discorso che pone e spiega casi problematici, siano essi reali o inventati. D'altronde, come è stato osservato, in tema di responsabilità « la méthode casuistique laisse peu de place aux développements d'idées générales »⁽³⁶⁾. Tuttavia, il maggiore contributo del ragionamento casistico alla elaborazione di forme di responsabilità — e più in generale alla formazione del diritto penale — non sembra essere né nella sua capacità di generare 'precedenti' cui ricondurre casi nuovi attraverso un processo di generalizzazione⁽³⁷⁾, né nella forza di « stabilisation de l'exceptionnel » descritta da Yan Thomas con riferimento al 'caso' che conduce poi alla costruzione della nozione di *persona ficta*⁽³⁸⁾, comunque sempre riconducibile alla logica dell'eccezione.

In presenza di fonti normative lacunose, perché per esempio nel *Corpus* giustiniano non si trova una chiara distinzione tra dolo e colpa penale, o contraddittorie, con passi che valorizzano l'*animus delinquendi* ed altri in cui l'evento ulteriore non voluto sembra attribuibile all'agente secondo regole oggettive di causalità, il ragionamento casistico sembra l'unico strumento a disposizione dei giuristi del medioevo sapienziale per costruire nuove e sofisticate forme di colpevolezza⁽³⁹⁾. Studi recenti che si sono occupati del

1, pp. 49-63 — e al *Tractatus criminum saeculi XII*, edizione critica curata da G. Minnucci, Bologna, Monduzzi, 1997.

⁽³⁶⁾ A. LAINGUI, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit (XVIe-XVIIIe siècle)*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1970, p. 29.

⁽³⁷⁾ Sulla elaborazione di *regulae iuris* dai *casus* nei glossatori e nei commentatori, cfr. P. STEIN, *Regulae Iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1966, p. 131 e ss.

⁽³⁸⁾ Cfr. Y. THOMAS, *L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue*, in *Penser par cas*, cit., pp. 45-73; su « ciò che oppone due concezioni, ma anche e prima di tutto due pratiche della casuistica. La prima riconduce l'incognito al conosciuto. La seconda produce un modo inedito di pensare », cfr. J. REVEL, *A proposito di « A Historical Approach to Casuistry », a cura di Carlo Ginzburg e Lucio Biasiori*. I. *Casuistica: l'eccezione e la regola*, in « Quaderni storici », LIV (2019), 2, p. 485.

⁽³⁹⁾ Per un'analisi dell'emersione delle varie forme di *dolus* e *culpa* si vedano i classici testi di W. ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und Ihre Fortentwicklung. Eine historisch-dogmatische Darstellung der kriminellen Schuldlehre der italienischen Juristen des Mittelalters seit Accursius*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1895; e F.

tema sembrano confermare che proprio il discorso *per casus* sia lo strumento indispensabile di quello sviluppo concettuale. Che si tratti di arrivare ad una più precisa qualificazione soggettiva del *factum* attraverso la distinzione dicotomica tra *exterior/interior* e *extrinsecum/intrinsecum* ⁽⁴⁰⁾, di rielaborare la teoria del *versari in re illicita* da parte di Giovanni d'Andrea ⁽⁴¹⁾, o ancora di fondare la *doctrina Bartoli* sulla responsabilità per l'evento non voluto in ragione del nesso causale tra condotta (voluta) ed evento o di reinterpretarla trasformandone il contenuto originario per esaltare invece il nesso tra intenzione (come prevedibilità, dunque colposa) e risultato della condotta ⁽⁴²⁾, la caratteristica che accomuna tale

SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts. Neudruck der Ausgaben 1930-32 mit Vorwort des Verfassers*, Aalen, Scientia Verlag, 1973, pp. 94-157.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. DE CONCILIO, *Soggettività e qualificazione del fatto*, cit., pp. 14-18.

⁽⁴¹⁾ Secondo R. SORICE, *La teoria del versari in re illicita nel pensiero di Giovanni d'Andrea: dolus generalis?*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung», 105 (2019), p. 146, è scorretto attribuire a Giovanni d'Andrea la teorizzazione della categoria del *dolus generalis*; «Al contrario l'intero approccio del giurista alla dimensione penale sembra piuttosto volto a dare una fisionomia giuridica alla sfera dell'involontarietà che rappresenta per i canonisti la sponda su cui si costruisce la responsabilità dell'uomo medievale, una responsabilità che non si fonda sulla logica dell'imputazione, su una teorizzazione di criteri astratti di imputazione, ma che si modula su ogni situazione, su ogni singolo caso all'interno del quale è possibile individuare le *causae* che possono giustificare l'agire dell'uomo».

⁽⁴²⁾ R. SORICE, *Vittime colpevoli e colpevoli innocenti. Ricerche sulle responsabilità penali nell'età del diritto comune*, Bologna, Bononia University Press, 2018, p. 111 e ss., rilegge la *doctrina Bartoli* come una minuziosa distinzione di casi, distinzioni, limitazioni funzionale ad accentuare il profilo della *voluntas* dell'agente e riconoscerne i diversi gradi di *dolus* e *culpa lata*, penalmente perseguibili dai giudici cittadini ma sanzionabili in modo differente. G. ROSSI, *Ordinatio ad casum. Legal Causation in Italy (14th-17th centuries)*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2023, p. 217 e ss., ritiene invece che la *doctrina Bartoli* applicata ai *maleficia*, influenzata dalla ricostruzione della causalità in ambito civilistico, si fondi sul nesso tra la condotta (intesa come oggettivamente *ordinata* alla causazione del reato più grave di quello voluto) ed evento, senza dare rilievo alcuno all'intenzionalità dell'agente (nemmeno come prevedibilità) rispetto all'esito non voluto; «the growing focus on the (subjective) relationship between intention and conduct to the detriment of the (objective) link between conduct and result» (p. 239) sarebbe invece frutto di letture contrastanti col pensiero di Bartolo (sebbene presentate come adesive) destinate a prevalere già dal Quattrocento grazie alle *opiniones* di Accolti, Decio, Cipolla.

ingente sforzo dottrinale sembra essere quello di un impegno, una tensione verso un sempre più approfondito esame (ed un più marcato rilievo) dell'elemento soggettivo del reato, attuato grazie al (e per mezzo del) ragionamento casistico. È solo dall'attenta ricostruzione del *factum-casum* che può prendere le mosse una differenziazione del profilo soggettivo; è grazie alla scomposizione e ricomposizione degli « elements of the case » che i *doctores iuris* riescono a individuare le varie forme di *voluntas delinquendi* ⁽⁴³⁾. La mancanza di regole generali, certe e gerarchicamente ordinate entro cui sussumere i casi concreti, ed anzi la necessità di disinnescare le ingiustizie dovute all'applicazione delle rigide norme di *ius proprium*, induce ad un'argomentazione che dalla distinzione delle circostanze di fatti e condotte ricava le regole della loro qualificazione soggettiva, per arrivare ad una decisione sul (e dal) caso concreto ⁽⁴⁴⁾. « Ce qui fait la force d'un cas ne renvoie jamais à une source unique » — sostengono Jean-Claude Passeron e Jacques Revel — ed il suo potere argomentativo non deriva né dalla imperatività incondizionata di una norma, né da necessità universali dell'ordine di natura, né dalla validità teorica « des axiomes d'un système logique ou des principes d'une doctrine »: il caso, piuttosto, nasce « d'un conflit entre ces règles et les applications qu'il devrait être possible d'en déduire, ainsi que de la situation — provisoire mais intolérable — d'indécidabilité qui en résulte » ⁽⁴⁵⁾. La casistica ha, per così dire, un potenziale generativo, che nella elaborazione della colpevolezza *in criminalibus* appare evidente. L'attribuibilità al mandante dell'eccesso del mandatario, la responsabilità per l'evento non voluto causato dalla condotta intenzionale, le *praesumptiones* da cui dedurre l'intenzionalità dell'azione (ad esempio in base al tipo di arma od oggetto utilizzati per percuotere, al punto del corpo colpito, alle cause di inimicizia tra autore e vittima), la presunzione di colpa

⁽⁴³⁾ ROSSI, *Ordinatio ad casum*, cit., p. 254, in riferimento alla compatibilità tra prevedibilità e *ordinatio* nell'interpretazione data da Signorolo Omodei del caso dell'uomo che uccide la moglie con un calcio.

⁽⁴⁴⁾ Su questo tipo di argomentazione in età medievale, cfr. R. VOLANTE, *Argomentazione senza principi nel diritto comune*, in *Argomentazione e lessico nella tradizione giuridica*, a cura di C. Latini, Torino, Giappichelli, 2022, pp. 37-58.

⁽⁴⁵⁾ J.-C. PASSERON, J. REVEL, *Penser par cas. Raisonner à partir de singularités*, in *Penser par cas*, cit., pp. 9-44.

e non di dolo in chi compiendo un atto lecito ha ecceduto nel *modus* — solo per fare qualche esempio — divengono ricorrenti *loci* discorsivi che i giuristi scompongono in casi per arrivare a distinguere il dolo, la premeditazione, la preterintenzione, la colpa grave, lieve o lievissima ⁽⁴⁶⁾. La conseguenza pratica rilevante è l'invenzione della possibilità (o meglio dovere) per il giudice di modulare e proporzionare la sanzione, applicando una più mite *poena extraordinaria* rimessa al suo *arbitrium* ogni volta in cui nel singolo caso la responsabilità del reo non sia piena o debba comunque essere diminuita per una qualche circostanza ⁽⁴⁷⁾.

Tale metodo casistico spiega la concettualizzazione lenta e non sempre coerente delle forme di responsabilità nell'età del diritto comune. L'abitudine a partire dalla descrizione del fatto porta i giuristi a definire ambiguamente il *dolus* come *qualitas* (variante accidentale) del delitto o come « *essentia et substantia delicti* » a seconda del *casum* esaminato ⁽⁴⁸⁾, oppure a distinguere, come fa

⁽⁴⁶⁾ Un esempio paradigmatico di tale approccio si può vedere in I. MARSILI, *Practica criminalis Averolda nuncupata*, Venetiis, [al segno della Fontana,] 1564; ID., *Brassea. Commentaria super titulis ad ff. ad legem Corneliam de sicariis et ad legem Pompeam de parricidiis et ad legem Corneliam de falsis*, Venetiis, per Franciscum Garonum, 1526.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. sul punto M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 228-232.

⁽⁴⁸⁾ C. FULGONI, *Summa criminalis*, Venetiis, apud Ioannem Variseum, 1568, *Secunda particula*, rub. 24 *De privatis delictis*, § *primus*, nn. 6-7, f. 92r: « *dolus est qualitas quae delictum gravat, et tunc delictum dolo commissum maius esset quam si culpa committeretur, quia doli ac culpam nulla est comparatio. ff. solu. mati. l. si mora. (D.24.3.9) [...] Cum vero dolus esset essentia et substantia delicti, quia sine eo committi non potest tunc non est qualitas, quia est essentia et substantia ipsius delicti (ut patet) et per consequens haec delicta dolo non gravantur* ». La confusione terminologica e soprattutto concettuale tra qualità che intaccano la struttura sostanziale della fattispecie e qualità che sono invece solo eventuali e circostanziali, è evidente nell'utilizzo di quello che allo sguardo moderno appare l'ossimoro *circumstantiae de substantia* con cui alcuni giuristi cercano di elevare a dimensione ontologica del *factum* una caratteristica normalmente intesa come accidentale, cfr. per es. PIETRO d'ANCARANO, *Consilia sive iuris responsa*, Venetiis, apud Franciscum de Portonariis, 1574, *Cons. CCLIII*, n. 3, f. 134va: « *quando igitur circumstantiae et qualitates sunt de substantia non sufficit probare factum simpliciter sine tali qualitate* ». Anche BALDO, *In Quartum et Quintum Codicis libros Commentaria*, Venetiis, apud Lucam Antonium Iuntam, 1577, in C. 4.5.4, *l. ea quae per infitiationem, de conditione indebiti*, n. 12, f. 13ra, riconosce come ambiguità

Claro, tra delitti *in quibus dolus est de substantia* (ad es. il falso o lo spergiuro, nei quali ogni *causa iusta* o *iniusta* scusa perché fa venir meno l'*animus delinquendi*) e *in quibus dolus non est de substantia* (nei quali la *causa iniusta* scusa dal dolo ma non dalla colpa) ⁽⁴⁹⁾. La mancanza di categorie generali di colpevolezza trova conferma nell'assenza o irrilevanza analitica di definizioni delle fattispecie, o forse è meglio dire che ne è una concausa. Senza concetti chiari di dolo e colpa non sono neppure possibili definizioni giuridiche dei delitti, che iniziano a diffondersi quando invece, tra Cinque e Seicento, i criminalisti elaborano articolate *definitiones* attorno alle forme di *animus* del reo. Ma la capacità teoretica di sintesi definitive dei delitti basate su categorie di colpevolezza segna, di fatto, il declino della casuistica, mentre accompagna l'affermazione definitiva di un penale pubblico di tipo egemonico ⁽⁵⁰⁾.

semantiche confondono le categorie dogmatiche fino a sovrapporre entità distinte: il dolo, per esempio, è considerato una *substantialis qualitas* nel furto, perché « *furtum per dolum diffinitur* » e rientra negli elementi costitutivi tipizzanti, mentre nell'omicidio « *dolus non est substantialis qualitas, sed accidentalis* » poiché l'uccisione giusta o ingiusta non differenzia la *substantia* del reato ma solo l'*agnitio facti* (nello stesso senso cfr. anche ID., *In VII...XI Codicis libros Commentaria*, Venetiis, apud Lucam Antonium Iuntam, 1577, in C. 9.2.5, *l. non ideo minus, de accusationibus et inscriptionibus*, n. 10, f. 210vb, § *Adverte*). Sul punto mi permetto di rinviare a M. PIFFERI, *Accidentalia delicti e criteri di commisurazione della pena. Una lettura storica delle circostanze alla 'periferia' del codice*, in *Attualità e storia delle circostanze del reato. Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità*, a cura di R. Bartoli, M. Pifferi, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 1-18.

⁽⁴⁹⁾ G. CLARO, *Liber V Receptarum Sententiarum*, in ID., *Opera, quae quidem hactenus edita sunt, omnia*, Augustae Taurinorum, Eredi di Nicolo Bevilacqua, 1586, § *Finalis, Quae. 60, v. Et generaliter*, n. 22, p. 346.

⁽⁵⁰⁾ In questo senso cfr. X. ROUSSEAU, *From Case to Crime. Homicide Regulation in Medieval and Modern Europe*, in *Neue Wege strafrechtsgeschichtlicher Forschung*, H. Schlosser, D. Willoweit (hrsg.), Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 1999, pp. 143-166, che sottolinea come nel periodo tra il 1550 e il 1650 l'omicidio subisca importanti cambiamenti, sia nella realtà sociale che nell'immaginazione collettiva, e cambi la definizione che ne danno i giuristi, poiché « From then on, because of the concept of willful misrepresentation (*dolum*), the intent to harm was presumed, and it was up to the defense to prove self defense or the accidental nature of the violent act » (p. 154). Sull'imporsi del penale pubblico egemonico, cfr. X. ROUSSEAU, *Constructions et stratégies: le crime et la justice entre production politique et ressources communautaires. Quelques réflexions sur l'histoire du crime et de la justice en Europe médiévale et moderne*, in *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medio evo ed età moderna*, a cura di M. Bellabarba, G. Schwerhoff, A. Zorzi,

4. *Verso un nuovo ordine del discorso: la responsabilità nel sistema del diritto penale.*

Se le origini del moderno diritto penale possono essere viste nel dibattito dei secoli XVI e XVII sul preciso rapporto tra volontà e prevedibilità ⁽⁵¹⁾, il motivo, a nostro avviso, va cercato nel passaggio dai casi ai principi, formula sintetica che esprime un cambio di paradigma, una trasformazione metodologica nello studio dei *criminalia* con cause ed implicazioni tanto culturali quanto politiche. Antonio Manuel Hespanha, riflettendo sul sistema discorsivo del codice penale, metteva a confronto il « modelo del orden del discurso » dei giuristi medievali e dei penalisti di fine Settecento: gli « antiguos » ricorrevano ad « un modelo legal-casuístico, orientado por la *ordo legalis* — la de la legislación particular de los reinos o la de las fuentes romano-canónica [...] — y que discurre gracias a los mecanismos casuísticos de la *quaestio*, de la *ampliatio* o de la *distinctio* »; i « modernos » invece utilizzano « un modelo axiomático » secondo il quale il discorso ben ordinato deve partire da una definizione « de las grandes categorías o *axiomas* » (come la definizione di delitto e di pena), « articularse mediante *taxonomías* » (classificazioni di delitti e pene, tipi di processo) e « discurrir por *deducción* » ⁽⁵²⁾. Questa rivoluzione metodologica, che comporta il rinvio a diverse « *referencias y autoridades textuales* », altri « criterios de validación de las proposiciones » e anche un nuovo « *modelo de organización interna de las materias* », giunge a compimento con la codificazione penale ottocentesca, ed è solo a partire da essa che *per oppositionem* l'ordine della tradizione testuale medievale si converte in disordine e che « el discurso penal del derecho común tiende a hacerse, progresivamente, un texto confuso, desordenado y alejado

Bologna, il Mulino/Berlin, Duncker & Humblot, 2001, pp. 327-343; e, nello stesso volume, M. SBRICCOLI, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, pp. 345-364, ora anche in Id., *Storia del diritto penale*, cit., pp. 1223-1245.

⁽⁵¹⁾ ROSSI, *Ordinatio ad casum*, cit., pp. 277-278.

⁽⁵²⁾ A.M. HESPANHA, *Da "Iustitia" a "Disciplina". Textos poder e política penal no antigo Regime*, in « Anuario de historia del derecho español », 58 (1988), pp. 493-578, ed ora in Id., *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la edad moderna*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 203-273, da cui la citazione a p. 244.

de la (nueva) práctica » (53). Il superamento della casistica penale è, dunque, il portato di trasformazioni profonde che caratterizzano nuove concezioni della giustizia criminale e del rapporto tra penale e potere.

In età medievale, anche — anzi soprattutto — in tema di responsabilità, la difficoltà di applicare principi teorici dipende dalla difficoltà che i poteri pubblici hanno nell'imporre modelli coercitivi di soluzione dei conflitti rispetto a pratiche consuetudinarie e negoziate molto più idonee a trovare, *nel* e *per* ogni singolo caso, una regola di giustizia (54). Mentre, infatti, il giudizio di responsabilità affidato al ragionamento casistico « dépend d'une raison *pratique* et sociale et suppose non pas un juge fonctionnaire, mais un juge homme qui ait constamment présentes l'erreur, l'ignorance, la faillibilité humaines », il criterio di imputazione moderno, che assume a proprio presupposto la volontà dell'individuo come causa morale e libera dell'illecito, è un « jugement imputatif-législatif » che pone sempre la valutazione morale di una condotta in relazione ad una norma, « l'imputation est la conséquence de la violation de la règle » (55). La pensabilità della colpevolezza come principio generale e la sua configurazione in forme tipiche di dolo o colpa si lega, dunque, al sistema penale a base normativa, in cui, cioè, la legge espressione di volontà del sovrano stabilisce confini e contenuti della rilevanza penale. I nessi che uniscono la colpa pensata *per casi* all'ordinamento pluralistico medievale e che collegano, invece, la responsabilità normativizzata a concezioni stataliste e monopoliste della *publica potestas* ci sembrano evidenti, come è naturale che ad un cambio di sistema politico corrisponda un diverso ordine del discorso (anche) sulla colpevolezza.

Restano, tuttavia, da indagare le cause e le fasi, scientifiche e politiche, che — per riprendere i nostri riferimenti — tra il XVI e il

(53) Ivi, pp. 245-248 (corsivi nell'originale).

(54) Cfr. C. GAUVARD, *De la difficulté d'appliquer les principes théoriques du droit pénal en France à la fin du Moyen Age*, in *Die Entstehung des öffentlichen Strafrechts. Bestandsaufnahme eines europäischen Forschungsproblems*, D. Willoweit (hrsg.), Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 1999, pp. 91-113.

(55) A. GIULIANI, *Imputation et justification*, in « Archives de philosophie du droit », 22 (1977), *La responsabilité*, pp. 85-96 (cit. pp. 87, 96).

XVIII secolo portano ad abbandonare il modello di Raimondo e ad abbracciare quello di Filangieri. Non c'è spazio in questo contributo per un esame approfondito, ma è almeno possibile indicare qualche significativo momento del processo di trasformazione che prende avvio nel corso del Cinquecento. Un primo elemento di novità è rappresentato dall'istituzione di *lecturae criminalium* in molte università europee a partire da inizio secolo ⁽⁵⁶⁾. L'autonomia didattica riflette la maturazione scientifica della materia, e manifesta un livello di approfondimento teorico e pratico del penale in grado di ridurlo a sistema per essere meglio insegnato, studiato, applicato. Le nuove cattedre, nondimeno, sono anche espressione delle scelte dei sovrani, che vedono nel sapere penalistico uno strumento culturale necessario a consolidare l'immagine pubblica della giustizia, a trasformare tecnicamente la trasgressione della norma in forma di controllo sociale ⁽⁵⁷⁾. Un secondo fattore che molto ha contribuito all'abbandono della casistica è costituito dalla diffusione del metodo sistematico, grazie anche all'influenza dell'umanesimo giuridico. In questo senso, le pagine che Grossi dedica alla costruzione di « una vera e propria teoria generale del contratto » in Mantica e alla distinzione tra *substantia* e *natura* del *contractus in genere* ⁽⁵⁸⁾ trovano un perfetto corrispettivo nei *generalia delictorum* deciani. Nel *Tractatus criminalis* del giurista udinese *dolus* e *culpa*, analiticamente definiti nel loro significato penalistico, assurgono ormai a elementi costitutivi di ogni delitto ⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁶⁾ La prima a Bologna, nel 1509, affidata a Ippolito Marsili.

⁽⁵⁷⁾ Rinvio sul punto a M. PIFFERI, *Generalia delictorum. Il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 65-74; una conferma delle *lecturae criminalium* come luogo in cui il docente insegna tanto il legame tra giustizia criminale e potere centrale, quanto la specificità della materia caratterizzata da una combinazione di « universalibus ac particularibus » appresa nelle aule dei tribunali, viene dalla ritrovata prolusione di Tiberio Deciani al corso patavino di criminale nel 1549, su cui si veda M. FAVARO, *Tre discorsi ritrovati del giurista udinese Tiberio Deciani (1509-1582)*, in « Studi Veneziani », LXVI (2012), pp. 204-212 e la trascrizione pp. 224-232.

⁽⁵⁸⁾ P. GROSSI, *Sulla natura del contratto (qualche nota sul 'mestiere' di storico del diritto, a proposito di un recente 'corso' di lezioni)*, in « Quaderni fiorentini », 15 (1986), specie p. 604 e ss.

⁽⁵⁹⁾ Senza ripetere quanto già ho cercato di ricostruire in altra sede, mi permetto su questo di rinviare a PIFFERI, *Generalia delictorum*, cit., *passim*.

Un terzo significativo apporto all'elaborazione di una teoria non casuistica della responsabilità è venuto dalla Seconda Scolastica. Il « discriminare dottrinalmente rigoroso » che separa « l'angolatura casistica » delle *summae* penitenziali dalle opere dei giuristi-teologi salmaticensi, espressione di « un terreno culturale sensibilmente diverso », era stato sottolineato da Grossi nel 1972 in occasione del primo incontro di studio organizzato dal Centro fiorentino da lui fondato ⁽⁶⁰⁾. Il saggio grossiano è dedicato al tema privatistico a lui carissimo della proprietà, ma le considerazioni sulle premesse teoriche e antropologiche della Seconda Scolastica risultano utilissime anche per la comprensione del modo in cui essa reinterpreta la responsabilità penale. Nei maestri spagnoli, scrive Grossi, « l'analisi individualistica e volontaristica della realtà sociale », influenzata dalle sistemazioni francescane e dalle scuole teologiche parigine, « si collocava alla perfezione », traducendosi in « un acuto soggettivismo che investiva in pieno le concezioni del diritto, deformandone la natura da misura obbiettiva del giusto a strumento potestativo della libertà del singolo » ⁽⁶¹⁾. Entro una visione in cui « il mondo si costruisce sul soggetto e si risolve nel soggetto » ⁽⁶²⁾, la premessa di ogni riflessione sulla proprietà negli scritti della Seconda Scolastica è il legame tra libertà e *dominium sui*, dal momento che « il libero arbitrio, costruito in chiave volontaristica per meglio garantire l'autonomia del soggetto, è il presupposto insopprimibile di ogni *dominium*, perché è esso stesso *dominium* » ⁽⁶³⁾. Riletta con riferimento al penale, è naturale che tale esaltazione del momento individualistico-volitivo in termini di libero arbitrio porti i maestri spagnoli a valorizzare l'essenziale elemento soggettivo del reato. Antonio Gomez, ad esempio, pone l'« animus, ut quis intendat delinquere » come uno dei tre caratteri fondamentali dell'illecito penale perseguibile nel foro esterno, assieme al « factum ut sequatur

⁽⁶⁰⁾ P. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, in *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno. Incontro di studio, Firenze 16-19 ottobre 1972, Atti*, a cura di Id., Milano, Giuffrè, 1973, p. 119 testo e nt. 3.

⁽⁶¹⁾ Ivi, pp. 123, 124.

⁽⁶²⁾ Ivi, p. 131.

⁽⁶³⁾ Ivi, p. 135.

delictum » e al « delictum, ut per legem sit punibile » (64). Diego de Covarrubias y Leiva, dopo aver definito l'omicidio volontario « non solum cum occidens explicitè tendit ad occisionem, et occidere vult: sed et quoties eius voluntas tendit in eum actum, ex quo per se, ac immediate mors sequitur, non per accidens », avverte il lettore che ritiene necessario « longius repetere » sul tema della *voluntas et propositum* perché ancora molto controverso (65). Nelle pagine successive, il giurista toletano analizza in dettaglio le manifestazioni della volontà come elemento essenziale di ogni reato e di ogni peccato, poiché « malitia enim cuiusque actus pravi a voluntate procedit, quae praecipua est in omni peccato » (66), ed esclude ogni forma di imputabilità per eventi avvenuti *per accidens* a prescindere dal nesso causale con la condotta. Vi è poi un ulteriore elemento fondamentale nella riflessione della Seconda Scolastica che ha un impatto rilevante sulle teorie penalistiche. Il riferimento è al concetto volontaristico di legge come espressione della « volonté positive du législateur »: « Le droit — scrive Villey a proposito del pensiero di Suarez — c'est le texte de la loi » (67). La legge penale diviene, nella seconda metà del Cinquecento, oggetto di particolare attenzione (68) da parte dei giuristi, anche in conseguenza di inter-

(64) A. GOMEZ, *Variarum Resolutionum Iuris Civilis, Communis et Regii Commentaria*, t. III, *de Delictis*, Neapoli, Ex typographia Felicis Mosca, 1718, c. 3 *De Homicidio*, § 30, p. 81.

(65) D. COVARRUBIAS Y LEIVA, *In Clementis Quinti Constitutionem: Si furiosus, rubrica de homicidio, Relectio*, in ID., *Opera omnia*, Genevae, Sumptibus Samuelis de Tourne, 1679, t. I., *De delictis et conatibus*, n. 1, p. 714.

(66) Ivi, n. 2, p. 714: « maleficia, crimina et delicta voluntate distingui in hunc quidem sensum: ut voluntarium constituat delictum: involuntarium autem ab eo excuset, et liberet: cum propter involuntarium malitia cesset: ea vero ex voluntate procedat ». Sul punto cfr. H. MAIHOLD, *Strafe für fremde Schuld? Die Systematisierung des Strafbegriffs in der Spanischen Spätscholastik und Naturrechtslehre*, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2005, pp. 211-213.

(67) M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2003, p. 365; cfr. anche ID., *La promotion de la loi et du droit subjectif dans la Seconde Scolastique*, in *La Seconda Scolastica*, cit., pp. 53-71.

(68) Si pensi ad ALFONSO DE CASTRO, *De potestate legis poenalis, Libri duo*, Antuerpiae, In aedibus Viduae et Haeredum Ioan. Stelsii, 1568, e al capitolo deciano (Libro II, c. V) *De Lege, et potentia eius circa delicta*, su cui rinvio a PIFFERI, *Generalia delictorum*, rispettivamente pp. 312-316 e 266-284; cfr. anche M. SBIRICOLI, *Lex delictum*

venti normativi sempre più incisivi e (almeno nelle intenzioni) centralizzatori dei sovrani.

Il 'diritto come legge' e l'autonomia dell'individuo tematizzati dalla Seconda Scolastica intersecano l'emersione di una nuova concezione di responsabilità penale opposta a quella costruita attraverso la casistica medievale, ed ormai molto più vicina a quella illuministica. Il nuovo ordine del discorso si muove lungo due direttrici, quella dogmatica e quella politica. Quanto alla prima, le ipotesi di colpevolezza che in età medievale erano descritte come circostanze o qualità soggettive del reo in riferimento a *casi* particolari, sono ora sintetizzate in *principia* che regolano la capacità a delinquere: regole generali che la dottrina colloca come architrave di un sistema che definisce gli elementi generali sulla natura e l'indole del delitto, anticamera della futura parte generale di diritto penale ⁽⁶⁹⁾. La direttrice politica è segnata, invece, da una visione antropologica individualista che edifica il modello socio-economico sull'autonomia e la libertà del soggetto. A tale visione corrisponde quella che è stata definita la « capacity-based responsibility » ⁽⁷⁰⁾. L'impatto del liberalismo sul diritto penale di fine Settecento e dell'Ottocento favorisce un esame minuzioso delle forme di intenzionalità come manifestazioni della scelta libera e consapevole di violare la legge. In un modello sociale incentrato sulla libertà delle decisioni prese da

facit. Tiberio Deciani e la criminalistica italiana nella fase cinquecentesca del penale egemonico, in *Tiberio Deciani (1509-1582). Alle origini del pensiero giuridico moderno*, a cura di M. Cavina, Udine, Forum, 2004, pp. 91-119, ed ora in *Id.*, *Storia del diritto penale*, pp. 225-260.

⁽⁶⁹⁾ Si veda, ad es., la sintesi settecentesca di J.S.F. VON BÖHMER, *Elementa Iurisprudentiae Criminalis*, Editio tertia, Halae et Bernburgi, ex officina Fritschiana, 1743, Sect. I, c. II *De natura et indole delictorum*, § XL, p. 25, che riepiloga ed ordina in modo chiaro il materiale precedente: solo le azioni *spontaneae* sono oggetto delle leggi criminali e la « spontaneitas vero sine dolo vel culpa concipi nequeat ». *L'animum delinquendi* — precisa il giurista tedesco — può essere *directus* o *indirectus*: « quumque dolus propositum *nocendi* in genere denotet, l. 1. § 2 *de dol.* apertissime constat, 1) non tantum illum *vere* delinquere, qui delictum subsecutum antea intendit, verum 2) qui cum a) *animo laedendi b)* tale factum *illicitum* suscepit, ex quo alteri c) *ordinarie* solet laesio, licet voluntate *directa* non suscepta, inferri » (ivi, § XLIII, p. 27).

⁽⁷⁰⁾ N. LACEY, *In Search of Criminal Responsibility. Ideas, Interests, and Institutions*, Oxford, Oxford University Press, 2016; *Id.*, *Responsibility and Modernity in Criminal Law*, in « The Journal of Political Philosophy », 9 (2001), 3, pp. 249-276.

individui considerati come uguali e razionali, la nozione di responsabilità penale viene ad assumere il significato opposto di una volizione deviante che merita di essere criminalizzata e che giustifica il potere pubblico di punire ⁽⁷¹⁾. Nei codici penali quelle due direttrici si congiungono in modo compiuto, portando alla definitiva normativizzazione delle regole sulla colpevolezza e l'imputabilità.

Con l'età moderna, avviata dalle novità cinquecentesche, per la casistica ormai non c'è più spazio, o almeno così sembra. Certo, come osservava Grossi, vi è una enorme distanza tra le *summe confessorum* medievali e le somme post-tridentine, che « costituiscono ormai soltanto l'incancrenirsi di una letteratura esclusivamente moralistica, rappresentando un modesto momento, non certo felice, nella storia della teologia morale e della pastorale cattoliche » ⁽⁷²⁾. Come la casuistica morale del XVI secolo, ridicolizzata da Pascal nelle sue *Lettere provinciali*, appare quasi una degenerazione di quella diffusasi a partire dal Duecento, così lo stile casistico del tardo bartolismo sembra ormai la stanca riproposizione di un metodo divenuto sterile. Nella crisi che colpisce la casistica, l'improduttività sistematica e concettuale di tale metodo è associata al disvalore politico che genera lasciando ai giudici imponderabili margini di discrezionalità. L'elaborazione di regole generali che possano poi condurre ad una rigorosa applicazione deduttiva da parte dei magistrati rappresenta un momento conflittuale che caratterizza le origini del diritto penale moderno, « segnate da un'intensa rielaborazione concettuale ispirata a principi di natura politica e filosofica alla cui stregua vengono scardinati e sconvolti gli assetti punitivi dell'*ancien régime* » ⁽⁷³⁾.

⁽⁷¹⁾ Cfr. L. FARMER, *Making the Modern Criminal Law. Criminalization and Civil Order*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 163-203; P. COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico. I. Da Hobbes a Bentham*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 357 e ss.

⁽⁷²⁾ GROSSI, *Somme penitenziali*, cit., p. 117.

⁽⁷³⁾ T. PADOVANI, *Ideologia ed effettività nei principi di diritto penale*, in « *Diritto Romano Attuale* », 10 (2003), p. 61.

Ripensare la modernità

AURELIO CERNIGLIARO

SUL 'LEGNO LIEVE' DI BALDO
TRA LE RAPIDE DELLA MODERNITÀ

C'est avec l'âme entière qu'il faut aller à la vérité

1. *Comprendre avec son cœur*: primi incontri. — 2. La proposta « se-ducente » di un ispirato esploratore. — 3. Dalla forma alla vita: la « socialità » del diritto. — 4. La molla di un giurista inquieto: la « fantasia ». — 5. Lo « stupore » fonte di « conversione » operativa: finalmente il 'moderno'.

1. *Comprendre avec son cœur*: *primi incontri*.

« Le origini del 'moderno' sono rintracciabili per il politologo e per il giurista all'interno di un secolo che al puro cronologo appare riposare nel pieno medioevo. È infatti nel Trecento che un processo prende l'avvio e che la vecchia *tranquillitas ordinis* riceve i primi scossoni esiziali. È un secolo tormentato, che rivela allo storico una duplice congiunta crisi di strutture e di idealità. Crisi demografica, abbandoni di terre, carestie e una fame sempre più diffusa minano alla base l'edificio secolare lentissimamente costruito, mentre crollano le vecchie certezze dominanti ed affiora e monta una psicologia collettiva di sfiducia: quell'edificio non è stato capace di garantire la sopravvivenza; si reclama un nuovo ordine socio-politico-giuridico, una rifondazione su nuove basi » ⁽¹⁾. Così nel 1998 Paolo Grossi, che ne desume « Sta qui la modernità del Trecento: nell'amaro accertamento di un naufragio, nella conseguente condanna dell'assetto tradizionale, nella voglia di nuovo che percorre l'intera so-

⁽¹⁾ GROSSI, *Modernità politica e ordine giuridico. Nel ricordo di Anna Maria Battista*, in « Quaderni fiorentini » [QF], 27 (1998), p. 25, poi in ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 455.

cietà » (2). Di qui, l'efficace postulato, quale sintetica proposizione posta a base di un intero sistema formalizzato, secondo cui « Il sentiero nuovo che si comincia a percorrere è la riscoperta dell'individuo, di ogni individuo, come di valore di per sé » (3). Nella trasposizione tra 'linguaggi' sembra di cogliere nelle parole del fiorentino Grossi i tratti del Masaccio della *Cacciata di Adamo ed Eva dall'Eden* nella Cappella Brancacci in Santa Maria del Carmine (4): un « punto » ben preciso nella linea (5) che, nella intensità espressiva della figura umana, decisamente denota la svolta al moderno.

Potremmo, a tal punto, per la coerenza evidente con il pensiero, ritenere quelle parole già pienamente esaustive del compito a noi prefisso di cogliere le prime tracce del 'moderno' nella prospettiva dello Storico del diritto. Eppure proprio la voce di Chi resta vivo oltre il « muro d'ombra » richiama a ben diverso impegno.

In quella preziosa silloge (6) delle lezioni tenute a Palazzo Strozzi nel dicembre 2006 con riferimento al Suo itinerario di 'studioso agli esordi', « erto e accidentato » (7), ma divenuto « più pervio » (8) in direzione del 'mestiere di storico' grazie ai *recuperi* già conseguiti nell'iter formativo con Enrico Finzi, Salvatore Romano e Pietro Piovani, suffragati sul versante storico dalla lettura di Henry-Irénée Marrou (9) e di Marc Bloch (10), il Grossi « soggetto collinare dalla radicata toscanità » (11), con senso di dichiarata riconoscenza

(2) GROSSI, *Modernità*, cit., p. 25, e Id., *Assolutismo*, cit., p. 455.

(3) *Ibidem e ibidem*.

(4) John T. SPIKE, *Masaccio*, Milano, Rizzoli, 2002.

(5) La prima enunciazione della formula divenuta in seguito ricorrente è in P. GROSSI, *Il punto e la linea (l'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)*, in *L'insegnamento del diritto oggi*, Atti del convegno organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Genova (4-6 maggio 1995), a cura di G. Rebuffa e G. Visintini, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 255-265, poi in Id., *Società, diritto, Stato: un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 3-12.

(6) P. GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, Bologna, il Mulino, 2008.

(7) Ivi, p. 31.

(8) Ivi, p. 36.

(9) Henry-Irénée MARROU, *De la connaissance historique*, Paris, Éditions du Seuil, 1954 (tr. Bologna, il Mulino, 1962¹).

(10) Marc BLOCH, *Apologie pour l'histoire ou Métier d'historien*, Paris, Colin, 1949 (tr. Torino, Einaudi, 1950¹).

(11) GROSSI, *Uno storico*, cit., p. 14.

per « l'istrumentario metodologico » a lui fornito, finiva per concludere con riferimento a quella sua stagione: « Il navigatore novizio aveva una bussola nella sua tasca » (12). Ma, come a tutti è noto, la sola bussola non assicura di per sé il felice esito della navigazione. Di questa, del resto, pur realizzata a vele spiegate tra lidi noti, ma ridefiniti in ordine ad una nuova, perché magmatica, mappa concettuale, è dato tracciare *ex post* la rotta. Al conseguir dell'approdo, allorché l'ancoraggio conforta saldamente il naviglio alla terraferma, i marosi che, spumeggianti, s'infrangevano sulle fiancate del natante nel vano tentativo di contrastare l'incedere di una prua dirompente, cennano di colpo a placarsi e s'offre il destro ad un racconto di viaggio pacato, fors'anche rassicurante. La narrazione che ne sortisce appare, tuttavia, ben lungi da quel 'diario di bordo' espressivo con immediatezza della esperienza movimentata pienamente vissuta dal nocchiero che « adopra ogn'arte per sfuggire al reo periglio » (13). E bisogna dir con franchezza che le acque non erano affatto prive d'insidie.

A ben vedere, già il varo per quel lungo viaggio veniva a realizzarsi nel contesto di una singolare temperie culturale. All'indomani del protrarsi di un duro scontro tra due falangi, molto frastagliate al loro interno e che per mere esigenze di sintesi condensiamo negli opposti schieramenti idealistico e positivistico, favorito dalla crisi dal drammatico epilogo della vicenda bellica, un orizzonte culturale del tutto nuovo viene a delinearasi nel quadro del 'secolo breve'. Basti pensare che in Italia alle postulate 'certezze' codicistiche e delle leggi speciali venute fuori nel ventennio fascista si giustappone ora la intensa ricchezza valoriale della Costituzione repubblicana. Ed appunto nella delicata fase dell'esito dal lungo tunnel che aveva fortemente inciso sulla vita intellettuale del Paese non meno che sulla materiale, il giovane studioso fiorentino, nel cuore della fase formativa, avverte una 'naturale' attrazione (14) per la voce suadente, un vero e proprio « acte de foi » di un « résistant

(12) Ivi, p. 36.

(13) Francesco REDI, *Bacco in Toscana* (1685), vv. 886-887, Livorno, 1821, pp. 31-32.

(14) In segno di grato riconoscimento ne riferisce il merito al consiglio ricevuto dall'insegnante di lingua francese.

à l'état pur »⁽¹⁵⁾, che, ispirato a Lucien Febvre, a Marc Bloch ed a Wilhelm Dilthey, in espresso ribaltamento di posizione al pensiero di Charles Seignobos⁽¹⁶⁾, da cui pur era stato accolto all'Académie, all'enunciato essenziale (*une brève formule*) « L'histoire est la connaissance du passé humain », a pieni polmoni ne enuncia un lapidario commento:

de fait, l'histoire existe déjà, parfaitement élaborée dans la pensée de l'historien avant même qu'il l'ait écrite; quelles que puissent être les interférences des deux types d'activité, elles sont logiquement distinctes. Nous dirons connaissance et non pas, comme d'autres, 'recherche' ou 'étude' (bien que ce sens d'enquête' soit le sens premier du mot grec istoria), car c'est confondre la fin et les moyens; ce qui importe c'est le résultat atteint par la recherche: nous ne la poursuivrons pas si elle ne devait pas aboutir; l'histoire se définit par la vérité qu'elle se montre capable d'élaborer. Car, en disant connaissance, nous entendons connaissance valide, vraie: l'histoire s'oppose par là à ce qui serait, à ce qui est représentation fausse ou falsifiée, irréalité du passé, à l'utopie, à l'histoire imaginaire [...] au roman historique, au mythe, aux traditions populaires ou aux légendes pédagogiques — ce passé en images d'Epinal que l'orgueil des grands États modernes inculque, dès l'école primaire, à l'âme innocente de ses futurs citoyens⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾ Così Marrou si autodefinisce nei *Carnets posthumes* (Carnet XI, éd. du Cerf, 2006, p. 467).

⁽¹⁶⁾ I caposaldi del pensiero del fondatore, con Charles-Victor Langlois, della *École méthodique* si rinvengono notoriamente in *La Méthode historique appliquée aux sciences sociales* (Paris, 1901¹; Alcan, 2014: « L'historien est dans la position d'un physicien qui ne connaîtrait les faits que par le compte rendu d'un garçon de laboratoire ignorant et peut-être menteur ») e in *L'enseignement de l'histoire comme instrument d'éducation politique* (in *Conférences du Musée pédagogique. L'enseignement de l'histoire*, Paris, Imprimerie nationale, 1907, pp. 1-24; poi in Charles SEIGNOBOS, *Études de politique et d'histoire*, Paris, PUF, 1934, pp. 109-132). I limiti della pur importante epistemologia di Seignobos, di cui si sollecita una 'rivisitazione', sono ben segnalati da Antoine PROST (*Charles Seignobos revisité*, in « Vingtième Siècle. Revue d'histoire », 1994, 43, pp. 100-118): « A la caricature d'une histoire événementielle renvoyée à l'insignifiance minutieuse des détails érudits, il conviendrait de substituer enfin l'image plus juste d'une histoire indissolublement événementielle et sociologique, s'il est vrai, comme le dit Seignobos, que 'l'effet des événements est de transformer les sociétés' ».

⁽¹⁷⁾ MARROU, *De la connaissance*, cit., pp. 32-33.

Il fine studioso di Agostino ⁽¹⁸⁾ segnalava, a ben vedere, una rottura definitiva con l'asfittico riduttivismo positivistico, ma, pur riconoscendo una specifica, necessaria rilevanza all'intervento dello storico e del suo presente nel rapporto con l'oggetto di studio (*L'histoire est inséparable de l'historien*), ne conteneva le implicite conseguenze verso un relativismo eccessivo. In definitiva, Marrou sosteneva una sorta di via intermedia tra idealismo e filosofia realista, mentre *compréhension* si poneva come la parola-chiave nella conoscenza storica ⁽¹⁹⁾.

Si configurava, in effetti, per il giovane studioso del diritto un'attraente prospettiva sul versante storico, pur se ancora vagamente chiara, in radicale discontinuità con la pregressa storiografia, e tuttavia potenzialmente atta ad assorbire e persino andar oltre il pensiero di Croce che, tenuto ben presente anche dallo storico d'Oltralpe ⁽²⁰⁾, si presentava nettamente 'formante' — si direbbe

⁽¹⁸⁾ Il suo 'classico' *Saint-Augustin et la fin de la culture antique* (1949), ma anche *l'Histoire de l'éducation dans l'antiquité* (1953) accreditavano Marrou a parlare con 'consapevolezza' di storia.

⁽¹⁹⁾ « Avant Saint-Exupéry, s. Augustin a trouvé qu'on ne comprend bien qu'avec son cœur. M. Marrou cite son grand ami, Augustin 'On ne peut connaître personne sinon par l'amitié'. [...] La notion d'amitié fonde celle d'objectivité: c'est grand, rien qu'à y penser. La phase préliminaire du travail historique est donc un dialogue d'ami avec le document, dans 'une attitude déterminée par le souci d'être attentif et comme réceptif à l'objet et d'abord à ce document qui le révèle'. L'historien cherche à découvrir l'autre, en tant que tel, tel qu'il se montre [...] jusqu'à comprendre même la vérité d'un faux »: così in una bellissima recensione Benoît LACROIX (*compte rendu*, in « Revue d'histoire de l'Amérique française », 8 [décembre 1954], 3, pp. 435-441).

⁽²⁰⁾ Benedetto Croce con Wilhelm Dilthey, Max Weber, Lucien Febvre e Raymond Aron, è costantemente presente in Marrou, che, pur individuando nel « vieux sophiste napolitain » duplice dignità (« historien lui aussi de vocation autant que philosophe »), non gli appare, tuttavia, da solo espressivo della varietà storiografica italiana (« La personnalité encombrante de Croce a paru résumer, aux yeux des étrangers, toute l'activité de la spéculation italienne; vue sommaire et injuste, notamment en ce qui concerne notre sujet, comme tant de preuves sont venues récemment l'attester ») con espresso rinvio ai contributi proposti all'VIII Convegno di studi filosofici cristiani su *Il problema della storia tra professori universitari* tenuto a Gallarate nel 1952 (*Atti*, Brescia, Morcelliana, 1953), con importanti apporti (Felice Battaglia, Emanuele Severino, Cleto Carbonara). Cinzio VIOLANTE nella *Introduzione* a *La conoscenza storica* di Marrou (cit. tr. 1962¹) parla di « atto di fede » di quel « gruppetto — molto vario per vocazioni individuali — di giovani cattolici francesi » insofferenti già nel 1932 alla

‘costitutiva’ — della linea di metodo che, con un mediatore d’eccezione ⁽²¹⁾, il « giovane assistente di Nicolini » mostrava di aver imboccato: da essa, « finalmente », « proveniva una ventata di aria fresca ». All’incontro culturale di Grossi con Betti e la sua robusta visione scientifica ⁽²²⁾, su sollecitazione premurosa di Giorgio La Pira, si abbina, infatti, quello raro e decisivo con Francesco Calasso. E « si aprirono i polmoni ». Calasso portava, come s’è detto, ‘aria fresca’, « E io — annota il Nostro — non mancai di respirarla ». Con quelle espressioni uniche, che nel sentire comune segnalano il momento della nascita, Grossi, già avviato al diritto, fissa, così, il *Natalis dies* del ‘suo’ esser storico del diritto e tra chi non si sentiva assuefatto dello *statu quo* esistente ⁽²³⁾ si determinava, diremmo non poteva non determinarsi, una immediata consonanza.

2. *La proposta « se-ducente » di un ispirato esploratore.*

Certo, in quel convergere ad un medesimo fine, una interferenza del tutto peculiare assumeva il peso che il pensiero cro-

« filosofia della storia » (p. X: « Nel volume sulla conoscenza storica (1954) il Marrou, profondamente provato dall’esperienza di una nuova grande guerra e dalla ‘resistenza’, ci ha riproposto le proprie reazioni spirituali alla risultanze drammatiche della ‘filosofia della storia’ ») e ribadisce « Il filosofo della storia — concludeva dunque lo storico Marrou — è il nostro peggior nemico ». Di un Marrou lontano dallo storicismo crociano, segnalante un’« insufficiente comprensione » del sorgere dell’atto storiografico da un impulso pratico, parla acutamente Gennaro SASSO (rec. in « Lo Spettatore Italiano », VIII [1955], 7, pp. 292-295), mentre una sostanziale « inadeguatezza » vi riscontra Vittorio STELLA (rec. in « Rassegna Storica del Risorgimento », 1956, pp. 590-592).

⁽²¹⁾ GROSSI, *Uno storico*, cit., p. 44: « Calasso faceva sua la migliore lezione dello storicismo crociano ».

⁽²²⁾ Sul ‘rinnovamento’ arrecato nella dogmatica dal giurista camerte è sempre fondamentale Pietro COSTA, *Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia*, in QF, VII (1978), pp. 311-393. Sul « testimone più avanzato e consapevole di una linea di tendenza che sparuta nei tardi anni Quaranta, vediamo sempre più grandeggiare e diffondersi » sentito è il tributo di Paolo GROSSI in *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 302-306. Densa e meditata riflessione nel recente Italo BIRROCCI, Eloisa MURA, *La missione del giurista. L’itinerario parallelo di Emilio Betti e Aurelio Candian*, Torino, Giappichelli, 2022.

⁽²³⁾ « Le mie insoddisfazioni non erano il frutto di velleitarie smanie giovanili, ma la messa a nudo di gravi problemi di identità culturale » (GROSSI, *Uno storico*, cit., p. 37).

ciano ⁽²⁴⁾ da tempo esercitava sull'allievo dell'indimenticato Maestro Francesco Brandileone ⁽²⁵⁾.

Questi, com'è noto, già con la prolusione parmense ⁽²⁶⁾ del 1888, serbata peraltro inalterata in oltre un trentennio, nell'alveo dell'aspro confronto ⁽²⁷⁾ — una aperta « battaglia », secondo il Roberti ⁽²⁸⁾ — tra sostenitori della continuità del diritto romano ⁽²⁹⁾

⁽²⁴⁾ Sulla 'tessitura' della 'galassia crociana', recenti raffinate considerazioni in Italo BIROCCHI, *Betti e Candian nella tessitura collettiva del diritto: tra teoria generale, dogmatica e sistema*, in BIROCCHI, MURA, *La missione*, cit., pp. 173-256, spec. p. 263.

⁽²⁵⁾ Francesco CALASSO, *Francesco Brandileone*, Commemorazione letta a Salerno il 15 settembre 1951, in ID., *Storicità del diritto*, Milano, Giuffrè, 1966. Vi si riprendevano i toni del sentitissimo *Necrologio* pubblicato sulla « Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto », IX (1929), pp. 684-691 (poi in « Annali di Storia del diritto. Rassegna internazionale », IX [1965], pp. 523-528), ove, con palese commozione, Calasso dava contezza del coinvolgente rapporto scientifico e umano — unico e irripetibile — che, secondo lo stile dei tempi, il Maestro riusciva a stabilire con gli allievi. Ed ancora nella prolusione tenuta nell'Università di Roma il 19 gennaio 1946 (*Il diritto comune come fatto spirituale*, in « Rivista italiana per le scienze giuridiche », s. III, II [1948], pp. 315-352) commosso ne era il ricordo: « In particolare alla memoria del mio maestro F. Brandileone, queste pagine sono offerte con riconoscenza immutata ».

⁽²⁶⁾ Francesco BRANDILEONE, *Di un indirizzo fondamentale degli odierni studi italiani di storia del diritto, prolusione letta nell'Università di Parma il 23 febbraio 1888*, estr. da « Il Filangieri », I, a. 16, n. 6. L'impostazione scientifica adottata venne, poi, ribadita nella prolusione romana del 1921 (*Il diritto romano nella storia del diritto italiano*, in « Archivio giuridico », 86 [1921], pp. 6-36). Sul giurista di Buonabitacolo, oltre il profilo delineato da Carlo Guido MOR (F.B., in *Dizionario Biografico degli Italiani* [DBI], 14 [1972], pp. 19-21), cfr. Italo GALLO, F.B. *Un giurista tra filologia e storia*, Salerno, 1989, e Mario CARVALE, F.B., in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani* [DBGI], Bologna, il Mulino, 2013, I, pp. 331-333.

⁽²⁷⁾ Nell'amplissima bibliografia si segnalano quanto meno gli acuti contributi di Carlos PETT (*Culto e cultura della storiografia giuridica in Italia*, in *Il contributo italiano alla storia del Pensiero. Diritto*, 2012, pp. 741-748) e di Emanuele CONTE (*Eine Rezeption germanischen Rechts in Italien? Römisch-wissenschaftliches Recht und vulgärrechtliche Tradition in den italischen Städten des 12. und 13. Jahrhunderts*, in « Forum historiae et iuris », 2004, ed anche *Storia interna e storia esterna. Il Diritto medievale da Francesco Calasso alla fine del XX secolo*, in « Rivista internazionale di Diritto Comune », 17 [2006], pp. 299-322).

⁽²⁸⁾ Melchiorre ROBERTI, *Gli elementi del diritto italiano e la scuola storica nazionalista. Prolusione letta nell'aula magna della R. Università di Siena: 1 dic. 1914*, Torino, Bocca, 1915, p. 5.

⁽²⁹⁾ Esponente di spicco si propone Nino TAMASSIA che il 9 novembre 1907 all'Università di Padova pronunzia una vera e propria prolusione 'programmatica',

o della discontinuità germanica ⁽³⁰⁾, aveva legato al ‘rinascimento’ dei comuni medievali in Italia dopo il Mille ⁽³¹⁾ il naturale « risorgimento del diritto romano » ⁽³²⁾. Significativo si prefigurava l’ampiamiento dell’orizzonte ad uno spazio storico più fiorente che risultava, peraltro, largamente inesplorato in questa specifica pro-

L'elemento latino nella vita del diritto italiano (Padova, Randi, 1907). Sul successore alla cattedra patavina di Antonio Pertile cfr. Chiara VALSECCHI, *N.T.*, in *DBGI*, II, pp. 1928-1930.

⁽³⁰⁾ Capofila di grande spessore, anche polemico, si propone Francesco SCHUPFER, che delineando la chiave interpretativa della storia giuridica italiana in termini ben netti (« Due principii diversi tengon il campo della storia: il principio latino e il principio germanico, che mossi ambedue dalle stesse origini, riescono nondimeno a fini opposti ») soprattutto all’indomani della pubblicazione di *Gaeta e il suo diritto* (*Studi sui documenti del Codex Cajetanus*, in « Rivista italiana per le scienze giuridiche », LIV [1914], 1-2, pp. 71-147 e 293-359, 3, pp. 35-109; LV [1915], 1-2, pp. 199-234), veniva allo ‘scontro’ aperto con Tamassia, con Federico Ciccaglione, con Pier Silverio Leicht, con Francesco Ercole. Sulla polemica cfr. in particolare Aurelio CERNIGLIARO, *Nota di lettura*, in Federico CICCAGLIONE, *Tra Scuola storica e Storicismo*, Napoli, Jovene, 2009, pp. XV-LXVIII. Sul profilo del giurista, si rinvia a Bruno PARADISI, *Apologia della storia giuridica*, Bologna, 1973, *a.i.*, e ad Emanuele CONTE, *F.S.*, in *DBGI*, II, pp. 1829-1831.

⁽³¹⁾ CERNIGLIARO, *Nota di lettura*, cit., p. XXXI: « Quando la ‘civiltà latina’ era tornata a sovrapporsi ai vincitori sì da ‘finire sfolgoreggiante nella vita potente e meravigliosamente ricca e multiforme dei nostri comuni’, era stato del tutto naturale il ‘risorgimento del diritto romano’ ». Il diritto, in quanto espressione spirituale, veniva strettamente connesso all’andamento della civiltà. In questo contesto ben rilevante appare la vicenda storiografica dell’allievo di Pasquale Villari, Romolo Caggese, l’epigono della cosiddetta « scuola economico-giuridica », che con *Classi e Comuni rurali nel Medioevo italiano* del 1909 aveva superato le aporie del ‘dualismo’ così come suscitato dalla prima ondata di lettori della ‘questione meridionale’ e nel 1929 con il saggio *Italy 1313-1414*, pubblicato nella prestigiosa *Cambridge Medieval History* (a cura di C.W. Previtè-Orton, vol. VII, Cambridge, pp. 49-76), « sintetizzava pienamente sia l’immagine del medioevo italiano centrato sul modello comunale, sia lo sforzo per identificare le interazioni fra le due aree del paese, con la conclusione della constatazione delle incommensurabili [- e durature -] distanze fra il Centro-Nord avanzato e il Mezzogiorno monarchico, ‘feudale’, arretrato. Un’Italia dantesca, urbana, dinamica, un’Italia monarchica, prima fridericiana, poi irrimediabilmente precipitata nella decadenza » (Pietro CORRAO, *Le “due Italie” nella medievistica dell’Otto-Novecento*, in *Agli inizi della storiografia medievistica in Italia*, a cura di Roberto Delle Donne, Napoli, FedOAPress, 2020, p. 352).

⁽³²⁾ Cfr. CERNIGLIARO, *Nota di lettura*, cit., p. XXXI.

spettiva ⁽³³⁾. Brandileone, quindi, nell'attribuire al Calasso un argomento di studio per la dissertazione di laurea, aveva selezionato un tema che già nel titolo, concordato plausibilmente tra l'allievo e il relatore, recava traccia della 'nuova' temperie da lui stesso inaugurata ⁽³⁴⁾: *La "dottrina degli Statuti" per l'Italia meridionale* ⁽³⁵⁾. La scienza che vi aveva trovato « le sue basi storiche e giuridiche » si proponeva, pertanto, secondo Calasso « densa di principii e feconda tutt'oggi d'applicazioni pratiche », giacché gli Statuti si erano realizzati dopo una « lunga gestazione storica » rispecchiante « il secolare lento ma ininterrotto lavoro di formazione e di trasformazione degli usi e delle consuetudini rampollate dalla coscienza rinnovantesi del popolo, tra i vuoti delle leggi scritte o tra le loro discordanze o sulle loro ruine, per soddisfare ai nuovi bisogni, per rispondere alla nuova mentalità » ⁽³⁶⁾. Si configurava, sin lì, la legislazione statutaria come « eccezione ai diritti preesistenti, importantissimo fra tutti il romano ». Era il sentire di Brandileone, ma Calasso intese da subito andar oltre: dopo un anno appena, e ben sappiamo quale valenza ebbe anche nel contesto giuridico nazionale il 1929, dava alle stampe per i tipi di Angelo Signorelli *La legislazione statutaria dell'Italia meridionale*, pur limitata ad una 'Prima parte' (*Le libertà cittadine dalla fondazione del Regno all'epoca degli Statuti*), di cui la 'dottrina' costituiva una mera 'premessa'. Con una rigorosa lettura critica storica, che dimostrava di aver pienamente assorbito la lezione istituzionale romaniana, decisamente Calasso ricusava di voler adottare per l'Italia meridionale la medesima chiave interpretativa riferita alle « libere Repubbliche dell'Italia superiore », ma segnalava l'esi-

⁽³³⁾ Sulla innovazione arrecata rispetto alla tradizionale lettura savigniana esiste un'amplissima letteratura che non giova richiamare in questa sede a partire dallo stesso CALASSO, *F.B.*, cit. (« Annali », cit., p. 527).

⁽³⁴⁾ Letteralmente rifletteva, invero, soprattutto la chiave di lettura di Brandileone, volta a verificare la validità di uno schema *a priori* anche 'per' il Mezzogiorno nel tentativo di una ricomposizione della storiografia nazionale.

⁽³⁵⁾ In « Rivista di storia del diritto italiano », I (1928), pp. 483-517. La Rivista, appena nata per iniziativa di Mario Enrico Viora e Sergio Mochi-Onory, con l'appoggio di Brandileone, Carlo Calisse e Nino Tamassia, ma intesa ad essere punto di riferimento di un intero ambito disciplinare, 'lanciava' così nel cuore del dibattito culturale del momento la proposta di un giovane appena agli esordi della carriera.

⁽³⁶⁾ Ivi, p. 484.

genza di superare un'ulteriore « difficoltà » che nella storiografia si era insinuata: « quella di spogliarsi del ricordo della legislazione statutaria dei liberi Comuni, radicato tanto nel nostro pensiero da averci portati inconsciamente alla creazione di categorie e tipi che, specie nel campo della storia, soglion riuscire esiziali alla indipendente indagine scientifica ». Si delineava una vera e propria questione di metodo, che superava persino la tematica statutaria: « io — dichiarava espressamente — non intendo di procedere alla ricostruzione esegetico dommatica della teoria degli Statuti meridionali »⁽³⁷⁾. Si proponeva piuttosto, « ferdandone qualche lato caratteristico », di combattere la pigrizia intellettuale, facendo « quanto meno » nascere dei « dubbi sull'opinione comunemente accolta »: ben s'intravede in Calasso fin dagli esordi un lucido disegno progettuale di ben più ampia portata, che, confortato dal costante metabolismo spirituale e culturale col pensiero crociano, darà di lì a poco alla luce la fondamentale prolusione catanese e, all'indomani della caduta di un regime totalitario, da cui aveva patito anche una pur breve detenzione carceraria, nel clima di una rinascita della vita civile del Paese, della quale il giurista si sente partecipe⁽³⁸⁾, sfocerà in un'intensa pubblicistica e, soprattutto, nelle monumentali monografie della maturità. Della prima, gli articoli apparsi su *Il Corriere del Mattino*⁽³⁹⁾, *Il Mondo*⁽⁴⁰⁾, *Il Nuovo Corriere di Firenze*⁽⁴¹⁾

⁽³⁷⁾ Ivi, p. 488.

⁽³⁸⁾ Nel contesto storico vissuto appieno, e sofferto durante la dittatura, da Calasso non a caso diveniva centrale il problema della legalità intrecciato con quello della autonomia privata: un parallelismo posto sin dal 1943 in *Ius publicum e ius privatum nel diritto comune classico* (« Ius », 4 [1943], I, pp. 18-43), ma divenuto un *fil rouge* in tutta la produzione successiva.

⁽³⁹⁾ *Il Corriere del Mattino*. *Quotidiano dell'Italia centrale* aveva iniziato le pubblicazioni il 23 ottobre 1944 e Calasso già vi figurava con l'importante editoriale *Il senso del diritto* nel n. 57 del 1° dicembre.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. *Cronache politiche di uno storico (1944-1948)*, a cura di Roberto Abbondanza e Maura Caprioli Piccialuti, Firenze, La nuova Italia, 1975, e A. CERNIGLIARO, F.C., in *Il contributo italiano alla Storia del pensiero*, VIII Appendice, Storia e politica, Roma, Ist. Enc. It., 2013, pp. 685-690.

⁽⁴¹⁾ La testata nasce immediatamente dopo la fine del secondo conflitto per dare voce alle forze della sinistra italiana, ma con l'intento di creare un giornale per « tutti ». Vi appaiono articoli di fini intellettuali fra cui Delio Cantimori, Lanfranco Caretti, Giorgio La Pira, Ernesto Ragionieri, Giovanni Papini, Giuseppe Ungaretti ed

testimoniano puntualmente quale forza ‘costitutiva’ avesse suscitato la lezione ordinamentale romaniana. Del fermento crociano è palesemente intriso ⁽⁴²⁾ l’appassionato editoriale *Lo scandalo degli intellettuali* del 1° aprile 1948 che così chiude

so soltanto — perché il Croce mi ha insegnato a pensarlo con tutta l’opera sua e con tutta la testimonianza altissima della sua vita — che, quando l’intellettuale ritiene che il suo patrimonio spirituale venga insidiato da forme politiche o economiche oppressive o aggressive, e insorge a difenderlo, impegna tutta quanta la sua umanità: perché egli sa che la sua protesta è valida non in quanto resta racchiusa e covata nell’orto angusto della sua casta, ma solo in quanto abbia risonanza in tutti gli spiriti liberi — che possono essere quelli del più umile dei contadini o dei minatori — e unicamente in ragione diretta di quella umanità che egli ha impegnata e commossa. Sconsiderato, vanesio o ingenuo; ma uomo ⁽⁴³⁾.

Vi si riscontra, a ben vedere, la stessa chiave scientifica che informa *I Glossatori e la teoria della sovranità. Studio di diritto comune pubblico*, del 1947 in prima ⁽⁴⁴⁾ e del 1951 in seconda edizione ⁽⁴⁵⁾, ed ancora *Gli ordinamenti del Rinascimento giuridico medievale*, del 1947 in prima ⁽⁴⁶⁾ e del 1949 in seconda edizione ⁽⁴⁷⁾,

appunto Calasso (cfr. *Autobiografia di un giornale. “Il Nuovo Corriere” di Firenze 1947-1956*, pref. R. Bilenchi, Roma, Ed. Riuniti, 1989).

⁽⁴²⁾ « Ma pur professando convinzioni idealistiche e ammirando Croce, Calasso negava di esserne un seguace » (Ennio CORTESE, *F.C.*, in *DBGI*, I, p. 384).

⁽⁴³⁾ « Il nuovo Corriere », IV (1° aprile 1948), 78, p. 1.

⁽⁴⁴⁾ Una prima edizione, per vero, l’opera aveva avuto già nel 1945 per i tipi di Felice Le Monnier, ‘pensata’ « in anni fra i più tragici della storia del mondo, con strumenti di studio limitatissimi ». Così ricorda Diego QUAGLIONI, « *Quilibet in domo sua dicitur rex* ». (In margine ad alcune pagine di Francesco Calasso), in « Studi Senesi », LXXXIX (1977), p. 344, ora in *Id.*, *Scritti*, a cura di L. Bianchin, G. Marchetto, C. Natalini, C. Zendi, Foligno, Il Formichiere, 2022, p. 3. Lo ‘studio’ calassiano viene quindi riproposto in *Atti e memorie dell’Accademia fiorentina di scienze morali — La Colombaria*, Firenze, Felice Le Monnier, vol. 15, n.s., I, 1947, pp. 205-366.

⁽⁴⁵⁾ In appendice *Proemio di Marino di Caramanico al « Liber Constitutionum »*, Milano, Giuffrè, 1951, pp. 228.

⁽⁴⁶⁾ La prima edizione che, destinata alla didattica, figura come *Lezioni di storia del diritto italiano*, Milano, Giuffrè, pp. 270 (ancora in caratteri dattilografici), segnalava sin nel titolo la svolta scientifica realizzata.

e la *Introduzione al diritto comune* (48) del 1951, mentre ormai incombe il ‘monumentale’ *Medioevo del diritto* (49). Per il « nuovo Savigny » impegnato a segnalare che la sua linea storiografica, pur ruotante intorno al diritto comune, era però radicalmente diversa da quella formulata all’inizio secolo da Paul Vinogradoff (50) e portata avanti da Salvatore Riccobono (51), in replica alla proposta di Erich Genzmer (52) di tener distinta una « storia interna » campo esclusivo degli studiosi di diritto romano, resi liberi dal peso di confrontarsi con le vicende storiche, da una « storia esterna » oggetto proprio dei medievisti (53), non restò altro da dire a chiare lettere se non che

(47) Questa seconda edizione (Milano, Giuffrè, 1949, p. 322) assumeva la forma di libro compiuto rispetto alla precedente ‘dispensa’ che subiva una rielaborazione generale al fine di emendare « talune sproporzioni e lacune, sopra tutto nell’ultima parte ».

(48) La silloge (Milano, Giuffrè, 1951), costituita oltre che da una *Premessa* e un primo capitolo (*Il concetto di “diritto comune”*) da altri 7 saggi già apparsi precedentemente, era dedicata « Ai miei studenti fiorentini ».

(49) I. *Le fonti*, Milano, Giuffrè, 1954.

(50) *Roman law in medieval Europe*, London & New York, Harper & Brothers, 1909.

(51) L’allievo di Vittorio Scialoja aveva pienamente tradotto in Italia i dogmi dell’*Usus modernus Pandectarum* come sostenuti a Lipsia nell’imminenza della stesura del BGB da Bernhard Windscheid, pur sperimentando un approccio interpolazionistico critico al materiale giustiniano (cfr. Mario VARVARO, *S. R.*, in *DBGI*, II, pp. 1685-1688). Il pensionamento nel 1935 non ne aveva attenuato il prestigio (cfr. Cosimo CASCIONE, *Romanisti e fascismo*, in *Diritto romano e regimi totalitari nel ’900 europeo*, a cura di M. Miglietta, G. Santucci, Trento, 2009, pp. 3-51), ché, anche per il supporto autorevole di Paul Koschaker, si spingeva a sostenere un pieno ‘reinserimento’ del diritto romano « nella corrente viva della scienza giuridica moderna ». Per riflessioni sul tema cfr. Cristina VANO, « *Il nostro autentico Gaio* ». *Strategie della scuola storica alle origini della romanistica moderna*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2000.

(52) Resta sempre storicamente fondamentale l’intervento nel 1933 di Erich GENZMER, *Die Justinianische Kodifikation und die Glossatoren*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano*, Bologna, 1934, pp. 347-430. Su ‘la proposta conservatrice di Genzmer e il richiamo alla storicità di Calasso’ cfr. Emanuele CONTE, *Diritto comune*, Bologna, il Mulino, 2009, p. 29 e ss.

(53) GROSSI, con polemico riferimento al « grosso disagio » a suo tempo avvertito « quale membro della ‘consorteria’ degli storici del diritto italiano » affannati a rendersi nel campo ‘esclusivo’ della ‘storia esterna’ veri e propri « imbalsamatori di cadaveri », dichiara a chiare lettere: « Uso volutamente e polemicamente questo sin-

Noi faremmo opera vana e di mera accademia, se qui ci limitassimo a fare progetti di studi, di bibliografie, di edizioni, a creare cioè un cantiere di strumenti di lavoro: cosa senza dubbio di grandissimo merito, ma totalmente sterile, e che ci lascerà incarcerati a vita nell'*hortus conclusus* ch'è stato lamentato, se prima non ci saremo intesi sull'oggetto del nostro lavoro: a quale costruzione, cioè, gli strumenti del nostro cantiere dovranno servire ⁽⁵⁴⁾.

La proposta di Calasso era una indicazione capitale di metodo, ma era al tempo stesso una chiamata alle armi degli studiosi che si sentivano sollecitati dalla ventata di nuovo che spirava in una congiuntura di evidente ricostruzione scientifica, culturale e, per quanto riguarda il nostro discorso, giuridica nel Paese rinato alla libertà. E molti, anche se non tutti, risposero all'appello, in varia misura e direzione. Ora, però, lasciando da parte Calasso e la concreta fortuna conseguita dalla sua proposta, non certo sotto il profilo scientifico ⁽⁵⁵⁾, ma riguardo l'effettiva incidenza nel più vasto pianeta del diritto ⁽⁵⁶⁾, possiamo far ritorno al giovane studente fiorentino che aveva letto fruttuosamente « le pagine bettiane » di cui, superando il rischio pur ricorrente di una metodica relativizzazione del 'paesaggio storico', aveva percepito appieno il « carattere affrancatorio, ossia di affrancazione dalla servitù positivistica ai dati,

tagma, che si rifà alla respingibile e respinta dialettica fra la cosiddetta 'storia esterna' e la cosiddetta 'storia interna' » (*Uno storico*, cit., p. 40).

⁽⁵⁴⁾ Francesco CALASSO, *Il problema storico del diritto comune e i suoi riflessi metodologici nella storiografia giuridica europea*, in « Revue internationale des droits de l'antiquité », I (1948), p. 442 (ora in ID., *Storicità del diritto*, cit.).

⁽⁵⁵⁾ Basti pensare alla vasta schiera di autorevoli Allievi prodotta, e tuttora fiorente, che, oltre il pregevole tributo in *Per Francesco Calasso. Studi degli Allievi* (Roma, Bulzoni, 1978), nell'elogio della polemica tuttora legge « Calasso oltre Calasso » (per tutti cfr. CONTE, *Diritto comune*, cit., pp. 33-34), ipostatizzandone in qualche misura il messaggio carico di tensione storica vitale.

⁽⁵⁶⁾ Si è fatto più volte riferimento ad una splendida 'solitudine'. La lucida condanna del 'dogmatismo' formalizzata con la relazione del 1955 (Francesco CALASSO, *Pensieri sul problema della "continuità" con particolare riguardo alla storiografia giuridica italiana, Relazioni. IV. Relazioni generali e supplementi*, Firenze, 1955, pp. 521-545, ora in ID., *Storicità del diritto*, cit., pp. 261-286) recava con sé il rischio di una separazione dalle scienze giuridiche 'positive' che puntualmente si è più volte ventilata ed è stata notoriamente in numerose occasioni al centro di vivaci dibattiti disciplinari.

dei quali lo storico era chiamato ad essere fedele e passivo descrittore ».

3. *Dalla forma alla vita: la « socialità » del diritto.*

Alle prime certezze ora, però, se ne aggiungeva una ulteriore, decisiva per il nostro tema. Assumendo lo storico del diritto una funzione ‘ordinante’, ‘ricostruttiva’, nei termini della diltheiana ‘*comprendione*’, e non di mera descrizione, se non enumerazione addirittura, l’oggetto storiografico poteva essere identificato nei punti costituenti una linea: « entità autonome ma non isolabili dalla linea lunga collegante, passato, presente e futuro, in un gioco complesso di discontinuità e continuità » (57). Lo storico non si trovava più in presenza di un monolite ovvero di frammenti condannati all’isolamento, ma innanzi a cellule aventi ognuna la sua distinta valenza storica, ma partecipi di un insieme organico: proprio il « mistero delle tipicità delle diverse esperienze giuridiche ». L’effetto, a ben vedere, era molteplice: da un lato si determinava il venimento di rigide palizzate invalicabili nel tempo con un proficuo scorrimento fino al moderno e al presente del diritto; su altro versante, pur conservando i propri ‘occhiali’, risultava indispensabile l’apertura di un colloquio con le altre scienze sociali per cogliere la specificità dell’*humus* entro cui germinava la specifica esperienza; su altro versante, ancora, poteva rivendicarsi allo storico del diritto la sua piena partecipazione alla vita del diritto vivente, per essere esso stesso un fatto storico.

Su questi presupposti il giovane Grossi — come lui stesso indica — particolare afflato non poteva non avvertire per Calasso che in ambito giuridico « faceva sua la migliore lezione dello storicismo crociano », ma soprattutto gli proponeva la veicolazione al pensiero di Santi Romano (58) che, come era avvenuto per lo storico

(57) L’immagine, di fatto ‘avallata’ da un’intensa produzione scientifica che ne testimonia l’adozione, viene poi formalizzata solo nel 1995 (GROSSI, *Il punto e la linea*, cit.). Cfr. *supra* nota 5.

(58) Quale peso abbia rivestito nella complessiva lettura — sulle sue ‘lenti’ di giurista-storico — il pluralismo ordinamentale romaniano si palesa appieno, dopo infinite testimonianze scientifiche, nella stagione matura, nel « tempo di raccolti » (di

leccese, avrebbe in misura decisamente significativa costituito in lui un *Leitmotiv* della ricerca, della riflessione e del messaggio storico (59).

Nel quadro del dibattito giuridico sempre vivo sul nodo della continuità o discontinuità da Kelsen a Weber, a Schmitt, da cui in quella temperie politico culturale era *pour cause* più che mai difficile sottrarsi, si recuperava in una con Calasso la chiave romaniana che si presentava di gran lunga la prospettiva più confacente alle nuove e più vive direttrici storiografiche. Così fu per la ‘riflessione giuridica più sensibile’ di Emilio Betti (60), che, in contrapposizione a Giuseppe Stolfi (61), « accanitissimo propugnatore di una visione individualistica dell’ordine giuridico » (62), di cui respinge fermamente il « dogma dell’autonomia della volontà » (63), dopo aver già nel 1949

esse s’intese segnalare la valenza ‘eloquente di crescente alacrità’, in Aurelio CERNIGLIARO, *Qualche riflessione in margine a L’Europa del diritto di Paolo Grossi*, in *L’Europa del diritto. Discutendo con Paolo Grossi*, a cura di Lucilla Gatt, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, p. 4, ove si ripeteva che il secondo lemma sta ad indicare « il far tesoro di tante esperienze, il riunirle in disegni ampi, in paesaggi vasti, privilegio di chi ha alle spalle un lungo distendersi di anni e di lavoro », in *L’ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 19 e ss., e *L’Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007¹, p. 219 e ss., opere destinate alla « ineliminabile funzione formativa » della storia del diritto. Quelle *Premesse ordinative* e l’impianto interpretativo complessivo di quella lettura divenuti oggetto di una intensa ‘discussione’, pur sollecitata ‘da colleghi competenti e obbiettivi’, nel 2005 trovano, peraltro, puntuale riconferma (*Dieci anni dopo*, in *L’ordine giuridico medievale*, cit., 2006¹², pp. VIII-X).

(59) Senza stare, in questa occasione ad indicare tutte le occasioni di riconoscimento tribuito da Grossi all’impostazione ordinamentale romaniana, basterà ricordarne la centralità in *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950* (Milano, Giuffrè, 2000) e, certamente per la sede e il significato unico della circostanza — la ‘*lectio doctoralis*’ del 24 ottobre 2005 nell’*Alma Mater — Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti* (ora in *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 669-688).

(60) Sullo sviluppo del pensiero bettiano raffinate riflessioni in Natalino IRTI, *Itinerari del negozio giuridico*, in *QF*, 7 (1978), *Emilio Betti e la Scienza giuridica del Novecento*, pp. 395-420.

(61) Sul civilista pandettista lucano allievo di Leonardo Coviello rimasto quale « propugnatore di una visione individualistica dell’ordine giuridico » (GROSSI, *Scienza giuridica*, cit., pp. 189 e 303) sempre coerentissimo alla sua « visione paleolibérale » cfr. Marco SABBIONETTI, G.S., in *DBGI*, II, pp. 1916-1917.

(62) GROSSI, *Scienza giuridica*, cit., p. 189.

(63) Giuseppe STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, Cedam, 1961, p. XIII.

ventilato nella *Teoria generale del negozio giuridico*, « una delle più robuste opere di teoria giuridica della nostra letteratura contemporanea », nel 1950 con la monumentale *Teoria generale del negozio giuridico* propone il negozio come « un fatto squisitamente sociale: 'autoregolamento d'interessi nei rapporti privati, come fatto sociale' » (64). Su un giovane che avverte 'insoddisfazione' per un'aria stagnante attestata tra dogmi e pandette la dimensione funzionale (65), ora posta al centro dell'architettura, costituisce uno squarcio nelle tenebre. La 'socialità' del diritto, la 'restituzione' alla comunità di un atto di volontà in quanto *fatto sociale*, la unitarietà del diritto pubblico e privato, sono tutti aspetti che sopravanzano le astrattezze giusnaturalistiche (66) e prospettano un ritorno alla vita. Parimenti, ora è la 'funzione' che « costringe la proprietà a scendere da quel paradiso rarefatto in cui l'aveva collocata la liturgia naturalistica perdendo parecchi attributi di venerabilità ma recuperando una corposa terrestrità » (67). Così se per taluno poteva apparire 'ambigua' la prospettiva funzionale offerta dalla carta costituzionale all'art. 42 (68), la diversa soluzione rilevata da Salvatore Pugliatti nel 1952 in *La proprietà e le proprietà con particolare riguardo alla proprietà terriera* (69) e nel 1954 in *Proprietà e lavoro nell'impresa* (70) ne sottolineava il carattere peculiare, schiudendo la prospettiva a molteplici configurazioni dominicali. « Semi e germi vivacissimi » che stimolavano ad un generoso impegno che noi ben sappiamo come rigogliosamente fruttificato pur dovendo « ammettere che

(64) GROSSI, *Scienza giuridica*, cit., p. 304, che cita da BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, p. 54.

(65) La causa, cui è dedicato l'intero terzo capitolo della *Teoria*, viene individuata come « la funzione d'interesse sociale dell'autonomia privata » (BETTI, *Teoria*, cit., p. 183).

(66) Circa la rimozione della prospettiva negoziale giusnaturalistica cfr. Salvatore PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in « Nuova Rivista di diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale », 1947, pp. 13-21.

(67) GROSSI, *Scienza giuridica*, cit., p. 306.

(68) Cfr. Stefano RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in « Riv. trim. dir. proc. civ. », 1960, pp. 1252-1341, ora in ID., *Il terribile diritto — Studi sulla proprietà privata*, Bologna, il Mulino, 1981.

(69) In *Atti del III Congresso nazionale di Diritto Agrario*, Palermo 19-23 ott. 1972, pp. 45-210.

(70) In « Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale », 1954, I, p. 151.

continua a permanere nella nostra civilistica ‘un’ondata lunga concettualistica di matrice pandettistica’ » (71).

Intanto, sono in cantiere *Il negozio giuridico* di Calasso e di Grossi *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie* e *Locatio ad longum tempus* che riflettono l’età del diritto comune, ma anche *Un altro modo di possedere* che specificamente attiene a forme ‘alternative’ di proprietà nel moderno. Ora, nel nuovo quadro della storiografia giuridica che si viene realizzando in Italia tra gli anni Cinquanta e Sessanta del Novecento, giova qui vagliare quanto accadeva in riva d’Arno.

Con una gerla ricca di nutrimento essenziale ad una lunga percorrenza, fatto proprio, assunto, ‘compreso’, pienamente metabolizzato, Paolo Grossi giovane studioso dà avvio ad un itinerario puntuale, originalissimo, un’ascesa a quote crescenti e varie, ma entro un orizzonte unitario che dimostrano un’indubbia e riconosciuta visione d’insieme. La freschezza della proposta fa presa immediata in più ambiti attenti ad un messaggio che si presenta decisamente propositivo e nulla avente in comune con l’erudizione, in una temperie di ulteriori ‘innovative’ iniziative, si irrobustisce ben presto con il supporto colloquiale, fondamentale in una cordata, di Allievi-Maestri « dalla misura extra-ordinaria » (72), ed anzitutto con Mario Sbriccoli (73), il fraterno allievo maceratese. Questo, amatissimo collaboratore (74), all’indomani della tesi di laurea su Antonio

(71) GROSSI, *Scienza giuridica*, cit., p. 307.

(72) Così GROSSI nella *Nota introduttiva* alla riedizione del volume di Pietro COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)* (1969), Milano, Giuffrè, 2002², p. V. Alla edificante lettura di quel densissimo volume, con senso di profonda gratitudine è dovuto il personale riconoscimento di chi scrive, per una convinta ‘conversione’ disciplinare.

(73) Del fine Studioso, oltre il commosso *Ricordo* del Maestro (in QF, 33-34 [2004-2005], pp. 1391-1399) e il profilo delineato dall’Allievo (Luigi LACCHÉ, *M.S.*, in *DBGI*, II, pp. 1810-1811) cfr. il più ampio *Ricordo* offerto dallo stesso LACCHÉ in « *Rivista di Storia del Diritto Italiano* », 78 (2005), pp. 402-421. Del ‘rinnovamento’ arrecato agli studi storico-giuridici dal primo ‘figlio accademico’ di Grossi sono fedele testimonianza gli scritti (bibl. completa in M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi ed inediti (1972-2007)*, I-II, Milano, Giuffrè, 2009).

(74) Del rapporto solidale ‘unico’ tra i due studiosi testimonianza inoppugnabile resta la lettera del 18 agosto 1971 scritta da Sbriccoli a Grossi circa un parere sulla *Pagina introduttiva* del primo numero dei « *Quaderni fiorentini* » nell’imminenza del

Genovesi ⁽⁷⁵⁾, con la sua prima monografia ⁽⁷⁶⁾ sulla ‘funzione’ dei giuristi nell’esperienza medievale, in assoluta sintonia con il Maestro, poneva esemplarmente in primo piano i rapporti di potere, le ideologie politiche, gli strumenti di mediazione sottesi alla *interpretatio iuris* statutaria in età comunale. I rami germogliati dal tronco davano i loro primi frutti.

4. *La molla di un giurista inquieto: la « fantasia ».*

In una situazione ben più complessa, invero, si era trovato Grossi a muovere i suoi primi passi. In vista della dissertazione di laurea ⁽⁷⁷⁾, aveva optato ⁽⁷⁸⁾ per l’ambito storico-canonistico e il provvedutissimo ed autorevole docente di diritto ecclesiastico Pietro Agostino D’Avack ⁽⁷⁹⁾ gli aveva attribuito come tema di ricerca uno studio sulle istituzioni monastiche medievali. Intanto, però, l’allievo di Francesco Scaduto veniva chiamato alla Sapienza di Roma sulla cattedra di Vin-

varo della rivista (ora in Paolo CAPELLINI, *I segni dei tempi*, in P. GROSSI, *Trent’anni di pagine introduttive. Quaderni fiorentini 1972-2001*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. XIX-XXI). Traccia « di una familiarità durata più di quaranta anni, costante e affettuosa, senza screzi o incrinature » in GROSSI, *Ricordo*, cit., p. 1391.

⁽⁷⁵⁾ *Problemi di diritto pubblico nel Settecento giuridico napoletano. A proposito di Antonio Genovesi* (rel. P. Grossi), cfr. LACCHÉ, M. S., cit., p. 1810.

⁽⁷⁶⁾ Mario SBRICCOLI, *L’interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell’età comunale*, Milano, Giuffrè, 1969.

⁽⁷⁷⁾ Vi si sofferma specificamente GROSSI, *Uno storico*, cit., pp. 13-14, ripreso da Carlo FANTAPPIÈ, *Paolo Grossi interprete del diritto canonico*, in P. GROSSI, *Scritti canonistici*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. IX-X.

⁽⁷⁸⁾ Il D’Avack era « il docente che più lo aveva conquistato nei quattro anni di permanenza all’interno della Facoltà giuridica fiorentina » (ivi, p. IX). Allievo di Francesco Scaduto « di notevolissima levatura », nell’« edificante » dibattito che si era venuto sviluppando tra Orio Giacchi e Pio Fedele (una sintetica lettura in P. GROSSI, *Fioritura canonistica*, in Id., *Scritti canonistici*, cit., pp. 183-191), sottolineando piuttosto la « storicità del soggetto » sulle orme di Betti, D’Avack aveva per tempo maturato una personale posizione con « fondamentali ricerche in tema di *ius publicum ecclesiasticum* dove il ricorso alla liberante ipotesi pluriordinamentale di Romano sembra avere il ruolo di salvataggio scientifico per il canonista che ha finalmente aperto gli occhi su un paesaggio tanto arioso quanto fecondo » (GROSSI, *Scienza giuridica*, cit. p. 272). Entrando, così, ‘in dialogo’ con Lopez de Oñate, con Capogrossi, con Carnelutti e Calamandrei, D’Avack si proponeva come figura quanto mai espressiva del rinnovamento scientifico in corso da cui il giovane studente fiorentino si sentiva fortemente attratto.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. Francesco MARGIOTTA BROGLIO, *F.S.*, in *DBGI*, pp. 645-646.

cenzo Del Giudice e fu così che il nostro Studente fiorentino si trovò di fatto a ritrovarsi affidato ⁽⁸⁰⁾ alle cure di Ugo Nicolini ⁽⁸¹⁾, professore di Storia del diritto italiano. Era questi allievo a sua volta del curatore ⁽⁸²⁾ dell'edizione critica della Glossa accursiana ⁽⁸³⁾, Pietro Torelli ⁽⁸⁴⁾, di cui aveva seguito l'indirizzo di esegeta delle fonti medievali, restando ad esso fedele pur con qualche sensibilità per i « segni » del suo tempo ⁽⁸⁵⁾. In quella prospettiva appunto Nicolini aveva verosimilmente ventilato la tematica di laurea sulle abbazie benedettine a Grossi, che, invece, già informato allo 'spirito' romaniano, di quelle istituzioni intese brillantemente cogliere i profili ordinamentali. La chiave di lettura era estremamente originale come sin dal titolo si evidenziava; parimenti lo era lo studio delle *regulae* in un ambito ove la lettura esistente si era pressoché sempre rivolta ai profili culturali e spirituali, ma non a quelli più propriamente giuridici; l'impianto si palesava pienamente organico; lo stile espositivo si presentava elegante ed essenziale. Lo notavano subito con grande plauso e dandovi specifico risalto per il 'taglio' posto in essere due importanti recensioni. La prima fu quella dello storico e paleografo catalano 'Anscari' Manuel Mundó i Marcet ⁽⁸⁶⁾, studioso del monachesimo antico e in particolare dei *Codices Regularum* benedettini antichi della Catalogna. Questi, che aveva di recente presentato una specifica relazione alle

⁽⁸⁰⁾ In realtà, il vero interlocutore diventa l'assistente di Nicolini, Gino Masi.

⁽⁸¹⁾ Cfr. Umberto SANTARELLI, *U. N.*, in *DBGI*, II, pp. 1434-1435.

⁽⁸²⁾ Per il notevole impegno filologico posto in essere il Torelli veniva ampiamente elogiato dal Calasso (*P. T.*, in « Rivista italiana per le scienze giuridiche », s. III, II [1948], pp. 397-40).

⁽⁸³⁾ ACCURSII FLORENTINI *Glossa ad Institutiones Iustiniani Imperatoris (Liber I)*, a cura di P. Torelli [Regia Academia Italica], Bologna, Zanichelli, 1934.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. Nicoletta SARTI, *P. T.*, in *DBGI*, II, pp. 1965-1966.

⁽⁸⁵⁾ Così SANTARELLI, *U. N.*, cit., p. 1435.

⁽⁸⁶⁾ Il già benedettino di Monserrat — personalmente conosciuto presso l'Arxiu de la Corona d'Aragó —, dopo aver conseguito il dottorato presso la Pontificia Università Gregoriana, aveva completato i suoi studi a Parigi e a Monaco licenziandosi presso il Pontificio Istituto di Archeologia Cristiana nel 1955. Nel 1957 insegnava Storia della Chiesa, paleografia latina e metodo storico presso il Pontificio Ateneo Sant'Anselmo di Roma, istituto benedettino di formazione superiore: in qualche misura rappresentava uno dei massimi esperti della storia del monachesimo e dei valori comunitari benedettini. Cfr. Rocco RONZANI, 'Anscari' Manuel Mundó i Marcet, in « Cultura Neolatina », LXXIII (2013), 1-2, pp. 5-9.

Settimane spoletine ⁽⁸⁷⁾, recensendo il libro di Grossi nell'*Archivio Storico Italiano* ⁽⁸⁸⁾ dice

Risulta dal libro, per chi conosce il testo e lo spirito della Regola di San Benedetto, che l'organizzazione amministrativa dei monasteri benedettini medioevali non fu l'applicazione della lettera di quel codice mirabile, dove appena si scorgono alcuni accenni all'amministrazione esterna. Essa trovava le sue prime radici nello spirito pratico di ordine e di disciplina infuso dal Patriarca ai suoi monaci, ma costituì soprattutto la messa in pratica, in maniera assai perfezionata e che sempre più andò perfezionandosi, dei metodi amministrativi conosciuti e diffusi ⁽⁸⁹⁾.

Quelle formidabili organizzazioni monastiche che nella landa medievale costituirono un faro vitale di civiltà e spiritualità venivano osservate ora nella loro concreta essenza giuridica fattuale. Grossi, a ben vedere, secondo lo specialista Anscari Mundó, con la prospettiva offerta dalla sua ricerca aveva colmato un vero e proprio « vuoto nella storiografia ».

Di tenore parimenti elogiativo, di lì a breve, giunse l'importante recensione di Josef Sammler ⁽⁹⁰⁾. Il competentissimo studioso prospettava a chiare lettere la cifra innovativa dello studio di Grossi sulla *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*

Schon der Titel des vorliegenden Werkes besagt, daß sich der junge italienische Gelehrte ein hohes Ziel gesteckt hat, und man darf sagen,

⁽⁸⁷⁾ A.M. MUNDÓ, *Il monachesimo nella penisola iberica fino al sec. VII. Questioni ideologiche e letterarie*, in *Il monachesimo nell'alto medioevo e la formazione della società occidentale*, [Atti delle Settimane di studio, 4], Spoleto, 1957, pp. 73-117.

⁽⁸⁸⁾ « *Archivio Storico Italiano* », 118 (1960), 1 (425), pp. 131-133.

⁽⁸⁹⁾ Ivi, p. 131.

⁽⁹⁰⁾ Lo studioso renano si era laureato il 31 agosto 1956 a Magonza con Eugen Ewig discutendo una tesi sulla riforma monastica di Sieburg. Prima di insegnare a Düsseldorf, fondandovi il *Forschungsinstitut für Mittelalter und Renaissance*, tra il 1957 ed il 1961 lavorava presso l'Istituto Storico Germanico di Roma. È stato considerato uno dei più autorevoli esperti di storia del monachesimo medievale (Heinz FINGER, *J. S.*, in « *Forschungen zur westeuropäischen Geschichte* », 40 [2013], p. 469: « Mit ihm verlor die Mediävistik in Deutschland einen ihrer besten Kenner des Frühmittelalters und der Geschichte des Mönchtums in der lateinischen Kirche des Westens »).

daß er dieses Ziel für den Großteil seiner 22 Kapitel erreicht hat. Er beschränkt sich ausdrücklich auf die rechtliche Situation der italienischen Benediktiner-abteien, auf die interne Verwaltung und die Handhabung der abteilichen Gerichtsbarkeit.

Der junge italienische Gelehrte, proprio in forza della originalità della sua chiave di lettura, aveva guadagnato la patente d'ingresso nell'alto circuito della storiografia europea. Si apriva una prospettiva di per sé promettente e foriera di ulteriori esiti comprobanti il metodo. Poteva riuscire anche soddisfacente, ma evidentemente con Lui viaggiava l'«inquietudine», quale anelito verso l'esplorazione di livelli di consapevolezza sempre più elevati e profondi. Certo, la salita ora diviene più ripida, ma la tenacia si temprava, e, dopo un anno appena, vien dato alle stampe *Unanimitas. Alle origini del concetto di persona giuridica nel diritto canonico* ⁽⁹¹⁾.

Nel saggio del 1958, alla luce della penetrante lettura di Carlo Fantappiè ⁽⁹²⁾, ben si coglie che «ricostruire la struttura socio-giuridica della Chiesa» implicava «affrontare non solo il problema della qualificazione delle fonti canoniche, ma quello della giuridicità del suo diritto». In un orizzonte ampio, in cui si avvertono gli echi delle riflessioni di D'Avack e di Fedele in tema di rapporti tra diritto e teologia, l'indistinzione del dato teologico col giuridico — afferma Grossi — non può comunque «conducerci a negare la giuridicità» della *societas* ecclesiastica. Quindi è una chiave di metodo che si fa

⁽⁹¹⁾ Il saggio (ora in GROSSI, *Scritti canonistici*, cit., pp. 7-113), già oggetto della relazione tenuta il 22 febbraio 1958 presso il *Circolo toscano di diritto romano e di storia del diritto*, vedeva significativamente la sua prima luce negli *Annali di storia del diritto*, la rivista che appena l'anno precedente era stata varata per iniziativa di Guido Astuti, di Francesco Calasso, Piero Fiorelli, Bruno Paradisi e Eduardo Volterra, soprattutto alla luce della *Presentazione* dell'impresa scientifica: «fornire agli studiosi di storia del diritto — e perché non anche a tutti i cultori del diritto? — un concreto bilancio di quello che si fa e di quello che resta da fare o che si progetta di fare in questo campo della ricerca». Appare evidente il proposito degli artefici degli *Annali* di voler parlare 'con' gli altri giuristi restando nel proprio campo, e non 'tra' giuristi su un capo comune come avverrà con i *Quaderni fiorentini*, come subito evidenzierà la lettera di Mario Sbriccoli (cfr. CAPPELLINI, *I segni dei tempi*, cit., p. XIX).

⁽⁹²⁾ FANTAPPIÈ, *Paolo Grossi*, cit., pp. VII-XLV.

largo: essa mette da parte il filologismo di Kuttner ⁽⁹³⁾, e si accosta alle prospettive di Le Bras ⁽⁹⁴⁾ il cui recente « mirabile » volume *Prologomènes* ⁽⁹⁵⁾ si presenta a Grossi « straordinariamente ricco di spunti e di acute osservazioni sulla Chiesa primitiva » ⁽⁹⁶⁾. La chiave di lettura — la « lente » — viene progressivamente a perseguire mediante la ricerca una sua « messa a fuoco », si dà cura del soggetto osservante, dell'« angolo d'osservazione » prim'ancora dell'oggetto che si definisce non esser quello già preso in osservazione da Edoardo Ruffini ⁽⁹⁷⁾ sulla storia del 'principio maggioritario' ⁽⁹⁸⁾, ma

⁽⁹³⁾ L'imponente iniziativa dello storico tedesco Stefan Kuttner posta in essere soprattutto Oltreoceano, pur ritenuta all'esordio promettente di « germinazione di interessi di studi », trova in Grossi forti riserve circa lo « sviluppo di un conseguente itinerario » (P. GROSSI, *Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica*, in QF, 14 [1985], pp. 587-599), con un tipica sintetica 'sferzata': « Si veniva a creare un clima di ricerca abbastanza rarefatto » (ora in *Scritti canonistici*, cit., p. 169). Sul « professore cattolico di Yale », cfr. Horst FUHRMANN, *Nachruf S. K.*, in « Deutsches Archiv für Erforschung des Mittelalters », 53 (1997), pp. 411-413, e Peter LANDAU, *Nachruf K. S. W.*, in *Jahrbuch*, München, Bayerische Akademie der Wissenschaften, 1997.

⁽⁹⁴⁾ Del prestigio esercitato dall'autorevolissimo giurista bretone, fondatore in Francia della sociologia religiosa, una sentita rappresentazione offre Jean GAUDEMET, *Éloge funèbre de Gabriel Le Bras (1891-1970)*, in *École pratique des hautes études. Annuaire 1970-1971*, 78 (1969), pp. 67-81. Il grandissimo storico giurista francese, ricordando di Le Bras la trentennale *Direction d'études du droit canonique*, ne dà il tratto: « Clercs et laïcs. Étrangers et français, futurs professeurs ou pasteurs y sont venus quérir non seulement l'initiation aux méthodes de la recherche historique, mais peut-être plus encore les éléments d'une réflexion sur la vie de l'église à travers ses institutions et ses relations avec la société civile ». Circa la mancata recezione in Italia del metodo di Le Bras, cfr. Carlo FANTAPPIÈ, *Un'occasione perduta per i canonisti: la lezione metodologica di Gabriel Le Bras*, in *Studi in onore di Piero Pellegrino*, a cura di M.L. Tacelli e V. Turchi, vol. I, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, pp. 551-572. Circa la « mancata storizzazione del diritto canonico nell'età moderna, maltrattato dalla sordità culturale della canonistica curiale » una denuncia formale in GROSSI, *Uno storico*, cit., p. 55.

⁽⁹⁵⁾ Gabriel LE BRAS, *Prologomènes*, in Id., *Histoire du Droit et des Institutions de l'Église en Occident*, I, Paris, Sirey, 1955.

⁽⁹⁶⁾ GROSSI, *Unanimitas*, cit., p. 15.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. Antonello MATTONE, *E. R. A.*, in *DBGI*, II, pp. 1755-1756.

⁽⁹⁸⁾ Per chi ha incrociato tematiche connesse alla valenza giuridica dei rapporti tra *maior* e *sanior pars* sempre portante è la lettura della sintesi *Il principio maggioritario* — *Profilo storico* elaborata nel 1927 (Torino, Bocca Ed.) e ristampata nel 1976 (Milano, Adelphi) assieme all'ampio *La ragione dei più* — *Ricerche sulla storia del principio maggioritario* (Bologna, il Mulino, 1977). Di raffinata levatura e sensibilità Paolo GROSSI, *Omaggio a Edoardo Ruffini (discorrendo di una singolare esperienza di studio e di due libri sin-*

piuttosto un « modo » personale di « accostarsi » al « diritto canonico non un diritto da preti, ma un laboratorio incisivo per tutta la storia giuridica occidentale »⁽⁹⁹⁾. Nitida la lettura che Carlo Fantappiè dell'impegno di Grossi in quella fase

Ricostruire la struttura socio-giuridica della Chiesa implicava, nel 1958, affrontare non solo il problema della qualificazione delle fonti canoniche, ma quello della giuridicità del suo diritto. Si ripresentavano le obiezioni del positivismo e del dogmatismo giuridico: l'uno negava valore alle fonti teologiche, l'altro negava valore all'ordinamento ecclesiastico. Sotteso era il rapporto tra teologia e diritto posto in termini escludenti⁽¹⁰⁰⁾.

S'impondeva una decisa scelta di campo, fortemente pensata⁽¹⁰¹⁾. Nella riflessione del giovane, eppur tenace, studioso, e solo per restar qui « all'osso », ai classici Louis Duchesne e Paul Fournier, pur compulsati, ora si affianca una diffusa letteratura giuridica 'aperta' che va da Raymond Saleilles⁽¹⁰²⁾ a Jacques El-

golari), in ID., *Nobiltà del diritto*, cit., pp. 1-11, ove si riconosce in Ruffini « 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 » (ivi, p. 8).

⁽⁹⁹⁾ GROSSI, *Uno storico*, cit., p. 53.

⁽¹⁰⁰⁾ FANTAPPIÈ, *Paolo Grossi*, cit., p. XV.

⁽¹⁰¹⁾ In questo impegno Grossi ha, anzitutto, presente la riflessione di Georges RENARD (*Contributo allo studio dei rapporti tra diritto e teologia. La posizione del diritto canonico*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », XVI [1936], p. 477) per la forte valorizzazione conferita dall'allievo di Maurice Hauriou ad una « conception institutionnelle du droit » (ID., *La Théorie de l'Institution. Essai d'ontologie juridique*, Paris, Sirey, 1930, e ID., *L'Institution: fondement d'une rénovation de l'ordre social*, Paris, Flammarion, 1933) e agli « organismi intermedi », quali la famiglia e le corporazioni in antitesi ad una logica contrattuale e individualista sostenuta dal pensiero social-liberale, ma soprattutto ostile ad una visione totalitaria e burocratica che sottintendeva il giacobinismo sociale.

⁽¹⁰²⁾ Il promotore con François Géný del « diritto naturale evolutivo » (cfr. Valentino PETRUCCI, *François Géný. « L'irriducibile diritto naturale »*, Napoli, Edit. Scientifica, 1995, e naturalmente Paolo GROSSI, *Ripensare Géný*, in QF, 20 [1991], pp. 1-51, ora in ID., *Assolutismo*, cit., pp. 143-192) si propone come l'artefice di una rinnovata visione del modulo interpretativo. La sua dottrina ermeneutica, secondo

lul⁽¹⁰³⁾, e il discorso da Rudolph Sohm⁽¹⁰⁴⁾, con la sua incidenza su Weber, si protende a Hans Erich Feine⁽¹⁰⁵⁾ e al viennese Willibald Maria Plöchl⁽¹⁰⁶⁾, autori, questi ultimi, di « eccellenti » manuali

Grossi, « tutta racchiusa in questa elementare ma suprema dignità: la verità giuridica non è una dignità consegnata e fissata nella immobilità dei testi normativi; al contrario è essa una verità progressiva che ogni giorno diviene, muta, progredisce » (*Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles*, in *Assolutismo*, cit., pp. 193-261, cit. p. 249).

⁽¹⁰³⁾ Jacques ELLUL, *Le fondement théologique du droit*, Paris-Neuchâtel, 1946.

In ordine all'obbiettivo (« Il s'agit de savoir ce que sont les institutions humaines, la justice humaine [...] à l'égard de Dieu ») già suggestiva si presentava la famosa proposta dell'Autore: « Les relations existant entre Dieu et les institutions du monde doivent primer les relations pouvant exister entre les institutions et l'homme. Ce sera donc là le premier sens de cette recherche qui se situe par conséquent sur un terrain radicallement différent de celui adopté généralement par les chrétiens pour fonder le droit naturel. Mais cette attitude n'implique pas du tout que nous croyons à l'existence d'un droit chrétien ». Essa nasceva alla luce di un originalissimo, e per Grossi accattivante, disegno: « L'existence des communautés humaines est un fait que le XIX^e siècle a essayé de minimiser et que le XX^e siècle simplifie considérablement. La sociologie, science nouveau-née (et déjà vieillie) l'a souvent analysée. Il s'agit d'un fait d'expérience, et nous l'étudierons en nous soumettant à sa réalité. Mais pas à la manière des sociologues. Car notre but est différent du leur. Ils veulent, eux, comprendre de l'extérieur, connaître objectivement la communauté. Nous nous plaçons, nous, à l'intérieur des communautés auxquelles nous participons pour chercher quelle attitude personnelle doit y être la nôtre. Nous ne sommes pas ici des savants, mais des chrétiens ».

⁽¹⁰⁴⁾ Del giurista di Lipsia, il cui secondo volume della monumentale *Kirchenrecht*, pubblicato postumo (München & Leipzig, Duncker & Humblot, I, 1892 — II, 1923), stimolò con le sue tesi un ampio dibattito durato oltre vent'anni (cfr. David Norman SMITH, *Faith, Reason, and Charisma: Rudolf Sohm, Max Weber, and the Theology of Grace*, in « Sociological Inquiry », 68 [1998], pp. 32-60) soprattutto con Adolf Hannack, GROSSI in *Unanimitas* mostra specifica attenzione. Ne accoglie, infatti, la soluzione circa la particolare valenza 'fondante' da riconoscere, nella stagione della Chiesa delle origini ed almeno fino a Graziano, alla Patristica, pur non avendo essa propriamente veste giuridica (GROSSI, *Unanimitas*, cit., p. 25: « Opere extragiuridiche, quindi, ma a cui il giurista può e deve ricorrere »), mentre ne ricusa la lettura di 'scadimento' realizzatosi, a dire del Sohm, nella evoluzione dal cristianesimo al cattolicesimo (ivi, pp. 103 e 113).

⁽¹⁰⁵⁾ Hans Erich FEINE, *Kirchliche Rechtsgeschichte*. Band 1: *Die katholische Kirche*, Weimar, Böhlau, 1950. Feine, allievo di Ulrich Stutz, nel dopoguerra fu sospeso dall'insegnamento, ma in seguito fu riabilitato con cattedra a Tubinga.

⁽¹⁰⁶⁾ Il giurista viennese, espulso dal regime ed emigrato negli Stati Uniti, aveva insegnato alla *Catholic University of America di Washington*, ma rientrato tenne cattedra a Vienna dal 1947 al 1977. Fu autore di una monumentale *Geschichte des Kirchenrechts* pubblicata da Harold a Vienna nella sua interezza tra il 1959 e il 1969, ma nel I volume

« che ai pregi di una limpida esposizione, aggiungono il vantaggio della modernità del metodo » (107).

Il diritto canonico portava, intanto, al diritto comune, all'*utrumque ius*, e in quell'ambito « L'allievo di D'Avack trovava pane per i suoi denti » (108). In quel campo, soprattutto nella sua manifestazione privatistica, « dove — è Grossi che parla (109) — avvertivo giocarsi la nostra credibilità di storici del diritto, una sorta di vuoto storiografico », si apriva una lunga partita, sul cui esito appare superfluo appulcrar verbo. Sembra, non di meno, — ma è solo apparenza — che, pur con metodo ed orizzonti nuovi, ci si muova tuttavia nel circuito consueto, quello medievistico. A ben vedere, per lo 'stacco del volo' di Grossi verso il 'moderno', di un ultimo, ma decisivo, risvolto giova ancora dar conto.

5. *Lo « stupore » fonte di « conversione » operativa: finalmente il 'moderno'.*

L'«assimilazione» di Marrou, di Blondel (110), della lezione di Capograssi (111), la frequentazione sentitissima con « il profes-

(*Das Recht des ersten christlichen Jahrtausends. Von der Urkirche bis zum grossen Schisma*) apparsa già nel 1952.

(107) GROSSI, *Unanimitas*, cit., p. 15.

(108) GROSSI, *Uno storico*, cit., p. 56.

(109) *Ibidem*.

(110) Qual peso abbia esercitato sull'intera esperienza scientifica di Grossi lo 'spiritualismo' di Blondel non è agevole a dirsi in breve. Basterà, forse, accontentarsi delle sue stesse parole riferite agli esordi: « Cominciava la ricerca di me stesso, cominciava quella posizione psicologica — né facile né quieta — che mi avrebbe affaticato perennemente e che mi avrebbe sinceramente fatto invidiare quei possessori di certezze ai quali io mi sentivo di non appartenere; posizione, però, fertilissima sul piano intellettuale, come mi insegnava un filosofo francese, Maurice Blondel — assai circolante, allora, negli ambienti cattolici italiani — e il cui volume *L'action*, mi ero letto con appagamento » (GROSSI, *Uno storico*, cit., p. 20). Il consiglio alla lettura gli era stato rivolto dalla 'docente ginnasiale di lingua francese', ma la riprova della rilevanza formativa gli veniva da Emilio BETTI (*Notazioni autobiografiche*, Padova Cedam, 1953, p. 27).

(111) Della « dottrina dell'esperienza giuridica », propria del filosofo 'testimone vigile' della crisi della persona, colta dall'area d'ispirazione cattolica che nel 1943 si era coagulata nella redazione del 'Codice di Camaldoli', Grossi avrebbe fatto poi ampia e sentita menzione in *Scienza giuridica italiana* (Cap. V: *La semplicità perduta*, p. 119). Tramite con Capograssi e con il suo pensiero era stato il napoletano Pietro Piovani,

sore »⁽¹¹²⁾, la stessa partecipazione alla intensa vita dell'associazionismo cattolico degli anni '50, concorrono alla 'scalata'. Ma con il 'singolare' romanista La Pira, collega di 'innumerevoli' incontri⁽¹¹³⁾, « conversazioni *per viam* », di cui si esalta la coerenza come la sua « vocazione più intima » nell'aver serbato sempre « la fedeltà del maestro e dello studioso »⁽¹¹⁴⁾ compiacendosi anzi negli anni della vecchiaia « di essersi tenacemente serbato quell'approdo, di averlo gelosamente custodito, di essersi sempre riconosciuto soprattutto come uomo di Università », un altro non meno 'singolare' studioso del diritto romano si presenta decisivo nel percorso del Nostro verso il 'moderno'. Si fa largo a tutto tondo l'autore dei *Textstufen römischer Juristen*, Franz Wieacker⁽¹¹⁵⁾.

conosciuto a Macerata e artefice della 'chiamata' a Firenze: e il 'discepolo' « cominciò a parlarmi del Maestro e a suggerirmi la lettura di alcuni saggi e di un libro che mi impressionò non poco: *Il problema della scienza del diritto*. Il richiamo martellante al diritto come esperienza, la attenzione dimostrata a più riprese da Capograssi verso il rinnovamento romaniano, la diffidenza per la autocrazia della legge, la fiducia, nella scienza quale fonte espressiva della interezza della esperienza mi testimoniavano una complessa riflessione con la quale sentivo più di una consonanza culturale. Capograssi, che tra i filosofi del diritto era il più giurista, mi appariva tendere con sicurezza a quel recupero del diritto che, fin dagli anni del mio studentato, mi sembrava indilazionabile » (*Uno storico*, cit., p. 30).

⁽¹¹²⁾ Dell'intenso rapporto scientifico, umano, accademico con « un intellettuale dominato da un'istanza universalistica » traccia vivissima si riscontra in Paolo GROSSI, *'Il professore' e 'via Laura'*. (*Giorgio La Pira e la facoltà giuridica fiorentina*), in Id., *Nobiltà del diritto*, cit., pp. 69-79. Non va sicuramente tralasciato che Emilio Betti a Messina aveva avuto come matricola La Pira, portandolo con sé nel successivo trasferimento sulla cattedra fiorentina (per tutti, Massimo BRUTTI, *Giorgio La Pira. Passione politica e scienza del diritto*, in « Index », 34 [2006], p. 58).

⁽¹¹³⁾ In La Pira Grossi trova uno scienziato « straordinariamente precoce », un romanista da cui « 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 » (*Nobiltà del diritto*, cit., p. 70).

⁽¹¹⁴⁾ GROSSI, *'Il professore' e 'via Laura'*, cit., p. 79.

⁽¹¹⁵⁾ Sull'autorevole storico e giurista è sempre prezioso il ricordo dell'allievo Okko BEHREND, *F. W.*, in « Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung » [ZSS], 112 (1995), pp. XIII-LXII. In considerazione del tipico cumulo in Germania di insegnamento universitario storico e positivo, circa i pregi e limiti della lezione wieackeriana, in seguito ad una plausibile analisi *diacronica* di tutta la sua

Come già segnala una ‘recondita’ ⁽¹¹⁶⁾, ma nel nostro discorso rilevante, recensione dello stesso Grossi apparsa nel 1970 in *Labeo* ⁽¹¹⁷⁾, la rassegna quadrimestrale napoletana promossa da Antonio Guarino ⁽¹¹⁸⁾, per la seconda edizione della *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* di Wieacker, allorché nel 1952 si era avuta per le mani la prima edizione del volume, nella lettura che ne era seguita si era palesata nel giovane studioso fiorentino un « senso di ammirato stupore ». Quella ‘emozione’, un’attesa ‘conversione’, che appariva da subito foriera di una rinascita, « legava la sua motivazione nel raffronto mentale tra il respiro estremamente aperto dell’opera wieackeriana e la sordità generale d’una letteratura storico-giuridica menomata da un formalismo esasperato ». Alla lettura critica di Grossi si era palesato con immediatezza il divario esistente tra la perdurante storiografia giuridica italiana e quel grande affresco che

densa produzione civilistica (la « riapertura del ‘dossier’ del Wieacker ‘privatista’ »), cfr. Paolo CAPPELLINI, *Franz Wieacker civilista*, in QF, 24 (1995), pp. 595-615. « Personaggio straordinariamente unitario » lo definisce Grossi (*Un grande giurista del nostro tempo. Franz Wieacker. 1908-1994*, in *Nobiltà del diritto*, cit. p. 339: « 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 »).

⁽¹¹⁶⁾ Essa non figura nei pur preziosi *Ragguagli bibliografici* redatti da Marco P. GERI, in GROSSI, *Uno storico*, cit., pp. 123-172. È presente, però, al n. 23 in Paolo GROSSI, *L’invenzione del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2017, p. 137.

⁽¹¹⁷⁾ « *Labeo* », 16 (1970), 3, pp. 382-384.

⁽¹¹⁸⁾ Sulla fondazione della rivista cfr. Antonio GUARINO, « *Labeo* » e i redazionali (in ID., *Pagine di diritto romano*, II, Napoli, Jovene, 1993, pp. 234-236). La nota di Guarino faceva sèguito, a distanza, ad una sua più risalente puntualizzazione in *Cronache* di « *Labeo* » (16 [1970], 1) in polemica con Francesco De Martino sulla ‘recente’ legge n. 910 del 1969 (‘provvedimenti urgenti per l’Università’). ‘Singolarmente’ il pezzo era immediatamente seguito dalla notizia della commemorazione di Emilio Betti, nella sua città natale, organizzata dalla Facoltà giuridica dell’Ateneo camerte e pronunziata da Franz WIEACKER (*Emilio Betti*, in « Università degli studi di Camerino. Annali della Facoltà giuridica », XXXVI [1970], pp. 339-353) che viene presentata in questi termini dal romanista Guarino: « Sottolineato lo stretto legame che corre tra la scienza giuridica tedesca (storica e dogmatica) ed il pensiero del Betti, che ha validamente contribuito a dare alla romanistica dimensione europea, l’oratore ha delineato i tratti essenziali dello storico, del dogmatico, del filosofo — tutti originati da un’intima unità d’impulsi ». Appaiono netti i termini diversificati di diagnosi tra Grossi e Guarino, senza che ciò rappresenti, tuttavia, il benché minimo impedimento ad lettura di Wieacker e di Betti decisamente connotata all’antidogmatismo.

il romanista di Göttingen, il « giurista pellegrino » ⁽¹¹⁹⁾, veniva realizzando nell'imminenza della monumentale *Römische Rechtsgeschichte*.

Un acuto saggio di Luigi Labruna e Cosimo Cascione ⁽¹²⁰⁾, nella valutazione dell'impatto wieackeriano sulla romanistica in Italia, segnala efficacemente il dibattito che, capofila Emilio Betti, venne ad aprirsi anche in Italia sul « volgarismo » ⁽¹²¹⁾ sfociando in quell'iniziativa della *Société internationale d'Histoire des Droits de l'Antiquité*, l'*ius romanum medii aevi*, infelicemente denominata « nuovo Savigny » ⁽¹²²⁾. Le iterate osservazioni critiche espresse da Grossi sull'iniziativa sembrano, a ben vedere, attenerne soprattutto a 'come' essa fu intesa ⁽¹²³⁾ sulla scorta delle tesi sostenute da Salva-

⁽¹¹⁹⁾ Così lo definisce Umberto SANTARELLI, *Un romanista « pellegrino »*. Franz Wieacker e la sua "Privatrechtsgeschichte", in QF, 24 (1995), pp. 577-585.

⁽¹²⁰⁾ Luigi LABRUNA, Cosimo CASCIONE, *L'opera di Franz Wieacker in Italia*, Milano, Giuffrè, 2010 [estr. da *Studi in onore di Antonino Metro*, T. III, pp. 325-371].

⁽¹²¹⁾ Com'è ben noto, fu proprio Wieacker a dare negli anni Cinquanta un significativo impulso in quella direzione (Franz WIEACKER, *Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Spätantike* (Heidelberg 1955), suscitando la puntuale critica di BETTI (Rec. di WIEACKER, *Vulgarismus und Klassizismus*., cit., in « Gnomon », 28 [1956], p. 299 e ss.). Si realizzò, comunque, per la romanistica contemporanea un'« occasione di vivificante polemica tra gli storiografi giuristi dell'antichità »: così LABRUNA, CASCIONE, *L'opera*, cit., p. 342 e ss.

⁽¹²²⁾ Cfr. Fernand DE VISSCHER, *Préface*, in *Ius Romanum medii aevi*, I, 1 a-d, Milano, Giuffrè, 1961, p. 6.

⁽¹²³⁾ Un'eco indiretta di quell'orientamento si ritrova nelle significative parole di Antonio Guarino, già riconosciuto Maestro della romanistica italiana, nel 1960 in occasione della 'sua' proposta di riordino degli studi giuridici per la riforma degli studi al cui fine era stata costituita dal Ministro della Pubblica Istruzione una Commissione composta dai professori Segni, Calasso, Ciasca, Resta, Vassalli e Vito, relatore per le « facoltà di Diritto » Francesco Calasso: « A proposito dei corsi di storia, anzi, mi sembra francamente consigliabile, non soltanto di ridurre il corso di storia del diritto italiano ad un solo anno, da dedicarsi allo studio delle fonti, ma anche di abolire il corso di storia del diritto romano, che può essere reso facoltativo per gli studenti del secondo biennio. Le nozioni storiche occorrenti per seguire il corso di istituzioni di diritto romano possono essere facilmente impartite, come si usa, dal docente di questa materia: materia che, se mai, potrebbe essere opportunamente resa, in parallelo con le istituzioni di diritto privato, biennale » (*Cronache*, in « Labeo », 6 [1960], 2, p. 303). Quella posizione l'autorevolissimo Maestro napoletano avrebbe conservato ancora nel 1983 innanzi alla Facoltà di cui, intanto, era divenuto preside, ponendo, anzi, sul punto una votazione di fiducia in una 'infuocata', interminabile seduta del Consiglio, da chi scrive personalmente vissuta. Il collegio espresse il suo orientamento e l'11 luglio, prima della naturale

tore Riccobono ⁽¹²⁴⁾, dalle quali apertamente prendevano le distanze, sulla linea espressa a suo tempo da Calasso ⁽¹²⁵⁾. La valorizzazione del contributo arrecato da Wieacker, felicemente evocata da Labruna e Cascione nell'« ininterrotto beneficio culturale » alla Germania derivato a sèguito di un « vicendevole contatto con l'Italia » ⁽¹²⁶⁾, concretantesi in un senso di *humanitas* senza aggettivazioni di sorta, ma fortemente storicizzato, ricusa — se presa alla lettera — la « solitudine » del giurista ventilata da Schiavone ⁽¹²⁷⁾ e porta Grossi, già in quella fase ⁽¹²⁸⁾, ad affermare che, a distanza di

scadenza, Antonio Guarino presentò le dimissioni dall'ufficio di Preside di quella Facoltà che aveva tanto amato e che tanto avrebbe continuato ad amarlo. Almeno i tempi erano maturi, pur nel rispetto per la tradizione, per una possibile revisione culturale.

⁽¹²⁴⁾ Salvatore RICCOBONO, *Per l'istituzione della cattedra di diritto romano comune — lettera aperta al prof. G. Del Vecchio, preside della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Roma*, Modena, Società Tipografica Modenese, 1933 (e in « Archivio giuridico », CX, 1933). Sul legame culturale di Wieacker con il giurista palermitano cfr. Franz WIEACKER, *In memoriam. Salvatore Riccobono*, in ZSS, 76 (1959), p. 677 e ss.

⁽¹²⁵⁾ Cfr. Francesco CALASSO, *L'insegnamento del diritto comune (Lettera aperta al prof. G. Del Vecchio Direttore dell'« Archivio giuridico »)*, in *Archivio giuridico « Filippo Serafini »*, CX (1933), pp. 237-246.

⁽¹²⁶⁾ Franz WIEACKER, *Scienza giuridica italiana e tedesca*, in « Jus », 19 (1968), p. 272: « La consapevolezza che il diritto debba essere al servizio dell'uomo, di ogni singolo uomo, si è forse mantenuta in Italia più di quanto sia avvenuto negli altri stati moderni. D'altra parte, presso i giuristi italiani si è meglio conservato il senso della funzione sociale educativa della forma giuridica, attraverso la quale l'Italia è diventata la madre della giurisprudenza europea ».

⁽¹²⁷⁾ « Gigante solitario » lo definisce Aldo SCHIAVONE, *Il testo e la storia*, in QF, 24 (1995), pp. 587-594. Con il suo stile tipicamente graffiante e provocatorio, ma acuto, Schiavone sollecita a smettere di guardare le pagine di Wieacker « in rispettosa lontananza », cristallizzate nella loro indiscussa monumentalità, riportandole, invece, « nella loro totalità — come meritano — in un circuito di discussioni, di nuove indagini e (perché no?) di polemiche » (ivi, p. 588). Schiavone, però, pur riconoscendo alla riflessione di Wieacker il connotato di 'letture memorabili', ritiene che vi si ritrovi un limite di fondo: « È come se lo spessore teorico che orienta la ricerca — sempre robustissimo in Wieacker, e degno della più attenta considerazione — non riuscisse poi, al momento opportuno, a tradursi del tutto in vera narrazione storica. Avverti che rimane ancora un nocciolo che fa resistenza, non elaborato fino in fondo. Come se il nodo per lui giustamente decisivo, stretto fra scienza del diritto e storia del diritto, non fosse capace di dissolversi — come dovrebbe — in autentico racconto, con nulla al di fuori » (ivi, p. 593).

⁽¹²⁸⁾ Ad un anno dalla scomparsa, il giudizio di Grossi sulla « singolare avventura intellettuale » del « Collaboratore insigne » dei Quaderni era cristallino:

più di quindici anni, « se lo stupore non ha più luogo », perdura, non di meno, « il senso di profonda ammirazione per un imponente lavoro che l'ulteriore ricerca di venti anni ha dilatato e arricchito, ma soprattutto fondato in maniera più solida ». A ben vedere

L'impianto della *Geschichte* si è quantitativamente ampliato e qualitativamente rinnovato. Se non v'è dubbio che il nucleo di sollecitazione resta sempre lo stesso; se sempre nella medesima direzione è la curiosità intellettuale dello storico, gli strumenti culturali si sono tuttavia di gran lunga perfezionati. Diremmo che Wieacker porta alle estreme conseguenze la consapevolezza che una storicizzazione compiuta del diritto privato moderno postula l'inserimento del momento giuridico in una 'Kulturgeschichte' dai termini particolarmente ampi⁽¹²⁹⁾.

Le 'colonne d'Ercole' agli occhi di uno storico che riesce a cogliere i 'segni dei tempi'⁽¹³⁰⁾ sono superate non nell'alveo di un continuismo giustificante una metodologia puramente esegetica, ma da uno scatto di qualità, da un'accelerazione creativa, da una 'fantasia' intensamente storica.

« Congiungendo in sé solidità e fantasia, respiro culturale e perfetto dominio della tecnica giuridica, capacità di architetture dommatiche e sensibilità storica, Franz Wieacker è stato una delle testimonianze più significative e rilevanti della scienza giuridica tedesca del Novecento » (P. GROSSI, *Dedica. Per Franz Wieacker*, in QF, 24 [1995], p. 530). Sarà sempre, del resto, motivo ricorrente di vanto avere promosso la pubblicazione di *Storia del diritto privato moderno* nella traduzione di Umberto Santarelli e Sandro Fusco tra i primi volumi (6 e 7, Milano, 1980) della Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno (GROSSI, *Un grande giurista*, cit., p. 347).

⁽¹²⁹⁾ GROSSI, *Rec.* in « Labeo », 16, cit., p. 383.

⁽¹³⁰⁾ Sul cogliere con tempestività il « segno dei tempi » si sofferma Aldo MAZZACANE, *I tempi della 'Privatrechtsgeschichte'*, in QF, 24 (1995), pp. 563-576. Mazzacane, in particolare, dal suo punto di vista, sottolinea che sia chiaramente enunciato da Wieacker il convincimento « che il compito conoscitivo dello storico del diritto non differisca da quello di ogni altro storico, se non nella elezione quale proprio oggetto di un particolare ambito in cui si dipana la vicenda umana, considerata come un intero » (ivi, p. 573). Essendo, quindi, la storia del diritto null'altro che una « storia letta nella filigrana dell'esperienza giuridica », proposito di Wieacker era « restituire attraverso quell'ottica la realtà del passato nei suoi molteplici aspetti, sociali, politici, culturali » (*ibidem*). Una posizione questa, acquisita da Wieacker nella seconda edizione di *Privatrechtsgeschichte* (1967), depurata della prospettiva sovrastorica del diritto, ma molto diversa evidentemente da quella maturata da Grossi.

La storia del diritto privato dell'età moderna è, innanzi tutto, prima di essere storia di una serie di strumenti tecnici, la storia di un assetto ideologico che, dalla riflessione umanistica in poi, si viene sempre più precisando nella coscienza dell'Europa occidentale. E lo sforzo storiografico di Wieacker è tutto impostato nella tensione tra momento ideologico e momento tecnico, tra la viva mobilità di fermenti speculativi e strutturali che premono sul mondo del diritto e lo condizionano, e la naturale tendenza dell'ordine giuridico a costituirsi come ordine logico e addirittura, in certe esperienze, logico-matematico ⁽¹³¹⁾.

A ben vedere, quel messaggio di timbro neokantiano, con venature dell'esistenzialismo di Heidegger ⁽¹³²⁾ veicolate a Grossi dall'ermeneutica di Gadamer, aveva trovato voce in ambito storico già nel 1947 con Heinrich Mitteis ⁽¹³³⁾, ma pur con ripetute sollecitazioni ad individuare nuove vie da percorrere ⁽¹³⁴⁾, solo nel 1952 veniva allo scoperto. Cogliendo con tempestività la congiuntura propizia — il 'segno dei tempi', appunto — quell'iniziativa assumeva un'efficacia tutta particolare:

Nella pluralità delle prospettive che apre sulla dimensione storica del diritto, fornendone una visione ben definita, ma anche problematica, senza restare impigliata nelle strettoie di un metodologismo privo di riscontri ⁽¹³⁵⁾.

Aldo Mazzacane si è soffermato sulle varianti intervenute tra l'edizione del 1952 della *Privatrechtsgeschichte* e la successiva del 1967 rilevando puntualmente che, pur restando medesime le tesi di

⁽¹³¹⁾ *Ibidem*.

⁽¹³²⁾ Sulla svolta in chiave ontologica e non più epistemologica del pensiero di Heidegger, sempre fondamentale Gianni VATTIMO, *Introduzione a Heidegger*, Bari, Laterza, 1971.

⁽¹³³⁾ Heinrich MITTEIS, *Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte*, Weimar, Böhlau, 1947.

⁽¹³⁴⁾ Significativa per 'entusiasmo' l'iniziativa di Paul KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, München und Berlin, Biederstein, 1947, che costituiva « una lunga meditazione sul concetto d'Europa » nell'auspicio che non andasse disperso quel patrimonio fondato sull'« idea » di Roma.

⁽¹³⁵⁾ MAZZACANE, *I tempi*, cit., p. 572.

fondo, non era ‘trascurabile’ la circostanza che esse nella seconda versione venissero espresse « in un linguaggio meno proclive verso le formulazioni dell’idealismo e più propenso a raccogliere invece le suggestioni delle scienze sociali »⁽¹³⁶⁾. Si evidenziava, a ben vedere, che anche la stesura di un risultato scientifico secondo Wieacker poteva avere una « premeditata « provvisorietà » » senza che ne risultasse inficiata la sostanziale portata innovativa. Lo ‘stupore’ avvertito da Grossi dopo la lettura della prima edizione dell’opera di Wieacker e ‘confessato’ nella recensione in *Labeo* si traduceva dopo quindici anni in « profonda ammirazione » per l’imponenza del lavoro portato avanti: nella ‘maturità dei tempi’ ambedue le versioni si segnalavano per l’originalità, per lo spirito nuovo che vi aleggiava. Ed anzitutto si faceva apprezzare il proporsi come « il primo tentativo veramente riuscito di trattazione storica del diritto privato moderno » che a Grossi appare lucidamente in guisa della caduta delle ‘mura di Gerico’:

In tal modo la storia del diritto privato moderno, ponendosi su un piano diverso da una ‘Dogmengeschichte des Zivilrechts’ nell’invecchiato modello di Rosshirt, assurge al rango di storia autentica dell’esperienza giuridica nella sua organica unitarietà; di un’esperienza giuridica sorpresa sì da un angolo visuale particolare, ma nella quale ‘pubblico’ e ‘privato’ si mescolano e si armonizzano⁽¹³⁷⁾.

Siamo al 1970: dopo un provvido e paziente allestimento dello scafo in bacino, dopo un adeguato approvvigionamento di opportune risorse, la navicella, armate le vele, si presenta ormai pronta a prendere il largo. La « fantasia »⁽¹³⁸⁾, riscontrata con iniziale stupore in Wieacker⁽¹³⁹⁾, gonfia la randa verso lidi ancora remoti.

⁽¹³⁶⁾ Ivi, p. 574.

⁽¹³⁷⁾ GROSSI, *Rec.* in « *Labeo* », 16, cit., p. 384.

⁽¹³⁸⁾ La ‘fantasia’, la qualificazione che arricchisce la prospettiva del giurista, viene più volte evocata da Grossi richiamando Vincenzo PANUCCIO, *La fantasia nel diritto*, Milano, 1984, su cui lo stesso GROSSI, *La fantasia nel diritto*, in QF, 15 (1986), pp. 589-592. Sul tema fini considerazioni in Pietro COSTA, *Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per una antropologia del giurista*, in « *Diritto pubblico* », I (1995), pp. 1-34.

⁽¹³⁹⁾ GROSSI, *Un grande giurista*, cit., p. 341: « L’opera di Wieacker è infatti all’insegna della fantasia; egli è stato davvero un personaggio sommamente fantasioso ».

Senza frapporte indugi, pronta e nitida suona la campana del destro Nocchiero ⁽¹⁴⁰⁾: la conquista del moderno è già storia, quanto dire vita.

⁽¹⁴⁰⁾ Ora più che mai per il buon esito della navigazione conta l'*ars gubernandi* del Nocchiero e la pronta cooperazione dell'equipaggio, non l'approdo in sé, pienamente restituito alla sua storicità, ma mera stazione d'appoggio verso ulteriori lidi. Così, limpidamente, il messaggio, la *lectio* del Maestro, in *Oltre il soggettivismo giuridico moderno* del 27 febbraio 2007: « Il moderno soggetto di diritti è stato considerato come creatura museale, astratta, sostanzialmente sradicato. L'esigenza immediata, che io avverto oggi, è di non riaffermare decrepite e inidonee sradicazioni, ma di reimmergerlo nelle sue naturali radici, riscoprendo quella dimensione oggettiva al di sotto dei suoi piedi che è l'unica a garantirgli una posizione salda » (Paolo Grossi, *Un recupero per il diritto: oltre il soggettivismo moderno*, in *Persona e Stato*, Milano, Fondazione per la sussidiarietà, 2007, p. 51). Con un messaggio, e un lascito, scientifico e umano, umanissimo: « può sembrare una bestemmia ma non lo è ».

DIEGO QUAGLIONI

« UN PENSIERO ASSAI PIÙ RADICALE,
OSEREMMO DIRE PIÙ MODERNO ».
TEOLOGIA, POLITICA E DIRITTO IN PAOLO SARPI

Il ripensamento della modernità giuridica e politica, nelle radici e nel divenire di questa nell'esperienza storica, forma tanta parte della riflessione di Paolo Grossi, trovando nelle pagine di una delle sue opere « minori » (minori per il suo volume, non certo per la sua densità concettuale e per il suo significato nel panorama storiografico del nostro tempo) un'espressione di singolare limpidezza e sinteticità. In quelle pagine occupa il primo piano il problema nucleare della dimensione potestativa della modernità giuridica. Scrive Grossi ⁽¹⁾:

Il segno della modernità giuridica, o almeno il segno più vistoso e rilevante, è soprattutto qui, e qui sta anche il marchio della forte discontinuità.

⁽¹⁾ P. GROSSI, *Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005, pp. 15-16. Per questa riflessione, che caratterizza l'opera di Paolo Grossi e che ha posto al centro il problema essenziale del « contrappunto fra pluralismo medievale e assolutismo giuridico (monismo) moderno » (Id., *Nota prefazionale*, in Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, p. VIII), oltre a fondamentali saggi come *Un diritto senza Stato (la nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)* e *Modernità politica e ordine giuridico*, apparsi rispettivamente nei « Quaderni fiorentini », XXV (1996) e XXVII (1998) e raccolti nella citata silloge *Assolutismo giuridico e diritto privato*, pp. 275-292 e 469, è d'obbligo il rinvio al largo affresco, certamente più di uno « sguardo sintetico », offerto col fortunato *L'ordine giuridico medievale* del 1995 (Roma-Bari, Laterza), più e più volte ristampato. Vorrei infine ricordare le schiette pagine di quel « contributo alla critica di se stesso », nel bel dialogo con i colleghi e i dottorandi pisani, che è *l'Incontro con Paolo Grossi*, a cura di I. Belloni e E. Rippepe, Pisa, Edizioni Plus — Pisa University Press, 2007, con in Appendice la bibliografia degli scritti (M.P. GERI, *Paolo Grossi: ragguagli bibliografici*, pp. 91-142).

Il diritto è al centro del progetto di azione del Principe moderno, perché egli ha colto con precisione la sua enorme valenza quale prezioso cemento potestativo e pertanto quale insostituibile *instrumentum regni*. E il nuovo Principe, più che nella vecchia *iurisdictio* medievale, affida la propria identità al suo essere legislatore in un progressivo intensificarsi [...].

Il diritto si stringe e si connette sempre più al potere, anzi, lo esprime. Il diritto si soggettivizza, cioè si incarna sempre più nella volontà del Sovrano [...]. La legge perde quel duplice carattere tomista di ordinamento e di atto razionale (che apparivano ormai insensate limitazioni alla potestà del Sovrano), è atto di volontà, è atto di imperio, è comando [...].

E la proiezione territoriale politica tende a coincidere con quella giuridica. L'Europa sta diventando un insieme di Stati, cioè di insularità sovrane ben separate l'una dall'altra da frontiere nette e pressoché insormontabili, e si sta per ciò stesso allontanando da quella realtà del secondo medioevo quando la scienza giuridica, pur rispettando i particolarismi locali, era riuscita a costruire uno *ius commune*, un diritto senza frontiere, autenticamente universale.

Si tratta, come in altra occasione è accaduto di scrivere, « di una vicenda nella quale si consuma il dramma della distruzione e della ricostruzione di un paradigma del potere che è all'origine della civiltà giuridica e politica dell'Occidente moderno, così come oggi la vediamo ancora nel suo lento tramonto » (2). Quella vicenda, nella

(2) D. QUAGLIONI, *Da un immaginario all'altro. Teoriche del potere imperiale e costruzione dell'ideario statale nella prima Modernità*, in *Al di là del Repubblicanesimo. Modernità politica e origini dello Stato*, a c. di G. Cappelli, con la collaborazione di G. De Vita, Napoli, UniorPress — Università degli Studi di Napoli « L'Orientale », 2020, pp. 15-28: 16. Ho affidato una riflessione sui modelli « alternativi » nel pensiero giuridico e politico fra Cinque e Seicento al saggio *Quale modernità per la "Politica" di Althusius?*, in « Quaderni fiorentini », 39 (2010), pp. 631-647, e l'ho ripresa più in generale in un contributo di poco successivo, « *Dominium* », « *iurisdictio* », « *imperium* ». *Gli elementi non-moderni della modernità giuridica*, in *Gli inizi del diritto pubblico*, 3. *Verso la costruzione del diritto pubblico tra medioevo e modernità — Die Anfänge des öffentlichen Rechts zwischen Mittelalter und Moderne*, a cura di / hrsg. von G. Dilcher, D. Quaglioni, Bologna, il Mulino — Berlin, Duncker & Humblot, 2011, pp. 663-678 (ora entrambi in D. QUAGLIONI, *Scritti*, scelti e raccolti da L. Bianchin, G. Marchetto, C. Natalini, C. Zendri, Foligno, Il Formichiere, 2021, II, pp. 931-948 e 949-963).

lunga tradizione giuridica occidentale intessuta di cesure e « rivoluzioni », assume connotazioni che, pur non riducibili alla sola dimensione della centralizzazione e dell'assolutismo, mostrano — per citare ancora una volta la bella prosa di Paolo Grossi, « il *continuum* storico fra medio evo e modernità interrompersi (sia pure con un processo lento e prolungato) proprio sul terreno della storia giuridica, e precisamente nel modo di concepire e realizzare il nesso fra dimensione giuridica e potere politico » (3).

In questo travagliato panorama, a cavaliere tra Cinque e Seicento, un esempio rilevantisimo della « rivoluzione » intervenuta sul terreno del diritto e dei suoi complessi rapporti con la teologia e con la politica può ben essere quello del veneziano Paolo Sarpi. L'abbozzo del trattato sarpiano *Della potestà de' precipi*, ricordato nella *Vita* del Micanzio e ritenuto perduto fino alla sua pubblicazione nel 2006 ad opera di Nina Cannizzaro sulla base di un manoscritto della Beinecke Library della Yale University (4), non solo ha aggiunto qualcosa di sostanzioso alla conoscenza del pensiero giuridico del grande servita, ma ha rimesso anche in discussione alcuni punti della sua biografia intellettuale, così come la storiografia — recente e no — ce l'aveva consegnata (5). I dubbi circa l'autenticità dello scritto, dovuti, come si sa, non solo all'incerta tradizione del testo ma più ancora al suo accentuato radicalismo assolutista, non hanno impedito di leggere l'abbozzo come una testimonianza di particolare importanza nella linea di un ripensamento dell'opera del grande consultore *in iure* della Repubblica di Venezia negli anni successivi all'Interdetto e all'assassinio di Enrico

(3) GROSSI, *Il diritto tra potere e ordinamento*, cit., p. 14.

(4) P. SARPI, *Della potestà de' precipi*, a cura di N. Cannizzaro, con un saggio di C. Pin, Venezia, Regione del Veneto — Marsilio, 2006.

(5) Non occorre qui far luogo alla vasta bibliografia sul pensiero di Paolo Sarpi, della quale si darà via via conto nelle note successive. Si veda tuttavia, tra le pubblicazioni meno lontane nel tempo e per il suo contributo d'insieme alla revisione del giudizio sull'opera del grande servita, il volume *Paolo Sarpi. Politique et religion en Europe*, études réunies par M. Viallon, Paris, Éditions Classiques Garnier, 2010, con esaustiva ed articolata bibliografia alle pp. 417-66, e soprattutto l'aggiornata e importante voce di A. BARZAZI, *Sarpi, Paolo*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, 90, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2017, pp. 616-624.

IV in Francia, con il drammatico complicarsi della situazione politico-religiosa in Europa (6).

Non è un caso che uno degli ultimi contributi corali intorno all'opera del frate servita, alcuni anni fa, « tra recuperi e nuove edizioni, riletture di testi e scavi sui contesti » (7), sia stato intitolato *Ripensando Paolo Sarpi* (8). È stato Corrado Pin, in quella circostanza, a sottolineare, a proposito della « statura intellettuale e civile » del servita, la necessità di « una sosta di ripensamento sugli studi sarpiani », anche in conseguenza di « nuove e radicali interpretazioni sul piano religioso e politico », occasionate da « nuove acquisizioni di testi offerti in edizioni critiche » (9). Il pensiero corre subito, naturalmente alla splendida, fondamentale e allora recente edizione dei *Consulti* ad opera dello stesso Pin (10), ma non può non riguardare anche, se non, per certi versi, soprattutto, l'abbozzo del trattato *Della potestà de' prencipi*, apparso contemporaneamente alla pubblicazione del volume degli atti del convegno per il 450° della nascita del frate (11).

In verità alcuni tratti di quel ripensamento (si vedano soprattutto i contributi di Gino Benzoni e di Boris Ulianich) hanno aperto alcune brecce nella iniziale diffidenza verso il pieno accoglimento dell'abbozzo sulla sovranità *de iure divino* dei principi secolari tra le

(6) Basti qui il rinvio alla classica monografia di C. VIVANTI, *Lotta politica e pace religiosa in Francia fra Cinque e Seicento*, Torino, Giulio Einaudi editore, 1974², con la sua versione francese: *Guerre civile et paix religieuse dans la France d'Henri IV*, traduit de l'italien par L.A. Sanchi, préface de P. Béhar, Paris, Éditions Désjonquères, 2006. Per il ruolo svolto da Sarpi in quel contesto si vedano i magistrali contributi raccolti nel volume dello stesso C. VIVANTI, *Quattro lezioni su Paolo Sarpi*, Napoli, Bibliopolis — Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, 2005.

(7) A. BARZAZI, *Paolo Sarpi tra critica della religione e nuove ortodossie*, in *Eretici e dissidenti tra Europa occidentale e orientale (secoli XVI-XVIII)*, a cura di A. Barzazi, M. Catto, D. Pociūtė, Padova, Padova University Press, 2018, pp. 119-144: 119.

(8) *Ripensando Paolo Sarpi. Atti del Convegno Internazionale di Studi. Nel 450° anniversario della nascita di Paolo Sarpi*, a cura di C. Pin, Venezia, Ateneo Veneto, 2006.

(9) C. PIN, *Nota del curatore*, in *Ripensando Paolo Sarpi*, cit., pp. XI-XIV: XII.

(10) P. SARPI, *Consulti*, I (1606-1609), 1 (1606-1607) — 2 (1607-1609), a cura di C. Pin, Pisa-Roma, Istituti Editoriali Poligrafici Internazionali, 2001.

(11) Cfr. G. TREBBI, recensione di P. SARPI, *Della potestà de' prencipi*, a cura di N. Cannizzaro, Marsilio, 2006, in « Studi veneziani », 56 (2008), pp. 423-431.

mature manifestazioni del pensiero di Sarpi ⁽¹²⁾. A Benzoni si deve il merito di avere insistentemente ricordato che « tutta la consulenza del frate è sempre vigile nei confronti del nemico della sovranità veneta », e che anche dopo la deludente conclusione della « battaglia campale dell'Interdetto », la guerra, per Sarpi, ancorché non dichiarata « è sempre in corso [...], perché in ballo è pur sempre la sovranità » ⁽¹³⁾:

In nuce la sovranità sarpianamente intesa contiene i presupposti d'un molecolare processo d'autonomizzazione dal papato del clero veneto sboccante, alla lunga, nel distacco, nella separazione dalla S. Sede, e riecheggia il sarpiano vagheggiamento dei temi lontani d'una cristianità uniformata da un comune sentire nel quale dopo Dio viene il 'principe', cui, 'per comandamento divino' son tenuti ad 'ubbidire' e 'secolari' e 'ecclesiastici'.

La sovranità « sarpianamente intesa » ha un fondamento teologico ineludibile. In quella stessa occasione Boris Ulianich ha espresso, con parole nuove, un giudizio a lungo maturato sulla natura eminentemente teologica del pensiero sarpiano e le sue conseguenze sul piano politico-giuridico. Canonista Sarpi lo fu di certo, ma fu prima di tutto teologo, perché « occorreva sì rispondere sul piano del diritto canonico, ma era necessario poter scavare sui fondamenti biblico-teologici dei canoni, sulla loro congruità con la

⁽¹²⁾ Si veda a questo proposito C. VIVANTI, *I due governi del mondo negli scritti di Sarpi*, in Paolo Sarpi. *Politique et religion en Europe*, cit., pp. 29-54: 29, l'eloquente resoconto del rifiuto di Gaetano Cozzi, alla fine degli anni '50, di riconoscere come frammento di opera autentica quelli che oggi sappiamo essere « i primi 34 titoli delle 206 rubriche che costituiscono la prima *abbozzatura* della *Potestà de' principi*, analoghi a quelli conservati nel fondo Dupuy » della BNF, di cui avrebbe dato notizia B. ULIANICH, *Considerazioni e documenti per una ecclesiologia di Paolo Sarpi*, in *Festgabe Joseph Lortz*, hrsg. von E. Iserloh, P. Manns, Baden-Baden, Grimm, 1958, II, *Glaube und Geschichte*, pp. 5-86: 30-31, nota 87, ipotizzando invece, come ricorda N. CANNIZZARO, *Il manoscritto ritrovato*, in SARPI, *Della potestà de' principi*, cit., pp. 1-21: 7, « che quelle '34 proposizioni' potessero avere a che fare con il progetto per la *Potestà de' principi* ».

⁽¹³⁾ G. BENZONI, *A mo' d'introduzione*, in *Ripensando Paolo Sarpi*, cit., pp. 1-30: 13-14.

parola rivelata » (14). Movendo dunque dalla constatazione che le citazioni bibliche sarpiane non sono mai « semplicemente accumuli di *auctoritates* », Ulianich ha giustamente messo in evidenza in Sarpi la convinzione (la cui origine agostiniana non è possibile disconoscere) circa l'intangibilità della Scrittura, alla cui distorsione, per accomodare « la dottrina cristiana agli interessi correnti » i papi avevano a suo giudizio incessantemente lavorato (15). E rilevando ancora una volta la grande importanza del Consulto 50 « per cogliere il pensiero teologico del Sarpi » (16), Ulianich si è chiesto infine: « Tutto teologia? Niente politica? », concludendo per una prevalenza della dimensione teologica (17):

L'interesse politico, da parte del Sarpi, è innegabile. Ma esso è, a mio avviso — e oso scriverlo dopo decenni di studi, seppur sempre lasciando spazio al dubbio, — corollario incisivo, si potrebbe aggiungere, riprova nodale, della sua visione teologica. Quando l'umano, il politico, penetrano, nel corso della storia, nella Chiesa, opera e strumento della grazia, istituzione spirituale fondata per mediare la fede attraverso l'annuncio del vangelo e, quindi, la salvezza, si corrompe.

È così che, sempre secondo Ulianich, « se si analizzi senza pregiudizi l'orizzonte sarpiano, si potrà cogliere con estrema limpidezza come la radice di ogni male nella Chiesa sia derivata da un graduale trapasso dallo spirituale al politico, che si è tradotto nella imitazione del regno mondano e nella volontà di avocare progressivamente a sé zone sempre più ampie di diritti, spettanti *de iure divino* — capitolo 15 della *Lettera ai Romani* — al Principe, allo Stato » (18). Di qui « la linea in preferenza paolina che ha caratte-

(14) B. ULIANICH, *Teologia paolina in Sarpi?*, in *Ripensando Paolo Sarpi*, cit., pp. 73-101: 73.

(15) Ivi, p. 79. Sarei propenso a credere che a Sarpi non fosse estranea la forte denuncia dantesca (*Monarchia*, III, IV, 11) delle false interpretazioni della Scrittura, con ampio ricorso all'agostiniano *De doctrina Christiana* (cfr. DANTE ALIGHIERI, *Monarchia*, a cura di D. Quaglioni, Milano, Mondadori, 2021³, pp. 368-369).

(16) ULIANICH, *Teologia paolina in Sarpi?*, cit., p. 81.

(17) Ivi, p. 90.

(18) Ivi, pp. 90-91.

rizzato la sua teologia » (19); e di qui dunque, per quel che concerne la dimensione giuridico-politica del suo pensiero, una linea teorica che, « pur nella sua estrema modernità in ordine alle caratterizzazioni che la contraddistinguono nella sua autonomia », rimane « fondata su una piattaforma biblico-teologica cristiana » (20), come nel significativo esempio della lettera a Jacques Gillot del 3 dicembre 1608 (21):

Dum principum potestatem tueris, non modo illorum regna defendis, sed Christo etiam suum asseris; privetur namque caelesti illo suo quod hic in terris instituit necesse est, si illud in politicum ac mundanum transformetur. In hoc dum incumbis, nedum rerum publicarum libertatem moliris, sed Christi gloriam illustras.

Altri indizi sono stati richiamati da Corrado Pin nell'ampio e argomentato saggio posposto all'edizione dell'abbozzo di quelli che avrebbero dovuto essere, nella notizia data dal Micanzio, i primi tre capitoli di una vasta opera sulla relazione tra Stato e Chiesa, seguiti da duecento e più rubriche in cui l'opera avrebbe dovuto articolarsi e che, se non contraddicono del tutto, complicano di certo l'immagine di un Sarpi che nei coevi *Consulti* era apparso altrove allo stesso Pin « meno corrosivo sul piano religioso e meno intransigente su quello politico » (22). Pin ha descritto efficacemente lo stato d'animo dello studioso davanti alle « formulazioni particolarmente radicali sullo Stato assoluto » e alle « categoriche definizioni sulla sovranità » della prosa dall'andamento assiomatico dell'abbozzo, « così lontana da quella pungente e mossa del libellista dell'Interdetto » (23):

(19) Ivi, p. 100.

(20) Ivi, p. 101.

(21) *Ibidem*. Curiosamente la lettera (è la II delle XIX lettere a Gillot) è citata da Ulianich — editore delle *Lettere ai Gallicani* — come indirizzata al Leschassier. Cfr. P. SARPI, *Lettere ai Gallicani*, edizione critica, saggio introduttivo e note a cura di B. Ulianich, Wiesbaden, Franz Steiner Verlag, 1961, pp. 129-131: 130.

(22) C. PIN, "Qui si vive con esempi, non con ragione". Paolo Sarpi e la committenza di Stato nel dopo-Interdetto, in *Ripensando Paolo Sarpi*, cit., pp. 343-394: 370. Cfr. a questo proposito ID., *Paolo Sarpi senza maschera: l'avvio della lotta politica dopo l'Interdetto del 1606*, in *Paolo Sarpi. Politique et religion en Europe*, cit., pp. 55-103: 70.

(23) C. PIN, *Progetti e abbozzi sarpiiani sul governo dello Stato « in questi nostri tempi assai turbolenti »*, in SARPI, *Della potestà de' prencipi*, cit., pp. 89-120: 90-91.

Nell'esaminare quegli scritti capita di passare dalla convinzione di avere a che fare con un autentico e per certi versi straordinario testo sarpiano, al dubbio, e a momenti alla quasi certezza, che di altro autore si tratti, o almeno che il testo sia intessuto di interpolazioni a formare un collage di considerazioni e temi più o meno attinti alla produzione manoscritta e a stampa del frate veneziano, ma con un sovrappiù di dogmatismo ispirato alle dottrine più radicali dell'assolutismo sovrano.

A togliere ogni spazio al dubbio, pur in mancanza di una prova certa della paternità dell'opera a causa dell'esiguità delle testimonianze contemporanee che permettano di inserirla « in un plausibile *iter* dell'attività sarpiana »⁽²⁴⁾, giungono del tutto convincenti i richiami dello stesso Pin all'atmosfera degli anni 1609-1610, quando nel Consulto 48, nel gennaio del 1609, Sarpi poteva scrivere⁽²⁵⁾:

Sono alcuni che, quando sentono esser proposto al Principe cosa che tocchi la religione o le persone ecclesiastiche in qual si voglia muodo, aborriscono grandemente, credendo che l'intermettersene sii cosa aliena dall'ufficio del magistrato secolare e che li sia proibito trattarne, e che Dio abbia escluso in tutto e per tutto l'autorità del Principe dalla cognizione e cura delle case ecclesiastiche e commesse solamente alli prelati: la qual opinione non solo è falsa, ma perniziosa, contraria alle Scritture divine, alli sacri canni, alla dottrina dei Padri, alli essempli delli santi principi e anco a quello che insegnano li dottori moderni.

Si sente già qui il programma, così come, per riconoscimento dello stesso Pin, lo si sente nella quasi coeva lettera al Dolce (agosto 1609), che « sembra trovare un concreto riferimento non tanto in un'opera già ben delineata, quanto piuttosto nel progetto di un

⁽²⁴⁾ Ivi, p. 92.

⁽²⁵⁾ SARPI, *Consulti*, I (1606-1609), 2 (1607-1609), cit., pp. 653-665: 656. Commenta PIN, *Progetti e abbozzi sarpiani sul governo dello Stato « in questi nostri tempi assai turbolenti »*, cit., p. 99: « Convincere la classe dirigente che è compito dello Stato aver 'cura delle cose ecclesiastiche' sarà il *Leitmotiv* di tanti consulti di quell'anno e di approfonditi dibattiti epistolari con i gallicani d'oltr'alpe. Ed è molto probabilmente in questa temperie culturale e di azione che matura 'in idea' il progetto di una vasta opera sullo Stato ».

lavoro sistematico che riguardasse complessivamente i grandi temi politici, religiosi, giuridici, civili trattati a partire dal tempo dell'Interdetto» (26). Anni straordinari, gli anni in cui una letteratura non solamente controversistica mise a frutto la tragica esperienza delle guerre di religione e in cui lo spettro dei turbamenti della pace pubblica per cause di religione circolò a lungo in Europa venendo a turbare le menti degli intellettuali di vario orientamento religioso e politico. Furono, quelli a cavaliere del Seicento, anche gli anni di un libero ripensamento del complesso di dottrine teologico-giuridiche in cui l'eredità bodiniana, richiamata a suo tempo da Federico Chabod insieme a quella di Cujas per rimarcare come fin dal primo consulto sarpiano «le affermazioni sulla podestà del Principe» preannunziassero già «un pensiero assai più radicale, oseremmo dire più moderno» (27), si collegava al pensiero di più recenti teorici dell'assolutismo come William Barclay, oggetto nel 1610, l'anno dell'assassinio di Enrico IV, del sistematico attacco del Bellarmino del *Tractatus de potestate summi pontificis in rebus temporalibus*, da cui l'abbozzo sarpiano moveva per trattare della sovranità dello Stato nelle materie di religione (28). In quegli anni il pensiero di Sarpi andava precisandosi e radicalizzandosi attorno alle prerogative sovrane dello Stato, «chiamato per investitura divina a controllare la vita associata religiosa e a riportare-relegare la Chiesa al suo compito puramente spirituale» (29). Il principio della sovranità dello Stato per diritto divino nei riguardi della religione, «presente in altri lavori di fra Paolo Sarpi, ma solo frammentariamente e occasionalmente», assume pertanto nell'abbozzo un carattere 'sistematico' (30):

(26) PIN, *Progetti e abbozzi sarpiani sul governo dello Stato «in questi nostri tempi assai turbolenti»*, cit., p. 97.

(27) F. CHABOD, *La politica di Paolo Sarpi*, Roma, Edizioni dell'Ateneo, 1952, poi in ID., *Scritti sul Rinascimento*, Torino, Giulio Einaudi editore, 1967, pp. 459-588: 502.

(28) *Tractatus de potestate Summi Pontificis in rebus Temporalibus. Adversus Gulielmum Barclaium*, auctore ROBERTO S. R. E. CARD. BELLARMINO, Romae, Ex Typographia Bartholomaei Zannetti, 1610.

(29) PIN, *Progetti e abbozzi sarpiani sul governo dello Stato «in questi nostri tempi assai turbolenti»*, cit., p. 103.

(30) Ivi, p. 111.

L'«abbozzatura» si presenta essenzialmente nella veste di un'opera controversistica, quale risposta al *Tractatus de potestate summi pontificis in rebus temporalibus adversus Gulielmum Barclaium* di Bellarmino e, indirettamente, quale compimento e superamento di quella di William Barclay *De potestate papae an et quatenus in reges et principes seculares ius et imperium habeat*. Ed è opera che si rivolge palesemente più ai dotti d'Europa, ai pensatori politici e ai teologi, che a quanti gestiscono quotidianamente gli affari dello Stato.

La letteratura più recente ha aderito a queste conclusioni, sia pure — talvolta — continuando a lamentare come non sia facile, «davanti a uno scritto fortemente permeato dalla controversia religiosa sviluppatasi in quell'età, [...] capirne a fondo e accettarne la logica»⁽³¹⁾, che è parsa prefigurare «toni assolutistici hobbesiani»⁽³²⁾. Viene perciò in primo piano il problema delle fonti dell'abbozzo, o per meglio dire della sua dipendenza da una tradizione dottrinale accertabile, dal momento che con tutta evidenza il vasto disegno della *Potestà de' principi* non nutre alcuna velleità di presentare ai lettori un pensiero «originale», ma intende inserirsi in una estesa linea di opposizione e di lotta alle false prerogative di un papato ormai proiettato verso un potere totale⁽³³⁾. Quel che solo importa, in realtà, è invece il «timbro del tutto nuovo» dell'abbozzo rispetto non solo alle precedenti opere del frate, ma anche rispetto alla letteratura che con tutta ovvietà dovette essere sotto i suoi occhi

⁽³¹⁾ VIVANTI, *I due governi del mondo negli scritti di Sarpi*, cit., p. 30. Si limita a ricordare la «recente attribuzione del trattato a Sarpi» E. BELLIGNI, *Marcantonio De Dominis, Paolo Sarpi, Roberto Bellarmino e il problema dell'autorità dopo il concilio tridentino*, in Paolo Sarpi. *Politique et religion en Europe*, cit., pp. 257-307: 266, nota 1.

⁽³²⁾ BARZAZI, *Paolo Sarpi tra critica della religione e nuove ortodossie*, cit., p. 138; EAD., *Sarpi, Paolo*, cit., p. 618: «Gli intenti sistematici di un Sarpi teologo si ritrovano anche nel *Della potestà de' principi*, abbozzo di un'opera solo in parte sviluppata. Menzionato dal biografo, ma solo recentemente rinvenuto in una copia manoscritta seicentesca, tale testo fu concepito come una risposta al *De potestate Summi pontificis in rebus temporalibus* di Bellarmino, pubblicato nel 1610. La derivazione divina della sovranità del principe, l'obbligo di quest'ultimo di prescrivere leggi in materia ecclesiastica erano qui riaffermati combinando tesi di Bodin, di William Barclay e di Giacomo I Stuart, e mettevano capo a un'esaltazione della maestà senza limiti dei governanti laici di tono assolutistico e quasi hobbesiano».

⁽³³⁾ Sul punto si vedano le belle pagine di VIVANTI, *Quattro lezioni su Paolo Sarpi*, cit., pp. 67-91.

e nella sua mente durante la composizione di quelle pagine interrotte, perché risulta chiaro al lettore che appunto di abbozzo si tratta, cioè di una raccolta relativamente ordinata di argomenti contrari alle tesi del Bellarmino, esposti senza quegli accorgimenti che in un discorso più curato avrebbero di certo attenuato non già la radicalità, ma la rigidità e la ripetitività dell'ordito. Da questo punto di vista è senz'altro il rapporto con Bodin che presenta i maggiori problemi, perché se da una parte la lettura di Bodin è scontata, come quella di « Giusto Lipsio, Pierre Grégoire, dello stesso Giacomo I Stuart, di Bacone ecc.; per non dire dei francesi spesso citati, da Étienne Pasquier a Pierre de Belloy a Louis Servin ecc. »⁽³⁴⁾, dall'altra la concezione sarpiana della sovranità, così come emerge nella rigida esposizione dell'abbozzo, rispecchia in molti tratti quella di Bodin (peraltro mai citato, per probabili ragioni prudenziali), « ma senza i limiti che il pensatore francese pone al suo sovrano »⁽³⁵⁾.

In realtà è a Grégoire più che a Bodin che viene subito fatto di pensare già dall'esordio dell'abbozzo, in quell'attacco deciso del primo capitolo⁽³⁶⁾:

Tutte le nazioni e popoli hanno sempre riconosciuto e confessato che le città e regni, per quali la società umana si conserva, sono singolari grazie e doni divini, e che il pubblico governo, cioè la somma potestà che regge tutto il corpo della repubblica e mantiene connesse tutte le parti di quella, dando la vita e il moto civile a tutta la società, sia istituzione che proviene immediate da Dio, sì che l'autorità del Principe, che così chiamiamo quella potestà, non sia autorità umana, ma divina, né sia data alla persona che la sostiene dagli uomini, ma da Dio.

L'attacco non è solo di « piglio vigoroso » e di « rigore espo-

⁽³⁴⁾ PIN, *Progetti e abbozzi sarpiani sul governo dello Stato « in questi nostri tempi assai turbolenti »*, cit., p. 113 e nota 50.

⁽³⁵⁾ Ivi, p. 113; e cfr. BARZAZI, *Paolo Sarpi tra critica della religione e nuove ortodossie*, cit., p. 138.

⁽³⁶⁾ SARPI, *Della potestà de' principi*, cit., p. 31.

sitivo »⁽³⁷⁾; è un attacco che espone una verità storica ed insieme afferma un principio di universale regolazione della vita associata, con uno stile, con un lessico e con un accento che richiamano alla memoria altri *initia* celebri, da quello del frammento gaiano che in *Dig.* 1, 1, 9 fonda la potestà normativa degli organismi politici particolari (*Omnes populi qui legibus et moribus reguntur...*) allo stesso *incipit* del *Principe* machiavelliano (*Tutti gli stati, tutti e dominii che hanno avuto et hanno imperio sopra gli uomini...*)⁽³⁸⁾. Ma è soprattutto la definizione della sovranità, « la somma potestà che regge tutto il corpo della republica e mantiene connesse tutte le parti di quella, dando la vita e il moto civile a tutta la società », definizione decisamente lontana da quella essenzialmente « tecnica » del giurista Bodin (*la puissance absolüe et perpetuelle d'une Republique*, o, nella sua versione latina, *summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas*), che invece appare più consonante con quell'*ars bene regendi multitudinem hominum* che per il Tolosano è la stessa *anima Reipublicae*⁽³⁹⁾:

Reipublicae anima politia dicitur eiusdem virtutis, qualis est prudentia in corpore humano; nempe ars bene regendi multitudinem hominum: vocant Galli *l'Estat*.

È questa forse una spia, se così si può dire, del solo accostamento che legittimamente si possa suggerire tra l'opera di Paolo Sarpi ed una letteratura già contaminata dai nuovi moduli teorici introdotti allo scoccare degli anni '90 dalla *Ragion di Stato* di

⁽³⁷⁾ PIN, *Progetti e abbozzi sarpiani sul governo dello Stato* « in questi nostri tempi assai turbolenti », cit., p. 116.

⁽³⁸⁾ Per la presenza di accenti machiavelliani nel pensiero del frate cfr. in generale P. GUARAGNELLA, *Sarpi, Paolo*, in *Machiavelli. Enciclopedia machiavelliana*, diretta da G. Sasso, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2014.

⁽³⁹⁾ *De Republica libri sex et viginti, in duos tomos distincti*, auctore PETRO GREGORIO THOLOZANO, Pontimussani, Sumpitibus Ioannis Pillehotte, 1596, I, p. 592. È sempre utile, in sintesi, L. GAMBINO, *Il De Republica di Pierre Grégoire. Ordine politico e monarchia nella Francia di fine Cinquecento*, Milano, Giuffrè, 1978. Per un commento a questo luogo del *De Republica* mi permetto di rinviare al mio volume *I limiti della sovranità. Il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, Padova, Cedam, 1992, pp. 245-246.

Giovanni Botero ⁽⁴⁰⁾. I ventisei libri *De Republica* del Tolosano, esagerata risposta ai sei libri di Bodin che proprio negli anni immediatamente successivi all'Interdetto avrebbe meritato insistenti richiami nella *Politica* di Althusius ⁽⁴¹⁾, costituiscono la prima prova della rapidità della recezione della *Ragion di Stato* tra i grandi dottrinari di fine secolo. Grégoire, per sua stessa testimonianza, scrive nel 1591, a due anni dalla prima edizione del trattato del gesuita benese, mediando col suo latino giuridico la « nuova locuzione dal fascino ambiguo », che in quegli anni « si insinua nel vocabolario politico e poi fulmineamente trabocca nel linguaggio di tutti » ⁽⁴²⁾. Questa è la sua accorta traduzione della celebre formula iniziale della *Ragion di Stato* ⁽⁴³⁾:

⁽⁴⁰⁾ BARZAZI, *Sarpi, Paolo*, cit., p. 618, ricorda opportunamente che in Sarpi « la meditazione sul mondo morale e politico-religioso raggiunse esiti corrosivi in una decina di *pensieri* scritti dopo il rientro da Roma, tra il 1588 e il 1591 » dove il frate « sviluppò in maniera originale idee sull'uso politico della religione già presenti nelle opere dei trattatisti della ragion di Stato e diffuse nella cultura delle *élites* ». Ogni altro accostamento del pensiero di Sarpi a quello radicalmente antitetico del Botero è da escludere, con buona pace di una storiografia per così dire 'pre-chabodiana' com'è quella del giovane P. TREVES, *Su Paolo Sarpi teorico della 'Ragion di Stato'*, in « Rivista di Filosofia », XXII (1931), pp. 148-157.

⁽⁴¹⁾ Basti qui un rimando ai contributi compresi nella silloge *Il lessico della Politica di Johannes Althusius*, a cura di F. Ingravalle e C. Malandrino, prefazione di D. Wyduckel, introduzione di C. Malandrino, Firenze, Leo S. Olschki, 2005; e si veda ora L. BIANCHIN, *Diritto, teologia e politica nella prima età moderna. Johannes Althusius (1563-1638)*, Foligno, Il Formichiere, 2017.

⁽⁴²⁾ R. DE MATTEI, *Il problema della "Ragion di Stato" nell'età della Controriforma*, Milano-Napoli, Ricciardi, 1979, p. 24.

⁽⁴³⁾ *De Republica libri sex et viginti, in duos tomos distincti*, autore PETRO GREGORIO THOLOZANO, I, p. 235. Diedi dimostrazione di ciò in un saggio ormai risalente: D. QUAGLIONI, *La prima recezione della 'Ragion di Stato' in Francia. Il 'De Republica' di Pierre Grégoire (1591)*, in *Botero e la 'Ragion di Stato'*, atti del convegno in memoria di Luigi Firpo (Torino, 8-10 marzo 1990), Firenze, Leo S. Olschki, 1992, pp. 395-403. È appena il caso di rammentare qui il celebre *initium* (uso la nuova edizione: GIOVANNI BOTERO, *Della ragion di Stato*, a cura di P. Benedittini e R. Descendre, introduzione di R. Descendre, Torino, Giulio Einaudi editore, 2016, p. 11: « ragione di Stato è notizia di mezzi atti a fondare, conservare e ampliare un dominio ». È sempre d'obbligo il rimando a L. FIRPO, *La "Ragion di Stato" di Giovanni Botero: redazione, rifacimenti, fortuna*, in *Civiltà del Piemonte. Studi in onore di Renzo Gandolfo nel suo settantacinquesimo compleanno*, a cura di G.P. Clivio e R. Massano, Torino, Centro di studi piemontesi, 1975, I, pp. 139-164.

Omnis reipublicae tractatus seu sollicitudo, in tribus consistit: in ea constituenda, in ea conservanda, et in eadem augenda, ars fundandi et ampliandi iisdem fere perficitur rationibus: conservatio vero et reformatio praesupponunt foundationem praecedentem et propemodum iisdem mediis quibus quaeritur et fundatur retineri debet.

Quello del Grégoire, fino al 1597, anno della sua morte, collega e sodale del Barclay nella Facoltà giuridica di Pont-à-Mousson (evocata immediatamente da Bellarmino nella prima carta del suo trattato contro il *De potestate papae* del giurista scozzese) ⁽⁴⁴⁾, è soltanto un esempio, uno fra i tanti possibili, di accostamenti che legittimamente si affacciano alla mente del lettore dell'abbozzo sarpiano e che inducono a pensare che il suo autore non avesse un « modello » dottrinale preciso, ma cogliesse in modo assai libero i motivi salienti di una letteratura in cui certamente primeggiavano « li iurisconsulti sani », i moderni interpreti della sovranità temporale nelle cose sacre ⁽⁴⁵⁾:

Benissimo dicono li iurisconsulti sani: nissuno può transferire in un altro l'autorità che ha, sì che non ne resti in lui una maggiore. Fate come volete, ch'il re dia quanta autorità si voglia ad uno, mai quella sarà soprana: resterà il re sopra di lui, sì che se la multitude facesse in tal modo, come Bellarmino vuole, un re, quello non sarebbe Prencipe, non avrebbe maestà, resterebbe nella moltitudine una maggior potestà che la comunicata al re, la maestà sarebbe in essa multitude et egli sarebbe il principal magistrato.

Si trattava però, appunto con l'eccezione di Barclay, di autori ancora lontani dal nutrire un interesse specifico e di tipo « monografico » per il problema dei rapporti tra potere secolare e religione,

⁽⁴⁴⁾ *Tractatus de potestate Summi Pontificis in rebus Temporalibus. Adversus Guilielmum Barclayum*, auctore ROBERTO S. R. E. CARD. BELLARMINO, cit., *Praefatio*, p. 3: « Quamvis enim in quibusdam codicibus editus dicatur is liber Musiponti... ». Cfr. C. COLLOT, *L'école doctrinale de droit public de Pont-à-Mousson (Pierre Grégoire de Toulouse et Guillaume Barclay) (Fin du XVI^e siècle)*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965. Cfr. anche D. QUAGLIONI, *Grégoire, Pierre*, in *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e - XX^e siècle*, sous la direction de P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen, Paris, PUF, 2007, pp. 384-385, con bibliografia.

⁽⁴⁵⁾ SARPI, *Della potestà de' prencipi*, cit., p. 116.

come invece il testo sarpiano già fa e come solo qualche anno più tardi in forma organica farà Ugo Grozio col suo *De imperio summarum potestatum circa sacra* (e se non è un Grozio che da Sarpi dipenda, è senz'altro un Grozio sempre bene informato sulle opere sarpiane, fino al punto da ricopiare di sua mano, in una lettera del 1639 al suo amico Wtenbogaert, 34 delle rubriche che fanno da corredo all'abbozzo dei primi tre capitoli della *Potestà de' principi*)⁽⁴⁶⁾.

Dove l'abbozzo sarpiano mostra in tutta apparenza una maggiore vicinanza alle espressioni più tipiche del Bodin della *République*, è innanzi tutto nel ripetuto allarme per l'insorgere dell'« anarchia », peggiore di ogni tirannide, e per l'ateismo, più perverso di qualsiasi superstizione religiosa⁽⁴⁷⁾. Naturalmente Bodin è estraneo a quello che in termini propriamente moderni potremmo chiamare il monismo ordinamentale del grande servita, che si esprime in termini rigidamente dogmatici, appaiando libertinaggio politico-religioso e curialismo corruttore della natura puramente spirituale della Chiesa, duplice scaturigine di un'anarchia destinata a sboccare nell'ateismo, cioè nella negazione del sovrano ordine dell'universo di cui l'ordine temporale non è altro che il rispecchiamento⁽⁴⁸⁾:

Ardisco dire: non si può trovar al mondo anarchia peggiore, quanta dove fosse creduto dalla moltitudine d'aver potestà con causa di mutar il suo soprano; sì come non vi è stato più modesto e quieto di quello che, secondo la divina Scrittura, crede che il suo soprano le sia dato da Dio, e che essendo cattivo conviene supportarlo e aspettarne la provisione dalla divina Maestà, e tenere per firma la fede del

⁽⁴⁶⁾ Per tutto ciò si veda l'importante contributo di P. VAN HECK, *La fortuna di Paolo Sarpi in Olanda [suivi de] Appendice groziana*, in *Paolo Sarpi. Politique et religion en Europe*, cit., pp. 369-405. Cfr. G. BALDIN, *Paolo Sarpi e Hugo Grotius: un dialogo mancato? Alcune osservazioni su sovranità, jus circa sacra e fundamentalia fidei*, in « Isonomia », 2019 (<http://isonomia.uniurb.it/storica>; consultato il 28 giugno 2022).

⁽⁴⁷⁾ Sul pensiero religioso di Bodin nel contesto delle polemiche cinquecentesche sull'« ateismo », insieme al capolavoro di L. FEBVRE, *Le problème de l'incroyance au XVI^e siècle. La religion de Rabelais*, Paris, Albin Michel, 1942 (*Il problema dell'incredulità nel secolo XVI. La religione di Rabelais*, trad. it. di L. Curti, Torino, Giulio Einaudi editore, 1978), è sempre fondamentale P.L. ROSE, *Bodin and the Great God of Nature. The Moral and Religious Universe of a Judaiser*, Genève, Librairie Droz, 1980.

⁽⁴⁸⁾ SARPI, *Della potestà de' principi*, cit., p. 116.

profeta David che nessuno senza peccato può metter la mano nella persona del Principe, se ben scelerato. E chi non crederà così, non dirò aprirà la porta, ma getterà in terra tutte le mura, per introdurre la sedizione e l'anarchia e la distruzione della pietà e religione; né serve la fuga, che ciò si dà alla potestà della moltitudine non di ciascuno, che ben si sa non venir mai la moltitudine ad una risoluzione, se non mossa da particolari. Ma tanto basta di ciò.

Il pensiero di Bodin, più fluido e non privo di caratteristiche ambiguità, sottostà solo in parte a queste idee, frutto com'esso è, di una temperie politico-religiosa ormai lontana: quella delle guerre di religione degli anni '70-'80, caratterizzata dal tentativo dei *politiques* di mettere la *salus rei publicae* al di sopra delle fazioni in lotta con l'affermare la neutralità confessionale dello Stato e col rivendicare la libertà di coscienza in quanto ambito della vita individuale e sociale non disciplinabile per via autoritaria ⁽⁴⁹⁾. Strettamente connesso al pensiero di Bodin è però quanto nell'abbozzo sarpiano si dice della pretesa natura patrizia del potere regale e del giuramento. L'ostilità di Bodin verso il diritto feudale, retaggio della *monarchie seigneuriale* o « dispotica », nell'abbozzo della *Potestà de' principi* si traduce in un'estesa polemica verso un'idea di sovranità implicante una mutua obbligazione fra signore e vassallo. La questione è trattata a più riprese nell'abbozzo e costituisce tutta intera la materia del capitolo 3 (*Che il giuramento qual fa il suddito al principe non lo costituisce in obbligo di obedire, ma è confirmazione dell'obbligo naturale*) ⁽⁵⁰⁾. Non manca il riconoscimento dell'esistenza di limiti, dunque, ma il segno di tale ammissione è mutato, riferendosi non già

⁽⁴⁹⁾ Mi permetto di rinviare su questo cruciale aspetto del pensiero di Bodin il mio saggio "*Sans violence ny peine quelconque au port de salut*". *Il problema della libertà di coscienza nella "République" di Jean Bodin*, in *La formazione storica della alterità. Studi di storia della tolleranza nell'età moderna offerti a Antonio Rotondò*, I, Secolo XVI, Firenze, Leo S. Olschki, 2001, pp. 361-373 (ora in QUAGLIONI, *Scritti*, scelti e raccolti da L. Bianchin et al., cit., I, pp. 503-515).

⁽⁵⁰⁾ SARPI, *Della potestà de' principi*, cit., p. 63. Sulla « predominanza del giuramento » nella polemica contro Bellarmino si veda S. ANDRETTA, *Sarpi e Roma*, in *Paolo Sarpi. Politique et religion en Europe*, cit., pp. 139-162: 156.

ad una relazione di mutua fedeltà, come nel patto feudale, ma ad un obbligo naturale ⁽⁵¹⁾:

Né dica alcuno che questo sia far un sfrenato, ché non vi è così forte legame, né così potente morso che la coscienza e il timor divino; e l'aggiunger altro legame a questo non è aggiunger altro che un atomo all'infinito, che non rende la mole maggiore. Adunque, il tuo Principe non ha obbligazione verso li suoi sudditi di governargli bene, quando gli promette? non è tenuto quando gli giura, non è obbligato? Rispondo: è tenuto il Principe governar bene, ma non ha obbligazione di ciò al popolo, ma a Dio; è obbligato se giura, se promette, ma non al popolo, se ben a Dio e alla coscienza propria; e li giuramenti che li re sovrani fanno nelle loro coronazioni non sono ubligazioni al popolo, ma a Dio. Del Principe non si può dire esservi cosa che non possa fare per il tempo nel quale è Principe, se bene molte cose non può fare per tempo perpetuo o per quando non sarà più; e questo detto: il Principe non può fare la tal cosa, non vuol dir altro se non. Non può obligare il successore. Magistrato dimando, in somma, quello che è ubligato governare secondo le leggi; Principe quello che comanda a tutte le leggi umane e ha ubligazione a Dio solo e alla coscienza sua di osservare la legge naturale, le promesse e giuramenti suoi e tutto quello che è per salute e bene del suo popolo; di questo dico ch'egli riceve la potestà da Dio immediate e non con interposizione di alcun mezzo non solo umano, ma neanche di creatura alcuna.

Osservai molti anni fa che curiosamente non era mai stato posto abbastanza in rilievo che nella *République* il capitolo sulla sovranità è in massima parte dedicato al giuramento e in particolare a discutere se il giuramento promissorio costituisca un limite alle vere prerogative del « potere assoluto e perpetuo che è proprio dello Stato » e che s'incarna nella facoltà di derogare al diritto ordinario, fatte salve « le leggi di Dio e della natura » ⁽⁵²⁾. Ora, il caso del giuramento, entro il capitolo della *République* che ha per oggetto definizione e caratteri

⁽⁵¹⁾ SARPI, *Della potestà de' principi*, cit., pp. 52-53.

⁽⁵²⁾ QUAGLIONI, *I limiti della sovranità*, cit., pp. 21-22; e cfr. Id., *Giuramento e sovranità. Il giuramento come limite della sovranità nella « République » di Jean Bodin e nelle sue fonti*, in *Glaube und Eid*, hrsg. von P. Prodi, München, Oldenbourg Verlag, 1993, pp. 97-111.

essenziali della sovranità, è uno dei pochi luoghi nei quali il giurista francese si senta di tracciare delle vere e proprie 'regole di Stato'. Chiedendosi se il principe sia soggetto alle leggi del paese ch'egli ha giurato di custodire, Bodin risponde al modo dei vecchi giuristi, introducendo una distinzione e svolgendo un'articolata casistica ⁽⁵³⁾:

Se il principe giura a se stesso che custodirà la legge, non è legato da questa, non più che dal giuramento fatto a se stesso: poiché anche i sudditi non sono in alcun modo tenuti al giuramento ch'essi hanno fatto sotto convenzioni cui la legge consenta di derogare, per giuste e ragionevoli che siano [...]. Lo stesso si può dire nel caso che la promessa sia fatta dal sovrano al suddito, o fatta dal sovrano prima di essere eletto; non vi è alcuna differenza, come invece molti ritengono. Il principe non è vincolato alle leggi sue o dei suoi predecessori: ma dai giusti atti e dalle giuste promesse che ha fatto, sia con giuramento sia senza giuramento, così come lo sarebbe un privato. E per le stesse ragioni per cui un privato può essere sciolto da una promessa ingiusta o irragionevole o troppo gravosa, per il fatto di essere stato tratto fuori strada da inganno, frode, errore, violenza, timore motivato o gravissima offesa, il principe può essere esentato da tutto quello che comporta una menomazione della sua maestà, se è principe sovrano. Così si può fissare il principio che il principe non è soggetto alle sue leggi né a quelle dei suoi predecessori, ma lo è ai suoi atti giusti e ragionevoli [...].

Da tutto ciò risulta che non bisogna mai confondere legge e contratto. La legge dipende da colui che ha la sovranità; egli può obbligare tutti i sudditi, e non può obbligare se stesso; mentre il patto è mutuo, tra principi e sudditi, e obbliga le due parti reciprocamente, né una delle due parti può venir meno ad esso a danno dell'altra e senza il suo consenso; in un caso del genere il principe non ha alcuna superiorità sui sudditi, se non che, cessando il giusto motivo della legge che ha giurato di osservare, egli, come già abbiamo detto, non è più vincolato dalla sua promessa, mentre invece i sudditi non

⁽⁵³⁾ *I sei libri dello Stato* di JEAN BODIN, I, a cura di M. Isnardi Parente, Torino, Utet, 1964, pp. 362-3, 365-6. Per il testo dell'ultima edizione francese autorizzata da Bodin cfr. *Les six livres de la République* de I. BODIN ANGEVIN. *Ensemble une Apologie de Rene Herpin*, A Paris, Chez Jacques du Puis, 1583, pp. 133-135, e per la versione latina del 1586 JOAN. BODINI ANDEGAVENSIS GALLI *De Republica libri sex Latine ab Auctore redditi, multo quam antea locupletiores*, Francofurti, Sumptibus Jnae Rosae viduae, Typis Antonii Hummii, 1641, pp. 135-137.

possono comportarsi ugualmente se non ne sono sciolti dal principe. Perciò i principi sovrani di mente accorta non giurano mai di mantenere intatte le leggi dei predecessori; e se lo giurassero non sarebbero più sovrani.

L'impostazione casistica di Bodin si risolve, nell'abbozzo della *Potestà de' principi*, in un periodare assiomatico, che della sua fonte conserva il principio assolutistico, eretto a fissare una demarcazione invalicabile tra leggi e patti dei principi. Il pensiero giuridico e politico di Bodin ha ancora tutti i tratti di una tematica medievale portata alle sue estreme conseguenze, quella della « onnipotenza legislativa del principe, motivata con la incontrastata superiorità sua alla legge stessa di cui era il creatore »⁽⁵⁴⁾. La dottrina moderna della sovranità ingloba l'esperienza teorica del Medioevo giuridico e la traduce nell'idea di una regalità umana privata di ogni limite giuridico che non appartenga ai limiti imposti dalle « leggi di Dio e della natura ».

Ciò non può farci dimenticare che anche nel caso di Sarpi la concezione moderna del potere si modella nel rapporto con la tradizione: « La sovranità », è stato scritto con piena ragione, « non è stata un'invenzione, ma una elaborazione »⁽⁵⁵⁾. Ma nel progetto della *Potestà de' principi* gli argomenti teologici, giuridici, storici si cristallizzano nella controversia anti-bellarminiana, servendo ormai ad uno scopo nuovo, perché il Principe (lo Stato), sia esso monarchico, aristocratico o repubblicano, non ha più bisogno di giustificarsi come tale, ma lotta per strappare alla Chiesa la disciplina spirituale nella sua dimensione sociale. Oltre il crinale di fine Cinquecento, nell'ordito incompiuto della *Potestà de' principi* di Paolo Sarpi, « un pensiero assai più radicale, oseremmo dire più moderno » di quello di Bodin, per citare ancora una volta il fulminante e veritiero giudizio di Federico Chabod⁽⁵⁶⁾, è già possibile osservare gli esiti principali di quella « rivoluzione » dalla quale ha

⁽⁵⁴⁾ F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*, Milano, Giuffrè, 1965 (rist. della seconda edizione, 1949), p. 52.

⁽⁵⁵⁾ P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella giuspubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 190, e più diffusamente D. QUAGLIONI, *La sovranità*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

⁽⁵⁶⁾ CHABOD, *La politica di Paolo Sarpi*, cit., p. 502.

origine la nuova dimensione del potere nei suoi rapporti con il diritto, che Harold Berman ha posto sotto la categoria della « spiritualizzazione del secolare »⁽⁵⁷⁾ e che Paolo Grossi ha in altro modo indicato nel « marchio della forte discontinuità » costituito dalla « *dimensione potestativa* » della modernità giuridica⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁷⁾ H.J. BERMAN, *Law and Revolution II. The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, Cambridge (Massachusetts), The Belknap Press of Harvard University Press, 2003 (*Diritto e rivoluzione, II. L'impatto delle Riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, edizione italiana a cura di D. Quagliani, Bologna, il Mulino, 2010); cfr. in proposito D. QUAGLIONI, « *The Outer and the Inner Aspects of Social Life* », in « *Rechtsgeschichte — Legal History* », 21 (2013), pp. 189-191.

⁽⁵⁸⁾ GROSSI, *Il diritto tra potere e ordinamento*, cit., p. 15.

TAMAR HERZOG

MODERNIZATION AND EMPIRE:
HOW DID WE GET HERE?

1. The Colonial Contribution to Nation Making. — 2. The Colonial Contribution to Private Property. — 3. The Colonial Contribution to the Emergence of Modern States. — 4. Slavery and Racism: An Imperial Legacy? — 5. In Guise of a Conclusion.

Historians have often suggested that many elements we tend to associate with modernity first appeared overseas and were then implemented in Europe. Among such elements were the formation of nations, the sanctification of private property, the centrality of state legislation and state apparatus, and the emergence of racism. According to these narratives, nations, mostly absent on the European scene until the eighteenth century, were nevertheless present in colonial domains ⁽¹⁾. While in most of Europe, until the late eighteenth and the nineteenth centuries, common land tenure was the norm, and most lands were burdened with a great variety of rights that belonged to a host of different legal persons, in the colonies the commons were seriously challenged and private property, which combined a multiplicity of rights into a single, absolute

⁽¹⁾ H. KAMEN, *Empire. How Spain Became a World Power, 1492-1763*, New York, Harper Collins, 2003, pp. 331-333; J.M. RODRÍGUEZ-SALGADO, *Christians, Civilised and Spanish: Multiple Identities in Sixteenth-Century Spain*, in «Transactions of the Royal Historical Society», 8 (1998), pp. 233-251, pp. 244 and 239-240; I. SILVERBLATT, *Modern Inquisitions. Peru and the Colonial Origins of the Civilized World*, Durham and London, Duke University Press, 2004, pp. 19-20; N.P. CANNY, *The Origins of Empire: An Introduction*, in *The Origins of Empire. British Overseas Enterprise to the Close of the Seventeenth Century*, ed. N. Canny, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 1-33, pp. 24-25; L. COLLEY, *Britons. Forging the Nation, 1707-1837* (1992), New Haven, Yale University Press, 2005, pp. 132-133.

entitlement, was widely practiced (2). The colonial state, we are equally informed at least by historians of Spanish America, was much more ‘modern’ than its European counterpart because of the centrality of royal legislation to the juridical order, and the lack of local resistance in the form of a strong nobility and strong municipal structures (3). As for racism, it was the natural consequence of the expansion of slavery, the targeting of Africans, and of Europeans extending their domination over other peoples, whom they gradually came to view as inferior (4).

This overreaching agreement survives despite important and frequent debates regarding what is ‘modern’ and how it can be detected. Thus, while different definitions for modernity exist, and while many contest the idea of a single modernity and instead suggest that there were (and are) multiple modernities, for those historians of Europe who study empire (and not all historians of Europe do), the role of colonialism in propelling many of these developments continues to be consensual (5).

Though these narratives have elements of truth, and they reflect our preoccupation with the enduring legacies of empire, in what follows I ask whether what historians have identified as ‘modern’ was indeed typical of empire, and whether it became

(2) These trends, though also present in the scholarship on Spanish America, are particularly clear in the historical analysis of British North America. See, for example, E.B. MENSCH, *The Colonial Origins of Liberal Property Rights*, in « Buffalo Law Review », 31 (1982), pp. 635-735; T. BETHELL, *The Noblest Triumph: Property and Prosperity through the Ages*, New York, St. Martin’s Press, 1998, pp. 34-45; J.W. ELY, *The Guardian of Every Other Rights: A Constitutional History of Property Rights*, Oxford and New York, Oxford University Press, 2008, pp. 10-25.

(3) A. GARCÍA GALLO, *Metodología de la historia del derecho indiano*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970; J.M. PÉREZ PRENDES, *La Monarquía Indiana y el Estado de Derecho*, Valencia, Asociación Francisco López de Gómara, 1989.

(4) G. FREDRICKSON, *Racism: A Short History*, Princeton, Princeton University Press, 2002, pp. 17-47; R. WHEELER, *The Complexion of Race*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2000; A.L. SOLER, *Rethinking Colonial Categories: European Communities and the Boundaries of Rule*, in « Comparative Studies in Society and History », 31 (1989), pp. 134-161.

(5) *Globality and Multiple Modernities: Comparative North American and Latin American Perspectives*, L. Roniger and C.H. Waisman (eds.), Brighton, Sussex Academic Press, 2002.

‘modern’ under their scholarly gaze. As answering this question fully is impossible, I would like to offer a few observations by analyzing (mostly) the case of the Spanish empire, though on occasions also referencing other European colonial projects.

1. *The Colonial Contribution to Nation Making.*

The affirmation that colonialism impelled the formation of national identities is usually based on two distinct narratives. The early modern one suggests that expansion to overseas territories forced Europeans to reckon with what they shared and led them to overlook divisions that in Europe were incredibly significant. Historians who argue as much point to the emergence in the colonies but not yet in Europe, of a ‘Spanish’ or a ‘British’ community that united the inhabitants of a variety of kingdoms and crowns and that had colonists envision themselves not only as Christians but also as members of a particular nation. Meanwhile, a second narrative, centered on modern colonialism, holds that the so-called ‘civilizing’ mission that colonialists pretended to undertake, which strove to transform the colonial populations, required the production of a summary version of the national culture, which was then used to educate the populations back home ⁽⁶⁾. Mostly linked to observations made by post-colonial scholars, these conclusions are also supported by legal historians who demonstrate, for example, that the colonial authorities introduced in India the English common law by simplifying and codifying it in ways that were impossible in England ⁽⁷⁾.

Were these moves ‘national’, as many historians have asserted? In my own work on the identification of Spaniards and their distinction from non-Spaniards, including foreign Europeans, indigenous peoples, and individuals of African descent, I suggested that overseas expansion did affect the way Spanishness was defined, but

⁽⁶⁾ E.W. SAID, *Culture and Imperialism*, New York, Vintage Books, 1994, pp. 35 and 42.

⁽⁷⁾ E. KOLSLEY, *Codification and the Rule of Colonial Difference: Criminal Procedure in British India*, in «Law and History Review», 23 (2005), pp. 631-683.

not by inventing nations ⁽⁸⁾. While in Europe the emergence of the category ‘Spaniard’ was linked to the constitution of a new polity, indeed the gradual unification of Spaniards of different kingdoms in a single body and a single state, whose citizens shared a single regime of rights and duties, in the colonies, on the contrary, Spanishness was gradually opened to peoples of different origins and descent. It became an achievable status that depended on religion and perceptions of ‘civility’, where those who were judged to behave ‘correctly’ could be considered Spanish, while those who failed such tests would be considered outsiders regardless of the question whether they had originated in Spain ⁽⁹⁾.

Born in the colonies, the linking of Spanishness to religion and ‘civility’ eventually affected Europe. We know that, in the early sixteenth century, contemporaries asked whether the populations that inhabited the American continent were like European peasants. By mid-century, however, many began arguing the inverse, namely, that European peasants were similar to the indigenous populations because they were just as pagan, savage, and uncultured ⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ T. HERZOG, *Defining Nations: Immigrants and Citizens in Early Modern Spain and Spanish America*, New Haven, Yale University Press, 2003; T. HERZOG, *Can You Tell a Spaniard When You See One? ‘Us’ and ‘Them’ in the Early Modern Iberian Atlantic*, in *Polycentric Monarchies. How did Early Modern Spain and Portugal Achieve and Maintain a Global Hegemony?*, ed. by P. Cardim, T. Herzog, J.J. Ruiz Ibáñez and G. Sabatini, Brighton, Sussex Academic Press, 2012, pp. 147-161 (or in the Portuguese translation: *És capaz de reconhecer um espanhol quando vêes um? ‘Nós’ e ‘Eles’ no Atlântico ibérico da época moderna*, in *O Governo dos Outros. Comunidade política e diferença no império português*, ed. by Â. Barreto Xavier and C. Nogueira da Silva, Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais, 2016, pp. 623-640); T. HERZOG, *The Colonial Expansion and the Making of Nations: The Spanish Case*, in *Cambridge History of Nationhood and Nationalism*, ed. by C. Carmichael, M. D’Auria and A. Roschwald, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, v. 1, pp. 145-162.

⁽⁹⁾ As one scholar has beautifully put it, «just as the category of Spaniards included acculturated persons of Indian and African ancestry, so too, did the category of savage include Hispanics and Africans and their descendants who lived among natives or behaved like natives»: D.J. WEBER, *Bárbaros: Spaniards and Their Savages in the Age of Enlightenment*, New Haven, Yale University Press, 2005, pp. 16-17.

⁽¹⁰⁾ In 1517, for example, the governor of Hispaniola asked whether the indigenous were similar to European peasants and in 1537, Francisco de Vitoria asked about the rationality of both: A. PAGDEN, *The Fall of Natural Man. The American Indian and the Origins of Comparative Ethnology*, Cambridge, Cambridge University Press,

Though in many cases, these comparisons were a means to justify why missionary work in Europe was as important (or even more important) than similar work overseas, the comparison between European peasants and indigenous peoples also sought to justify domination over a European population that, albeit domestic, was now considered alien because, as happened with the colonial population, it was perceived as failing to comply with the expected behavioral norms. Thereafter, religion and civility became a measure to define membership in the community (11). Whether they were European or not, whether they lived in the Old or the New World, those who were said to reside outside the reach of these norms were presented as the true outsiders, the true non-Spaniards (12).

At stake was not only how to judge the colonial populations as the distinction between Spaniards and foreigners of European descent, who were prohibited from immigrating to, and trading in Spanish America, was often based on similar criteria. Though the exclusion of non-Spanish Europeans from the colonial endeavor is usually considered a manifestation of a 'national' monopoly, in 1492, for example, Columbus suggested that, because Spanish presence in the New World was justified by the conversion of the indigenous

1982, pp. 97-98 and 200, note 236, and *Vitoria on the Justice of the Conquest*, in *New Iberian World: A Documentary History of the Discovery and Settlement of Latin America to the Early 17th Century*, ed. by J.H. Parry and R.G. Keith, New York, Times Books, 1984, v. I, pp. 290-323, point 22. See also A. PROSPERI, 'Otras Indias': *missionari della controriforma tra contadini e selvaggi*, in *America e apocalisse e altri saggi*, ed. by A. Prosperi, Pisa-Roma, Istituti editoriali e poligrafici internazionali, 1999, pp. 65-87; J.D. SELWYN, *A Paradise Inhabited by Devils. The Jesuit's Civilizing Mission in Early Modern Naples*, Aldershot, Ashgate Publishing, 2004, pp. 17, 95-96, 127, and 131; D. DESLANDRES, *Mission et altérité. Les missionnaires français et la définition de l'autre au XVII^e siècle*, in « Proceedings of the French Colonial Historical Society », 18 (1992), pp. 1-13, pp. 1, 6 e 9-11. A well know expression of such visions is the comment, cited by L. NUZZO, *Il linguaggio giuridico della conquista. Strategie di controllo nelle Indie Spagnole*, Napoli, Jovene Editore, 2004, pp. 214-215, that « there is no Indies that have such a necessity of priests as the kingdom of Asturias ».

(11) M. LUPOI, *The Origins of the European Legal Order*, transl. A. Belton, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 51; L. ZEA, *Discurso desde la marginación y la barbarie*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988, p. 36.

(12) C.J. JAENEN, 'Les Sauvages Américains': *Persistence into the Eighteenth Century of Traditional French Concepts and Constructs for Comprehending Amerindians*, in « Ethnohistory », 29 (1983), pp. 43-56, p. 46.

peoples, the kings should not allow foreigners to enter these lands without ascertaining first that they were good Christians ⁽¹³⁾. Writing in Peru in the middle of the seventeenth century, the famous jurist (and author of the most popular manual of colonial law), Solórzano Pereira, agreed. He explained that, according to the law of nations all foreigners should be allowed to trade in the Americas. However, foreign merchants could be expelled if there was reason to believe that their presence would cause upheaval, reveal secrets, or entail « perversion or corruption in faith, religion, and good customs » ⁽¹⁴⁾. Solórzano therefore concluded that the kings could and must prohibit foreigners from dealing in « lands of infidels » whose conversion and conquest was under their responsibility. Even as late as 1809, Francisco Bruno de Rivarola still argued for a connection between infidelity and the restrictions placed on foreign Europeans in Spanish America ⁽¹⁵⁾. Explaining that royal decrees prohibiting the immigration and trade of aliens were meant to guarantee the purity of faith, he commended the kings for having taken measures to ensure the protection of the « religious Spanish society ». By the end of this process, many Spaniards identified Spanishness with orthodoxy as well as membership in a superior social and political order. They perceived heretics, even when born and raised in Spain, as foreigners and explained that true civility could only be found only among the very orthodox members of the Roman Church ⁽¹⁶⁾.

⁽¹³⁾ Columbus on November 27 1492, cited in D. RAMOS PÉREZ, *La aparente exclusión de los aragoneses de las Indias: Una medida de alta política de don Fernando el Católico*, in « Estudios del departamento de historia — Universidad de Zaragoza », 1976, pp. 7-40, p. 12. On the claim that this exclusion was ‘nationalist’ or even ‘xenophobic’ see, for example, C. PARRÓN SALAS, *El nacionalismo emergente y el comercio. La expulsión de extranjeros de América: Perú 1745-1778*, in *Actas del XI congreso internacional de AHILA: Liverpool 17-22 de septiembre de 1996*, ed. by J. Fisher, Liverpool, University of Liverpool, 1998, v. 1, pp. 200-218.

⁽¹⁴⁾ J. SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana* (1648), Madrid, Compañía Iberoamericana de Publicaciones, 1972, pp. 65-66.

⁽¹⁵⁾ F.B. RIVAROLA, *Religión y fidelidad argentina* (1809) (1809), ed. by J.M. Mariluz Urquijo, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1983, pp. 99-108.

⁽¹⁶⁾ J. DE ACOSTA, *De procuranda Indorum Salute* (1588), ed. by L. Pereña Vicente, Madrid, CSIC, 1987, v. I, p. 55; SELWYN, *A Paradise*, cit., pp. 95-96, 120, 127 and 131; F. CASTAÑEDA SALAMANCA, *El indio: entre el bárbaro y el cristiano. Ensayos sobre*

Processes identifying Spaniards and distinguishing them from others thus happened on both sides of the Ocean. Although the terms used were similar and in our current usage would indicate to national identities, the way they operated on each side of the Atlantic was vastly distinct. In Spain, Spanishness was initially located in a kingdom and designated membership in a political community; in the Americas, it became tied to religion and civility. Rather than restricting Spanishness to a national group, colonial debates questioned this category, producing results which could not be foreseen.

2. *The Colonial Contribution to Private Property.*

Historians have also affirmed that the colonial experience perhaps facilitated, perhaps accelerated, and generalized, the primacy of private property. The possibility of occupying new territories, they argued, allowed actors to obtain possession of the land, making the acquirer individual a social ideal. While, in Europe, the most frequent and most normal and accepted form of land tenure was the commons, and most individuals did not own the land, in overseas territories, with the absence of traditional rights (those existing were disregarded because indigenous), and of strong communal structures, and with the perception that land was plentiful and up for grabs, private property became the norm. Colonial advocates, such as John Locke, contributed to these developments by proposing theories that made private property natural and by concluding that governments were instituted to protect it.

These convictions, which placed private property at the center of the colonial enterprise had most historians focus on investigating property rights rather than on observing all other forms of land entitlements. The most striking example for how this ideological matrix affected the historical analysis is the story of *terra nullius*, that

filosofía de la conquista en Las Casas, Sepúlveda y Acosta, Bogotá, Universidad de los Andes, 2002, pp. 18-20 e 23; G.M. MORÁN, *Los grupos sociales de religión no cristiana en el ámbito del derecho canónico*, in *La violencia y los enfrentamientos de las culturas*, ed. by J.M. Pérez-Prendes, Madrid, Fundación Ricardo Delgado Vizcaíno, 2004, pp. 121-163, pp. 124-125 and 135-136.

is, the idea that European colonists took possession of lands by arguing that they were « empty », « unclaimed », « devoid of inhabitants », or « belonging to one »⁽¹⁷⁾. A trope in the literature on empire, to sustain these ideas, historians have pointed out that many colonists argued that the land was either never inhabited, or they suggested that it was insufficiently occupied because the activities of indigenous peoples generated no title. As a result, even if the indigenous used the land, they acquired no rights, and Europeans could legitimately occupy it⁽¹⁸⁾.

Nonetheless, when one observes what contemporary actors said and did, it becomes apparent that their perception of property was vastly different than the analysis historians have offered. Rather than imagining that the land was empty, contemporaries described overseas territories as persisting in their natural state⁽¹⁹⁾. This natural state was not void of rights. Instead, it denoted a situation in which all things were commonly held by all humans. What contemporary colonists sought to achieve, in other words, was not a move from emptiness to fullness, but a transition from a natural regime of communion (God, they argued, gave the land to all) to a civil regime of property. Yet, this civil regime of property did not necessarily entail private property. Instead, as was often the case in Europe, it

⁽¹⁷⁾ See, for example, C. GIBSON, *The Aztec Under Spanish Rule. A History of the Indians of the Valley of Mexico, 1519-1810*, Stanford, Stanford University Press, 1964, p. 282 who categorized the land in colonial Mexico as vacant, unowned, or unappropriated and therefore available for Spaniards who, in the process, would harm no one. In other words, for him the Mexican territory featured, as some have titled it, as a « positive emptiness »: R. PADRÓN, *The Spacious Word: Cartography, Literature, and Empire in Early Modern Spain*, Chicago, The University of Chicago Press, 2004, pp. 35 and 38.

⁽¹⁸⁾ For a summary of some of these debates see A. FITZMAURICE, *The Genealogy of 'Terra Nullius'*, in « Australian Historical Studies », 28 (2007), 129, pp. 1-15; L. BENTON, B. STRAUMANN, *Acquiring Empire by Law: From Roman Doctrine to Early Modern European Practice*, in « Law and History Review », 28 (2010), 1, pp. 1-38, pp. 2 and 11-12.

⁽¹⁹⁾ On these questions also see T. HERZOG, *How did The Commons Become Terra Nullius? Contextualizing Colonial Debates and Asking about Their Consequences*, in « Quaderni storici », 56 (2021), 3, pp. 607-624. See also T. HERZOG, *Territory and Jurisdiction in Renaissance Europe*, in *Cambridge History of International Law*, ed. by R. Lesaffer, Cambridge, Cambridge University Press, vol. 6 (forthcoming).

upheld the pervasive persistence of commons, that is, of lands that individuals could use because they were members of the community.

The move to take possession of the land reproduced processes that had already transpired in Europe. It was justified by European juridical debates that upheld that, originally, all things were held in common by the entire humanity but that, in a certain moment (which none of the authors identified), they were divided among humans through processes of appropriation. After partition had transpired, some things remained common to all because either they had not been divided as a matter of fact or, because by their nature or policy decision, they could not be divided, while others were appropriated and became privative (but not necessarily private). The question contemporary asked, therefore, was whether overseas this division had already transpired (as it did in Europe), or overseas territories were still in a pre-division state. It was in this sense, and only in this sense, that overseas territories could be considered vacant or unappropriated. In other words, these territories were not no man's land as historians have often pointed out. They were everyone's land. They were vacant not because they had no owner, but because they had too many.

Here too, the misreading of early modern colonial debates was most probably tied to readers' bias. As Paolo Grossi has forcefully argued in a pathbreaking volume, the invention of private property was a phenomenon that transpired mostly in the eighteenth and the nineteenth centuries (20). Before that period, land was not considered a commodity that people owned, and most lands were saturated with rights that overlapped (21). Large tracks of European land were

(20) P. GROSSI, *An alternative to private property. Collective Property in the Juridical Consciousness of the 19th Century*, transl. L.G. Cochrane, Chicago, The University of Chicago Press, 1981. On how this transpired in England, see L. BRACE, *Husbanding the Earth and Hedging out the Poor*, in *Land and Freedom. Law, Property Rights, and the British Diaspora*, ed. by A.R. Buch, J. McLaren, and N.E. Wright, Aldershot, Ashgate, 2001, pp. 5-17, pp. 16-17 and L. BRACE, *The Idea of Property in Seventeenth-Century England. Tithes and the Individual*, Manchester, Manchester University Press, 1998.

(21) There is endless literature on these subjects. I found the following most useful: P. GROSSI, *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 91; E.P. THOMPSON, *Customs in Common*, London, Penguin, 1993; J.M. NEESON, *Commoners:*

classified as open country, the main concern being how to conserve and manage them, not who owned them ⁽²²⁾. During the eighteenth and nineteenth centuries, however, across Europe, many began arguing that common lands were an aberration, a relic from a past that must be eliminated because private property was more natural, more rational, and more efficient. These actors not only expressed their opinion favoring private property and imagining — as Locke did — that governments were instituted to defend it, but they also argued that the new understanding they now adopted was not an innovation. Private property, they argued, already existed in Classical Roman law, where the single absolute owners who pursued their ‘greatest happiness’ were already present.

While colonialism might have not invented, enhanced, or enshrined, private property, as happened with the category of Spaniard, colonial debates were nevertheless important ⁽²³⁾. These debates contributed to the refining of theories concerning the state of nature (which was now identified as existing overseas, but not in Europe) and to the promotion of agriculture as both a civilizing enterprise and the only method to truly take possession of the land

Common Right, Enclosure and Social Change, England, 1700-1829, Cambridge, Cambridge University Press, 1993; M. PESET, P. HERNANDO, *Comunales y propios en Valencia*, in *Historia de la propiedad en España: Bienes comunales, pasado y presente*, ed. by S. de Dios, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, 2002, pp. 179-209; J.R. MORENO FERNÁNDEZ, *La lógica del comunal en Castilla en la edad moderna: Avances y retrocesos de la propiedad común*, *ibid.*, pp. 139-177; M. DE MOOR, L. SHAW-TAYLOR, P. WARDE, *Comparing the Historical Commons of North West Europe. An Introduction*, in *The Management of Common Land in North West Europe, c.1500-1850*, ed. by M. De Moor, L. Shaw-Taylor and P. Warde, Turnhout, Brepols, 2002, pp. 15-31; O. REY CASTELAO, *La propiedad colectiva en la España Moderna*, in «Historia moderna», 16 (1997), pp. 5-16.

⁽²²⁾ A. INGOLD, *Commons and Environmental Regulation in History: The Water Commons Beyond Property and Sovereignty*, in «Theoretical Inquiries in Law», 19 (2018), pp. 425-456, p. 429. On the struggle to prohibit appropriation see, for example, F. SÁNCHEZ SALAZAR, *Pastos comunes o cercados en el reino de Granada. Una cuestión a debate a finales del antiguo régimen*, in «Hispania», 62 (2002), 212, pp. 957-992; F. SÁNCHEZ SALAZAR, *La presión sobre los espacios incultos y el crecimiento agrario en tierras de Jaén en el siglo XVIII*, in «Boletín del Instituto de Estudios Giennenses», 174 (2000), pp. 211-242, pp. 215-224.

⁽²³⁾ A. FITZMAURICE, *Sovereignty, Property and Empire, 1500-2000*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

(in the process transforming all other activities, for example, gathering, which in Europe would allot possession, as irrelevant). By 1625, Grotius could thus argue that the move from common property to appropriation did not happen with the formation of civil society as was the consensus before, but with the transfer from grazing to cultivation ⁽²⁴⁾. By 1689, Locke could similarly assert that, unless one occupied the land by mixing the soil with labor, one acquired nothing ⁽²⁵⁾.

3. *The Colonial Contribution to the Emergence of Modern States.*

Another argument tying colonialism to ‘modernity’ was its contribution to the emergence of modern states and the primacy of state legislation. Here, the most emblematic example that most historians cite is the Spanish colonial state. According to many, because of the lack of strong municipal traditions, organized nobility, and parliamentary sessions (*cortes*), in the colonies the Spanish state was stronger, freer, and (truly) directed by the king, who acted as a legislator. Royal legislation, these historians concluded, was the driving force behind *Derecho Indiano*, the Spanish colonial law, which was presented as a systematic and unitary body of law, sanctioned by the monarchs, and developed specifically for overseas territories ⁽²⁶⁾. Not only was legislation the main source of colonial law, but its primacy also ensured the emergence of an avant-la-lettre ‘national’ law, which was particular to Spain and its empire.

Yet, here too, recent scholarship has asked how we reached these conclusions. It interrogated whether existing characterizations of *derecho indiano* reflect early modern realities, or were the product of historiographical and political ambitions that wished to identify a

⁽²⁴⁾ H. GROTIUS, *On the Law of War and Peace* (1625), transl. A.C. Campbell, London, 1814, liv. 2, cap. 4, puntos 1 e 2.

⁽²⁵⁾ Famous in this regard was John Locke’s *Two Treatises of Government* (1689).

⁽²⁶⁾ As recently as 2004, some authors still equated colonial law with royal orders: M.C. MIROW, *Latin American Law: a History of Private Law and Institutions in Spanish America*, Austin, University of Texas Press, 2004, pp. 45-46.

particular (and superior) Spanish mode of colonialism (27). This portrait of colonial law and the Spanish colonial state, they asserted, was invented in the nineteenth and early twentieth centuries and, besides pursuing a particular political agenda, it was also anachronistic because it equated law with legislation and mistakenly concluded that early modern kings could create new rules that their subjects were obliged to follow (28).

Questioning these conclusions, many historians now argue that, rather than national or specifically designed for overseas territories, Spanish colonial law was an American version of the European common law (*ius commune*) or, as contemporaries sometimes classified it, it was a 'municipal' law in a universe that admitted both a pan-European framework as well as local variations (29). Part of an « old regime in the tropics », this law was not made by kings, nor was it followed by officials, who formed a bureaucratic body, indeed

(27) On how *derecho indiano* was born and the type of political work it was supposed to do see L. NUZZO, *Between America and Europe: The Strange Case of the derecho indiano*, in *New Horizons in Colonial Spanish Law: Contributions to Transnational Early Modern Legal History*, ed. by T. Duve and H. Pihlajamäki, Frankfurt, Max Planck Institute For European Legal History, 2015, pp. 161-91; A.M. HESPANHA, *O 'direito de índias' no contexto da historiografia das colonizações ibéricas*, in *Actas del XIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, ed. by T. Duve, Madrid, Dykinson, 2017, v. 1, pp. 43-83; C. PETIT, *How Was and Is Latin American Legal History Written?*, in *The Cambridge History of Latin American Law in Global Perspective*, ed. by T. Duve and T. Herzog, Cambridge, Cambridge University Press (forthcoming).

(28) From this perspective, to argue as L. BENTON, *Possessing Empire. Iberian Claims and International Law*, in *Native Claims: Indigenous Law Against Empire, 1500-1920*, ed. by S. Belmessous, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 19-40, pp. 19 and 21-22 that actors did not always adhere to the letter of the law or used law as a resource rather than as a script is to fall into both anachronism and a misunderstanding of how law generally operates.

(29) R. ALTAMIRA, *Autonomía y descentralización legislativa en el régimen colonial español: Siglos XVI a XVIII*, in « Boletim da Faculdade de Direito », 20 (1944), pp. 1-71, p. 26 and V. TAU ANZOÁTEGUI, *El Poder de la Costumbre: estudios sobre el derecho consuetudinario en América hispana hasta la emancipación*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001, pp. 51-54 refer to this law as 'municipal'. C. PETIT, *El caso del derecho indiano*, in « Quaderni fiorentini », 22 (1993), pp. 665-677, p. 665 refers to it as a version of *ius commune*.

a modern state ⁽³⁰⁾. Instead, it included debates and guidelines, and was inspired by Roman, canon and feudal law, theology, the Scripture, customs, royal and local enactments, and common sense solutions ⁽³¹⁾. It upheld not the existence of a centralized state, led by a monarch, but the presence of multiple republics, each with its own authorities endowed with jurisdiction, that is, with the power to announce and implement the law (*iuris-dictio*) ⁽³²⁾. Kings were mostly charged with solving conflicts among the various units and their activities were still comprehended as jurisprudential rather than legislative ⁽³³⁾. As a result, these historians concluded that looking to the royal law to understand colonial law is both anachronistic and deeply erroneous, as is separating colonial from metropolitan law ⁽³⁴⁾. To imagine a *derecho indiano* that was particularly Spanish, or to distinguish royal decision-making from the juridical

⁽³⁰⁾ A.M. HESPANHA, *Antigo Regime nos trópicos? Um debate sobre o modelo político do império colonial português*, in *Trama das redes: Política e negócios no império português, séculos XVI-XVIII*, ed. by J. Fragoso and M.F. Gouvêa, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2010, pp. 43-94.

⁽³¹⁾ A. PÉREZ MARTÍN, *Derecho común, derecho castellano, derecho indiano*, in « Rivista internazionale di diritto comune », 5 (1994), pp. 43-90; J. BARRIENTOS GRANDÓN, *Historia del derecho indiano: Del descubrimiento colombino a la codificación. Ius commune — ius proprium en las Indias occidentales*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 2000; V. TAU ANZOÁTEGUI, *La doctrina de los autores como fuente del derecho castellano-indiano*, in « Revista de Historia del Derecho », 17 (1989), pp. 351-408; V. TAU ANZOÁTEGUI, *El derecho indiano en su relación con los derechos castellano y común*, in *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales: atti dell'incontro di studio Firenze-Lucca 25, 26, 27 maggio 1989*, ed. by B. Clavero, P. Grossi and F. Tomás y Valiente, Milano, Giuffrè, 1990, v. 2, pp. 573-59; T. HERZOG, *Colonial Law: Early Modern Normativity in Spanish America*, in *A Companion to Early Modern Iberian Imperial Political and Social Thought*, ed. by J. Tellkamp, Leiden, Brill, 2020, pp. 105-127; T. HERZOG, *Civil Law for a Religious Society*, in *The Cambridge History*, cit.

⁽³²⁾ P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella giuspubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, Giuffrè Editore, 1969.

⁽³³⁾ M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in *Lo Stato moderno in Europa: Istituzioni e diritto*, ed. by M. Fioravanti, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 4-36; C. GARRIGA, *Orden jurídico y poder político en el antiguo régimen* in « ISTOR: Revista de Historia Internacional », 4 (2004), 16, pp. 1-21.

⁽³⁴⁾ As early as the 1940s, ALTAMIRA, *Autonomía*, cit., p. 26 warned against equating colonial law with royal legislation. Also criticizing such moves is L. NUZZO, *Dall'Italia alle Indie: Un viaggio del diritto comune*, in « Rechtsgeschichte », 12 (2008), pp. 108-112.

principles it sought to concretize and implement, is to give life to a strawman ⁽³⁵⁾.

4. *Slavery and Racism: An Imperial Legacy?*

Until recently, slavery was mostly presented as a colonial affair. According to this portrait, enslaved persons were sent from Africa (mostly) to the Americas to sustain imperial growth ⁽³⁶⁾. Their presence led to the development (according to some) intensification (according to others) of racial stereotypes, which in turn produced the intense discrimination of those who descended from enslaved Africans ⁽³⁷⁾. Meanwhile, Europe operated as a space of freedom and enslaved persons who arrived there were automatically emancipated. Indeed, if slavery existed in Europe, it was mostly an ancient and medieval affair, and it mostly affected individuals not originating from Africa, as the trade in African persons began

⁽³⁵⁾ Though debates about the Spanish colonial state are particularly passionate, historians of the Portuguese empire reached similar conclusions: A.M. HESPANHA, *Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro*, in «Quaderni fiorentini», 35 (2006), pp. 59-60; N. CAMARINHAS, *Administração da justiça em espaços coloniais: A experiência imperial portuguesa e os seus juízes, na época moderna*, in «Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas», 52 (2015), pp. 109-124, pp. 112 and 120-124; G.C. MACHADO CABRAL, *Senhores e ouvidores de capitânias hereditárias: uma contribuição ao estudo das fontes do direito colonial brasileiro a partir da literatura jurídica (séculos XVI a XVIII)*, in *História do direito: olhares diacrônicos*, ed. by G. Silveira Siqueira and R.M. Fonseca, Belo Horizonte, Arraes Editores, 2015, pp. 112-5; G.C. MACHADO CABRAL, *Pegas e Pernambuco: notas sobre o direito comum e o espaço colonial*, in «Revista Direito & Práxis», 9 (2018), 2, pp. 697-720.

⁽³⁶⁾ P.D. CURTIN, *Slavery and Empire*, in *Comparative Perspectives on Slavery in the New World Plantation Societies*, ed. by V. D. Rubin and A. Tuden, New York, New York Academy of Sciences, 1977, pp. 9-10; R. BLACKBURN, *The Making of New World Slavery from the Baroque to the Modern, 1492-1800*, London and New York, Verso, 1997.

⁽³⁷⁾ G. GLIOZZI, *Adamo e il nuovo mondo. La nascita dell'antropologia come ideologia coloniale: dalle genealogie bibliche alle teorie razziali (1500-1700)*, Firenze, La Nuova Italia Editrice, 1977; C.W. MILLS, *The Racial Contract*, Ithaca, Cornell University Press, 1999, pp. 3-11; J.H. SWEET, *The Iberian Roots of American Racist Thought*, in «The William and Mary Quarterly», 54 (1997), pp. 143-166, pp. 145, 159 and 162; J.C. BRANCHE, *Colonialism and Race in Luso-Hispanic Literature*, Columbia, University of Missouri Press, 2006, pp. 12-17.

alongside overseas expansion and was mostly geared towards overseas markets.

The tying of early modern slavery to colonialism and its supposed exclusion from Europe, presented as a free-soil territory, has guided much of the scholarship until the last few decades. However, like *Derecho Indiano*, it included a willful interpretation⁽³⁸⁾. Historians of Europe have now demonstrated not only that Europeans benefitted from the slave trade and slavery in the colonies, but that African enslaved persons were massively present also in Europe. Historians of Iberia were particularly precautionous in reaching these conclusions, though currently, historians of France and the Netherland, and to a lesser degree England, affirm the same. These historians conclude that in mid sixteenth-century Seville, for example, 7.4% of the inhabitants were enslaved and most were of African origin⁽³⁹⁾. So important was their presence that the city council described the streets as if they were a chess board, its inhabitants alternating between white and black⁽⁴⁰⁾. Between 1682 and 1729 the presence of enslaved persons of African descent in Cádiz might have reached 15% of the local population⁽⁴¹⁾. During this period, Lisbon and Seville were major ports for the entry of enslaved persons to Iberian territories, where secondary markets

⁽³⁸⁾ T. HERZOG, *How Did Early Modern Slaves in Spain Disappear? The Antecedents*, in « Republics of Letters: a Journal for the Study of Knowledge, Politics and the Arts », 3 (2012), 1, available online at <https://arcade.stanford.edu/rofl/how-did-early-modern-slaves-spain-disappear-antecedents>.

⁽³⁹⁾ A. STELLA, *Histoire d'esclaves dans la péninsule ibérique*, Paris, Editions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, 2000, pp. 51-2, 57 and 76; F. ORSONI-AVILA, *Les esclaves de Lucena (1539-1700)*, Paris, Publications de la Sorbonne — Presses de la Sorbonne Nouvelle, 1997, pp. 51-54; A. MARTÍN CASARES, *Cristianos, musulmanes y animistas en Granada: identidades religiosas y sincretismo cultural*, in *Negros, Mulatos, Zambaigos. Derroteros africanos en los mundos ibéricos*, ed. by B. Ares Queija and A. Stella, Sevilla, Escuela de Estudios Hispanoamericanos, 2000, pp. 207-221, p. 208.

⁽⁴⁰⁾ The original version reads: « se parecían a los trebejos del ajedrez tanto prietos como blancos, por los muchos esclavos que hay en la ciudad »: A. COLLANTES DE TERÁN SÁNCHEZ, *Contribución al estudio de los esclavos en la Sevilla medieval*, in *Homenaje al profesor Carriazo*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1972, v. II, pp. 111-121, p. 121, citing the municipal council meeting of September 18 1461.

⁽⁴¹⁾ P. PARRILLA ORTÍZ, *La esclavitud en Cádiz durante el siglo XVIII*, Cádiz, Diputación de Cádiz, 2001, pp. 18 and 154.

also existed (42). We also know that things did not radically change in the seventeenth and most of the eighteenth century (43).

While some historians of other European territories have recently reached somewhat similar conclusions, recognizing that slavery also existed in Europe, others concluded that free soil was the exception rather than the rule (44). Scholars have also asked whether the automatic link that has been established between slavery and racism was accurate. Spanish American discussants who wished to discriminate against individuals of African descent, for example, mostly stressed their foreignness (45). Although this depiction might have concealed racial profiling, the language of belonging did affect these debates. It allowed, for example, individuals of African descent living in Spanish America who wanted to remove the impediments to their integration to claim for rights by virtue of naturalization. Rather than 'purchasing whiteness' as historians have often asserted, these individuals requested to end their discrimination by asking to be reclassified as Spaniards (46). They explained

(42) J.L. CORTÉS LÓPEZ, *Carlos I y el comercio de esclavos*, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001; F. CORTÉS CORTÉS, *Esclavos en la Extremadura meridional, siglo XVII*, Badajoz, Exma. Diputación de Badajoz, 1988; STELLA, *Histoire d'esclaves*, cit., p. 74; ORSONI-AVILA, *Les esclaves*, cit., pp. 36-39.

(43) A. DOMÍNGUEZ ORTIZ, *La esclavitud en Castilla en la Edad Moderna y otros estudios de marginados*, Granada, Comares, 2003, pp. 29, 31-39; V. GRAULLERA SANZ, *La esclavitud en Valencia en los siglos XVI y XVII*, Valencia, Instituto Valenciano de Estudios Históricos, 1978, pp. 179-183; A. MARTÍN CASARES, *La esclavitud en la Granada del siglo XVI. Género, raza y religión*, Granada, Universidad de Granada, 2000, pp. 464-469; R. PIKE, *Sevillian Society in the Sixteenth century: Slaves and Freedmen*, in «Hispanic American Historical Review», 47 (1967), 3, pp. 344-359, p. 359; A. MARTÍN CASARES, *Freed and Freed Black Africans in Granada in the Time of the Spanish Renaissance*, in *Black Africans in Renaissance Europe*, ed. by T.F. Earle and K.J.P. Lowe, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 247-260.

(44) See, for example, S. PEABODY, *'There Are No Slaves in France: The Political Culture of Race and Slavery in the Ancien Régime*, New York, Oxford University Press, 1996.

(45) HERZOG, *The Colonial Expansion*, cit.; T. HERZOG, *Beyond Race: Exclusion in Early Modern Spain and Spanish America*, in *Race and Blood in the Iberian World*, ed. by M.S. Herring Torres, M.E. Martínez and D. Nirenberg, Berlin and Vienna, LIT Verlag, 2012, pp. 151-167.

(46) A. TWINAM, *Purchasing Whiteness. Pardos, Mulattos and the Quest for Social Mobility in the Spanish Indies*, Stanford, Stanford University Press, 2015, pp. 185, 186, 187 and 190.

that their ancestors might have been foreigners, but that they should no longer be considered thus ⁽⁴⁷⁾. Those who opposed these concessions used the same language, arguing that individuals of African descent were permanent foreigners or only recently integrated members, who could not be trusted. Equating Spanishness with whiteness, an African origin with foreignness, these opponents asked: Was it sensible to pretend that the ‘new whites’ were more loyal to Spain than the ‘old whites’? Would those of African descent ever wish the wellbeing of Spain as those who originated in that country? If such was not the case, why should they « qualify, among other things, to offices in the republic that are reserved to whites »? ⁽⁴⁸⁾ In that setting, whiteness was an ‘achievable status’ and individuals of African descent who were admitted to the privileges of Spaniards could thereafter think of themselves as both Spaniards and « whites of the land » (*blancos de la tierra*) ⁽⁴⁹⁾.

The linking of discrimination to slavery is also complexified by new findings regarding what transpired after enslaved persons were emancipated. In an incredibly important volume, Alejandro de la Fuente and Ariela J. Gross recently argued that although the stereotyping and discrimination of individuals of African descent did take place while most of them were enslaved, the move to racial discrimination did not happen until most individuals of African descent obtained their freedom ⁽⁵⁰⁾. Indeed, previous to this development, regulations discriminating individuals by the color of their

⁽⁴⁷⁾ S.R. CORTÉS, *El Régimen de ‘las gracias al sacar’ en Venezuela durante el periodo hispánico*, Caracas, Academia Nacional de la Historia, 1978, v. 2, pp. 40-41, 45-6, 50, 120 and 122.

⁽⁴⁸⁾ The city of Caracas on 14 April 1798, in CORTÉS, *El Régimen*, cit., v. 2, pp. 86-89, p. 87. This document was translated into English by J. Lynch (ed.), *Latin American Revolutions 1808-1826. Old and New World Origins*, Norman, University of Oklahoma Press, 1994, pp. 181-187.

⁽⁴⁹⁾ G.E.B. CANDELARIO, *Black behind the Ears: Dominican Racial Identity from Museums to Beauty Shops*, Durham, Duke University Press, 2007, p. 5; F. MOYA PONS, *Dominican National Identity: A Historical Perspective*, in « Punto 7 Review », 3 (1996), 10, pp. 14-26, pp. 14-16.

⁽⁵⁰⁾ A. DE LA FUENTE, A.J. GROSS, *Becoming Free, Becoming Black. Race, Freedom, and Law in Cuba, Virginia and Louisiana*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020. See also A.J. GROSS, *What Blood Won't Tell: A History of Race on Trial in America*, Cambridge, Harvard University Press, 2008.

skin existed, but were fairly rare, with individuals of African descent being able to obtain citizenship, participate in elections, hold public office, and so forth ⁽⁵¹⁾. It was only after freed Africans became numerous and began competing for resources that their discrimination, now based on their racial classification as blacks, took roots, most particularly in North America.

5. *In Guise of a Conclusion.*

In the last few decades, historians have thus questioned many of the affirmations made by previous generations that linked colonialism to some of the features many identify with ‘modernity’. They suggested that the link between colonialism and nation making, the sanctification of private property, the emergence of modern states and legislation, and slavery and racism, were much more complex than what meets the eye. On many instances, by asking new questions, researchers uncovered new information. On others, the old information was reconsidered, and interrogated anew. Nonetheless, whatever the case might have been, the new historiography has enabled us to reconsider the « darker side of the Renaissance » as one scholar of Spanish colonialism had once described it ⁽⁵²⁾. It also allowed us to question the connections between these changes and empire and contest the conclusion that Europe itself was devoid of such ills. While criticism of empire is important and timely, and while we rightfully wish to distance ourselves from the horrors that it has unleashed and the dreadful legacies that it has left, locating the emergence of ‘modernity’ in empire is perhaps an answer too easy and too quick, one that allows us to avoid responding to much harder questions.

⁽⁵¹⁾ J.H. RUSSEL, *The Free Negro in Virginia, 1619-1865*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1913; L.F. LITWACH, *North of Slavery. The Negro in the Free States, 1790-1860*, Chicago, University of Chicago Press, 1961; W.D. JORDAN, *American Chiaroscuro: The Status and Definition of Mulattos in the British Colonies*, in « William and Mary Quarterly », 19 (1962), pp. 183-200; I. BERLIN, *Slaves without Masters. The Free Negro in the Antebellum South*, New York, Pantheon Books, 1974; L. DUBOIS, *Slavery and the French Caribbean, 1635-1804*, in *The Cambridge World History of Slavery*, ed. by D. Eltis and S.L. Engerman, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, v. 3, pp. 431-449, pp. 440-441.

⁽⁵²⁾ W.D. MIGNOLO, *The Darker Side of the Renaissance. Literacy, Territoriality, and Colonization*, Ann Arbor, Michigan University Press, 1995.

CLARA ÁLVAREZ

REPENSAR LA MODERNIDAD DESDE LA POSMODERNIDAD.
PAOLO GROSSI ENTRE LA PREMODERNIDAD
Y LA TRANSMODERNIDAD

1. Consideraciones previas. — 2. La modernidad jurídica de Paolo Grossi. — 3. La importancia de la periodificación. — 4. Posmodernidad, algo más que una cuestión de cronología. — 5. Los contenidos y los fundamentos jurídicos de la modernidad (eurocentrismo, individualismo, estatalismo, abstracción). — 6. Y de la posmodernidad (« experiencia jurídica », hermenéutica, corporativismo-comunitarismo-colectivismo-cooperativismo). — 7. Transmodernidad y el relato de la globalización como solución transitoria ¿inevitable?

1. *Consideraciones previas.*

La sociedad como la fuente por excelencia de la normativa jurídica justa es, probablemente, la idea que mejor expresa la concepción del derecho de Paolo Grossi, de la misma manera que el concepto de « experiencia jurídica » es uno de los principales puntos epistémicos sobre los que construye su obra. Son, ambos, aspectos preexistentes que adaptó al presente en un proceso creativo particular cuya más completa comprensión se consigue desde postulados semióticos y que, en su caso, encuentran un privilegiado acomodo en su toma de postura ante los movimientos de carácter intelectual que trastornaron el pensamiento occidental desde la segunda mitad del siglo XX, como fueron el discurso de la modernidad y el de la posmodernidad y sus derivados.

Para el análisis de este tema ⁽¹⁾, me he centrado, sobre todo

⁽¹⁾ Aunque el tema de esta colaboración, sugerido por el querido director Giovanni Cazzetta, es un motivo recurrente en la producción de Paolo Grossi desde los años noventa y aún con anterioridad, para la elaboración de la misma se han tomado *principalmente* como referencia tres aportaciones: *Mitologie giuridiche della modernità*,

aunque no solo, en dos puntos de referencia: la postura de la historiografía en general y el ejercicio de la crítica a la modernidad y los planteamientos posmodernos que, fundamentalmente en el campo de lo jurídico, se ha llevado a cabo en una área académica bien conocida y especialmente receptiva a la producción grossiana, la latino o iberoamericana (2).

2. *La modernidad jurídica de Paolo Grossi.*

El punto de partida es, obviamente, la específica concepción de la modernidad y la posmodernidad, su irrenunciable e inescindible complemento, en su obra. Sin embargo, no existe en ella una definición concreta acerca de lo que ambas son. En este sentido, Grossi, aunque asume las aportaciones al respecto de la filosofía y las ciencias sociales, por lo demás perfectamente acordes con su propia idea de las disciplinas histórico-jurídicas y su defensa del diálogo inter y multidisciplinar (3), se sitúa completamente al margen de las profundas confrontaciones que, en el plano de las ciencias sociales y humanas, se llevó cabo acerca de la propia inteligencia de ambos conceptos en las que estuvieron involucrados pensadores de primerísima fila defendiendo posiciones encontradas.

En tiempos relativamente recientes, desde Habermas hasta Derrida, Baudrillard, Toulmin, Rorty o Taylor, entre otros filósofos,

Milano, Giuffrè, 2001, trad. esp. de Manuel Martínez Neira, *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid, Trotta, 2003; *Prima lezione di diritto*, Roma, Laterza, 2007, trad. esp. *La primera lección de derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2006; *El novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, Madrid, Marcial Pons, 2011. La razón es únicamente que en ellas se exponen de una forma sintética, clara y muy didáctica los fundamentos de su crítica al derecho moderno que serían ampliados en un número considerable de escritos posteriores.

(2) Y hacia la que él mismo manifestó reiteradamente su apoyo y simpatía. Entre otras, Paolo GROSSI, *Un saluto alla giovane storiografia giuridica brasiliana*, en «Quaderni fiorentini» (QF), 35 (2006), pp. 1037-1042.

(3) En el primer número presentaba los QF «no como una revista de historia del derecho sino como un banco de encuentro y de trabajo común donde se sienten juntos manteniendo un estrecho contacto historiadores y filósofos del derecho, privatistas y publicistas». *Pagina introduttiva*, en QF, 1 (1972), p. 3.

politólogos y sociólogos ⁽⁴⁾, se vieron implicados en un debate que afectó de manera muy decidida a las disciplinas históricas ⁽⁵⁾ y todavía permanece vigorosamente vivo en el ámbito iberoamericano con aportaciones dignas de consideración, de manera particular en el terreno de lo jurídico. Esta ausencia de definición, por lo demás en consonancia con el enunciado, tan familiar, de D. 50. 17. 202 y la propia jurisprudencia doctrinal de su admirado *ius commune*, obliga a reconstruir su significado a partir de las coordenadas cronológicas y de contenido que, aunque suponen un continuum en su producción ⁽⁶⁾, aporta, sobre todo, en *El novecientos, Mitologías y La primera lección*.

Desde esta perspectiva, el horizonte temporal de la modernidad es perfectamente diáfano. Nace con la Ilustración y, en el ámbito jurídico, se materializa, o mejor, se *realiza* con las revoluciones burguesas, en particular la francesa y se cierra con la crítica al sistema jurídico, — en el terreno constitucional pero también de manera muy significativa, en el del derecho privado, particularmente el civil-, a finales del XIX. Y, desde luego, son perfectamente discernibles sus principales características o rasgos identificativos.

⁽⁴⁾ También a modo de ejemplo por su directa conexión con este trabajo, J. BAUDRILLARD, *La ilusión vital*, Madrid, Siglo XXI, 2010²; Z. BAUMAN, *Legisladores e intérpretes: sobre la modernidad, la posmodernidad y los intelectuales*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Quilmes, 1997; del mismo, *Ética posmoderna*, Madrid, Siglo XXI, 2005; C. TAYLOR, *Sources of the Self. The Making of Modern Identity*, Cambridge University Press, 1989; F. DALLMAYR, *The Discourse of Modernity: Hegel, Nietzsche, Heidegger and Habermas*, en M. PASSERIN D'ENTRÈVES, S. BENHABIB, *Habermas and the Unfinished Project of Modernity*, Cambridge U.P., 1996; G. AMENGUAL, *Modernidad y crisis del sujeto*, Madrid, Caparrós, 1998; D. BELL, *The Cultural Contradictions of Capitalism*, New York, Basic Books, 1976.

⁽⁵⁾ Una rigurosa síntesis al respecto en Julián CASANOVA, *Los límites de la objetividad y el desafío posmodernista*, en *Razones de historiador. Magisterio y presencia de Juan José Carreras*, Carlos Forcadell Álvarez (coord.), Zaragoza, Institución Fernando el Católico, 2009, pp. 321-334.

⁽⁶⁾ Desde *Un diritto senza Stato: la nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale* en QF, 25 (1996), pp. 267-284 (trad. esp. *Un derecho sin Estado: La noción de autonomía como fundamento de la Constitución jurídica medieval*, en « Anuario mexicano de Historia del Derecho », 1997, 9, pp. 167-178) y *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, en QF, 29 (2000), pp. 217-240 hasta, p.e., *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 2021.

En primer lugar, el antropocentrismo como sustituto del *reicentrismo* de raigambre medieval, como consecuencia, el individualismo y el abandono de la facticidad intrínseca al derecho. En segundo, la aparición de un sujeto político totalizante y totalizador: el Estado, que se preocupa de calificar como burgués. En tercero, el despojo de la sociedad de un bien que le pertenece: la *autonormatividad*, y en consecuencia, el reconocimiento de una única clase de norma jurídica, esto es, la ley. Finalmente, como corolario, la dualidad estado-sociedad, separados por una profunda brecha provocada por el no reconocimiento por parte de la última de un derecho creación exclusiva de quienes ostentan — o detentan — el poder político tras la eliminación de las otras fuentes, singularmente el derecho consuetudinario y el jurisprudencial.

Grossi denuncia tales caracteres de forma particularmente intensa en la última parte de su producción donde critica con extremada dureza tanto el contrato social, fundamento del constitucionalismo moderno, como la idea de la soberanía nacional. Son, escribe, *creaciones*, ciertamente oportunas en su opinión, para desmontar un modelo milenario y, a su juicio, mucho más eficaz e incluso eficiente en el sentido offendiano de ambos términos. Se muestra ahí cómo, por así decir, « azote » del derecho continental, el *Civil Law* o derecho codificado que contrapone al *Common Law* anglosajón, cuyos componentes históricos y jurisprudenciales, así como, en sus propias palabras, su « naturaleza empírica », elogia en reiteradas ocasiones.

Llegados a este extremo, es pertinente hacer algunas observaciones a este respecto. La primera es que Grossi, con esta elección, se sitúa en el grupo de los críticos, esto es, de quienes descubren la modernidad como algo profundamente negativo, como un espacio-tiempo cuasi totalitario y por consiguiente restrictivo, en todos los planos del conocimiento o del saber. En consecuencia, se opone a quienes, como Habermas (7) sin ir más lejos, la contemplan como un

(7) Jürgen HABERMAS, *Ensayos políticos*, Barcelona, Península, 1988; ID., *Teoría de la acción comunicativa*, 2 vols I. *Racionalidad de la acción y racionalización social*, II. *Crítica de la razón funcionalista*, Madrid, Taurus, 2001; ID., *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid, Katz Editores, 2008. Sobre su posición y concepto de modernidad vid, entre otros, PASSERIN D'ENTRÈVES, BENHABIB, *Habermas and the Unfinished Project of*

escenario sensiblemente diferente con resultados de incuestionable relevancia, en particular en el campo de los derechos.

Esta discrepancia se percibe nítidamente en la posición de ambos ante el proyecto ilustrado. Para Grossi fue el que dio lugar a, y he aquí un término afortunado de su exclusiva creación, un *absolutismo jurídico*, que rompió la antigua unidad europea. De hecho, la pulverizó con la emergencia de múltiples formaciones políticas, fruto del exacerbado estatalismo en el que se disolvió la esencia « universalista » del derecho de creación genuinamente social y jurisprudencial.

Para Habermas, sin embargo, tal proyecto, con su definitiva plasmación en el siglo XVIII, se presenta como la fusión de, por un lado, la aplicación de los métodos objetivos científicos en todos los planos. Incluido el jurídico, al que dota de una universalización que ciertamente gira en torno al reconocimiento de derechos y la renovada concepción de norma jurídica. Por el otro, de la organización racional de las relaciones sociales, hecho éste que dio origen a las diferentes especialidades y a la introducción de una jerarquía de valores entre ellas. Una graduación, expone Habermas siguiendo a Max Weber y sus tres niveles de racionalidad (8), que comenzó con la diferenciación y autonomía de la ciencia, la moral y el arte como notas características del racionalismo ilustrado.

De esta manera, la praxis se impone a la especulación. Y la aceptable en el marco de la ilustración va vinculada a un determinado y característico proyecto político y jurídico de naturaleza absolutista, pero perfectamente acomodado a la relativización de la moral que defendían por ese tiempo tanto Hume como Kant (9), creando así las condiciones perfectas para el nacimiento de la

Modernity, cit.; A. HONNETH, H. JOAS, *Communicative Action. Essays on Jürgen Habermas' Theory of Communicative Action*, Cambridge, MIT Press, 1991, en especial la contribución de C. TAYLOR, *Language and Society*.

(8) HABERMAS, *El discurso*, cit., p. 13.

(9) Immanuel KANT, *Crítica de la razón pura*, texto de las dos ediciones precedida de "La vida de Kant" y de "La historia de los orígenes de la filosofía crítica" de Kuno Fischer, traducida del alemán por José del Perojo, Madrid, Gaspar, 1883; ID., *Crítica de la razón práctica*, trad. de E. Miñana y Manuel García Morente, Madrid, Espasa-Calpe, 1981².

concepción moderna del derecho (positivismo), de la forma política Estado y del individualismo.

A pesar de que es en este contexto donde su discípulo Pietro Costa sitúa el origen de uno de los logros más avanzados de la ciencia jurídica y la teoría y praxis política de los últimos siglos, esto es, « la lucha por los derechos », Grossi rechaza clara y contundentemente esta percepción que considera tremendamente reduccionista e incluso antijurídica por atacar la esencia misma del Derecho. En este sentido, coincide en cierto modo con las tesis sostenidas por Toulmin ⁽¹⁰⁾, si bien se distancia del mismo en la identificación de los orígenes.

Para este discípulo de Wittgenstein, simplemente porque estaba en consonancia con el imperante sistema capitalista iniciado con el mercantilismo, triunfó y se impuso una « modernidad racionalista » desde lo que él denomina « el Contrarrenacimiento del siglo XVII ». Esto es, la ofensiva del pensamiento, un determinado pensamiento, filosófico contra el humanismo del siglo XV que se había caracterizado por el escepticismo, la tolerancia hacia el pluralismo y la lucha contra la *auctoritas* y el dogmatismo escolástico en todos los planos. Incluido el religioso, en este caso a través del erasmismo.

Toulmin ejemplifica este proceso en la confrontación Montaigne-Descartes, señalando que fue la producción de este último la que se convirtió en el referente continental al inspirar el concepto dominante de modernidad con su propuesta cientificista, dogmática y abstracta. Fue en ese preciso momento, mediados del siglo XVII, con el que se ha identificado el nacimiento de la Ilustración como paradigma de la modernidad, cuando se produjeron dos acontecimientos singularmente importantes. Por un lado, el choque de dos principios, la duda y la certeza. Por el otro, el cambio del modelo de conocimiento.

⁽¹⁰⁾ En este trabajo se han tenido 'principalmente en cuenta las siguientes aportaciones de Stephen E. TOULMIN, *The return to cosmology: postmodern science and the theology of nature*, Berkeley, University of California Press, 1982; Id., *The uses of argument*, Cambridge University Press, 2003²; Id., *El puesto de la razón en la ética* (1960), Madrid, Alianza, 1979; Id., *Cosmópolis. El trasfondo de la modernidad*, Barcelona, Península, 2001 y Id., *Regreso a la razón*, Barcelona, Península, 2003.

Con relación al primero, solo cabe subrayar la agudeza de Toulmin al formular en ese escueto binomio el eje principal del cambio. Es indudable que la primera, la duda, que había sido relanzada por aquella suerte de escepticismo practicado por Pedro Abelardo solventado con la *inquisitio* ⁽¹¹⁾ en el tránsito de los dos medioevos, estaba en la base misma del relativismo de los primeros humanistas, y este autor está en lo cierto al señalar que fue desplazada por la «verdad» única y universal propugnada por el cartesianismo. En el ámbito de lo jurídico se identificó tal verdad con la certeza que, en realidad, no era más que la seguridad de los agentes jurídicos en general.

El segundo de tales acontecimientos es que, debido a ello, cambió asimismo el modelo del conocimiento, centrado ahora en la abstracción lo que, consecuentemente, supuso la supremacía de las ciencias «de la naturaleza» y las matemáticas. Y fue así como el Derecho pasó a desempeñar una posición ancilar, despojado del lugar hegemónico que había ostentado en el ámbito del conocimiento hasta ese momento ⁽¹²⁾.

El paradigma cartesiano de la universalización y la abstracción, que Kant no tardaría en aplicar al campo de la ética y la moral, se acabó imponiendo a través del estatus diferenciado y preeminencial concedido a estas ciencias frente a aquellas cuyo objeto era la realización personal. Esta abstracción, obviamente, conllevó consigo la desaparición del concepto platónico ⁽¹³⁾, pero aplicado a través de la teología católica, de orden cosmológico con el que se resolvían todas las cuestiones normativas en la Edad Media, como tan brillantemente había expuesto Grossi en *El Orden jurídico medieval*. Y también la desestimación de las opciones diferentes a las que finalmente triunfaron, tanto en el campo del derecho como de la

⁽¹¹⁾ «Este cuestionamiento excita a los jóvenes lectores el máximo de esfuerzo en investigar la verdad, y la investigación agudiza la mente. El cuestionamiento asiduo y frecuente es en realidad la primera llave de la sabiduría». Pierre ABÉLARD, *Sic et non*, a critical edition, Blanche B. Boyer and Richard MacKeon, U. Chicago Press, 1997, prólogo.

⁽¹²⁾ S.E. TOULMIN, *La invención de las disciplinas y El problema de las disciplinas*, en ID., *Regreso a la razón*, cit., pp. 55 y ss. y 205-227.

⁽¹³⁾ Juan Manuel CINCUNEGUI, *Jürgen Habermas y Charles Taylor sobre el proyecto de la modernidad*, en «Revista de Filosofía», enero-junio 2013, 70, pp. 71ss.

política, sometida ésta desde entonces a un análisis matemático — de « matemáticas políticas » — a través de la lupa del empirismo defendido por Francis Bacon a principios del siglo XVII.

En la lente grossiana, por utilizar una de sus metáforas más recurrentes, la modernidad jurídica, en cuanto reino del derecho positivo, tanto en el plano teórico como en el práctico cumplía a la perfección con estos requerimientos modernistas de la abstracción, a través de las ya señaladas *fictiones iuris* y sus resultados de crear un sujeto-ciudadano neutro e impreciso y el inexistente contrato social. Y, por supuesto, el de la *universalidad* — que era más bien *uniformidad* — mediante la imposición de una única norma jurídica válida: la ley como expresión de la voluntad general, aunque en realidad era la de quien ocupaba el poder.

3. *La importancia de la periodificación.*

Grossi, que coincide en la crítica, no comparte sin embargo la cronología adelantada por Toulmin y, en general, de todos los autores. Para el maestro florentino, la ilustración no es más que el punto de llegada de un proceso cuyo origen hay que situarlo en los siglos finales de la Edad Media. De hecho, retrasa la fecha argumentando que fue precisamente en el tránsito de los siglos XIII al XIV cuando *I due essenziali caratteri della modernità giuridica, lo statalismo e l'individualismo, cominciano a profilarsi, sia pure in modo embrionale, già nel crinale trecentesco* ⁽¹⁴⁾, dice al respecto. Y no le falta en absoluto razón dadas las características que se observan en ese especial tiempo. Aunque es más que cuestionable su tajante afirmación de que *dai primi del Trecento [arranca] il processo di formazione di uno Stato nazionale*, el voluntarismo franciscano de la mano de Occam, las reformas políticas llevadas a cabo por Felipe IV de Francia, 'el Hermoso', con el ascenso de los letrados y el acrecentamiento del poder regio y, fundamentalmente, ese premercantilismo que se observa del trescientos en adelante, vienen a darle

⁽¹⁴⁾ Paolo GROSSI, *Medioevo e modernità: le diverse fondazioni di due civiltà giuridiche*, recuperado de [https://www.treccani.it/enciclopedia/medioevo-e-modernita-l-e-diverse-fondazioni-di-due-civilta-giuridiche_\(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero-Diritto\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/medioevo-e-modernita-l-e-diverse-fondazioni-di-due-civilta-giuridiche_(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero-Diritto)/). De donde están extraídas las citas en cursiva que figuran en el epígrafe.

la razón en este sentido. Y ahí, precisamente, radica la causa de que no comparta en absoluto el entusiasmo de Toulmin por el humanismo cuatrocentesco.

Grossi identifica, e identifica bien, sus orígenes y procedencia centro-noreuropea (Holanda, Alemania, Francia) considerando una bendición que la península italiana — aunque no fue la única — consiguiera sustraerse a la influencia hasta el tardío setecientos de un movimiento que reducía a los juristas al servil papel de *araldi convinti dello statalismo giuridico moderno, sacerdoti del culto della legge, avversari acerrimi di un diritto giurisprudenziale trascinati per inerzia da un remoto Medioevo fino alle soglie del 1789*.

En otras palabras, el humanismo, a pesar de promover una de las más relevantes funciones vinculadas a la libertad de interpretación nacida de la *vía nova* agustiniana, es el paso previo e imprescindible de ese intenso racionalismo iluminista que se retrata a sí mismo en el culto a la ley, en la creación de un sujeto identificable por el egoísmo (*l'amour soi-même*, que diría Domat) y su patrimonio y la introducción de una forma política totalizadora, el Estado. Una corriente, en suma, que alcanza su culmen teórico con la Ilustración y se realiza en la etapa posrevolucionaria

Por consiguiente, el movimiento iluminista fue impulsor y origen de la modernidad con la reivindicación del uso de la razón para combatir los preceptos morales vinculados a la tradición religiosa que inspiraron el derecho y las instituciones políticas premodernas ⁽¹⁵⁾. Porque de eso, en definitiva, se trata: la modernidad se presenta como alternativa a una época que fenece eliminando sus elementos de validez; se muestra como la lucha de la razón contra el paradigma de la antigüedad y la antropología cristiana y se consume con su realización en el Estado moderno. Esto es, el industrial decimonónico que, desde el punto de vista jurídico, está egregiamente representado por el absolutismo jurídico y su signo más conspicuo: los códigos.

Pero también esta etapa tiene su final y el maestro florentino se muestra extremadamente satisfecho de certificar el mismo. Y es en

⁽¹⁵⁾ Luís Arturo MÉNDEZ REYES, *Legitimidad de la administración pública en la modernidad y la posmodernidad*, en «Murmulllos filosóficos», 8 (2020), 16, pp. 24-35. El ejemplar está dedicado a modernidad y posmodernidad.

relación a este último donde aparece nuevamente su opción personal manifestada a través de aspectos que coinciden con su visión singular de la posmodernidad, sin la cual no puede entenderse completamente la genuina construcción grossiana, pues es su exacto contrapunto, de la modernidad.

4. *Posmodernidad, algo más que una cuestión de cronología.*

Como es bien conocido, posmodernidad es el divulgado sintagma acuñado por Lyotard a finales de los setenta para dar cabida a las disfunciones que presentaba la modernidad en todos los ámbitos, desde el arte y arquitectura hasta la política, la economía y el derecho ⁽¹⁶⁾. Con unos claros precedentes, a mi parecer, en la denuncia que expresaba Galbraith a finales de los 50 en *La Sociedad opulenta* ⁽¹⁷⁾, el término sirvió para acoger a los distintos calificativos — sociedad del conocimiento, del saber, postindustrial, etc. — que diferentes científicos sociales — Bell, Touraine ⁽¹⁸⁾, entre otros — aplicaban al giro real que se estaba produciendo en todos los planos después de la segunda guerra mundial.

No en vano, se quiera o no, la primera consecuencia que se extrae del término es que alude al fin de una época, la modernidad, de la misma manera que ésta lo hizo con la precedente. Y no obstante esa diferencia resaltada por Foster entre un *posmodernismo de resistencia* « que se propone deconstruir el modernismo y oponerse al statu quo » y *otro de reacción* « que repudia al primero y elogia al segundo » ⁽¹⁹⁾ que, *prima facie*, pone de manifiesto la carencia de unidad del movimiento o, *a contrario sensu*, la existencia

⁽¹⁶⁾ Jean-François LYOTARD, *La Condition postmoderne: Rapport sur le savoir*, Paris, Éditions de Minuit, 1979; del mismo, *La posmodernidad (Explicada a los niños)*, Gedisa, 2005; *La posmodernidad*, Hal Foster (ed.), Barcelona, Kairos, 2010, con textos de Habermas, Baudrillard, Said, Jameson, entre otros.

⁽¹⁷⁾ John Kenneth GALBRAITH, *The Affluent Society*, Boston, Houghton Mifflin Company, 1958.

⁽¹⁸⁾ Sobre todo, Alain Touraine tuvo, y tiene, un enorme predicamento en Iberoamérica. Como ejemplo, *La sociedad post-industrial*, Barcelona, Ariel, 1969; *Las sociedades dependientes. Ensayos sobre América Latina, Siglo XXI*, 1978; *Crítica de la modernidad*, FCE, 1994 y *El fin de las sociedades*, FCE, 2016.

⁽¹⁹⁾ H. FOSTER, *Introducción al posmodernismo*, en *La posmodernidad*, cit., p. 11.

de corrientes contradictorias, un análisis detenido de tales aportaciones, e incluso lo recogido en las obras de Lyotard, permite comprobar sin dificultad que la posmodernidad se reconoce por una clara oposición a los principios identificadores de la modernidad. Es prácticamente la única seguridad que aporta un sintagma que ha generado fuertes dosis de incertidumbre por su ambigüedad ⁽²⁰⁾ en lo que lo único comprobable es el rechazo a la «verdad universal» (certeza) tal y como se construyó durante la ilustración, de la misma manera que desaparece aquella jerarquía científica porque, ahora, la ciencia es transdisciplinar y refuta el materialismo determinista.

En definitiva, el posmodernismo significa el fin de lo que Lyotard denomina metarrelato(s) y sus consecuentes interpretaciones del mundo. Se alude específicamente a la ilustración y su versión de la legitimidad del saber, al idealismo que basaba esa legitimidad en la ausencia de intereses y fines específicos, al marxismo con su emancipación del proletariado y, finalmente, al pragmatismo, de naturaleza claramente burguesa y su potenciación del desarrollo técnico industrial. No por casualidad, como hace Vattimo, por

⁽²⁰⁾ Un hecho que sigue generando polémica y una generosa producción a día de hoy en el ámbito iberoamericano. Vid, p. e., Abdón UBIDIA, *Modernidad y posmodernidad*, en «Íconos», diciembre marzo 1998, 4, p. 54 y ss.; W. WELLMER, *La dialéctica de la modernidad y postmodernidad*, en *Modernidad y Postmodernidad*, J. Pico (Comp.), Ciudad de México, Alianza, 1990; Z. ZERAOUI, *Modernidad y posmodernidad: la crisis de los paradigmas y valores*, México, Noriega, 2000; Sergio de ZUBIRÍA SAMPER, *El debate modernidad y posmodernidad en América Latina*, Universidad de Los Andes (Colombia), 2020; Francisco Javier GARCERÁ RUIZ, *Visiones desde el exilio: modernidad y posmodernidad frente a la escisión entre el hombre y el mundo*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2005; Bernat CASTANY PRADO, *Humanismo, modernidad y posmodernidad. Una reflexión sobre el doble origen de la 'modernidad' a la luz de 'Cosmópolis' y 'Regreso a la razón' de Stephen Toulmin*, en «Cartaphilus: Revista de investigación y crítica estética», 16 (2018), p. 11 y ss.; Judit BOKSER MISSES-LIWERANT, *Caleidoscopios conceptuales: institucionalidad y complejidad, crisis sólida, modernidad homogénea y posmodernidad líquida*, en «Revista mexicana de ciencias políticas y sociales», 62 (2017), 230, pp. 9-20; Marshall BERMAN, *El Debate modernidad — posmodernidad*, Buenos Aires, Puntosur, 1989; William CERÓN, *Los intelectuales entre la modernidad y la posmodernidad*, en «Revista Facultad de Derecho. Ratio Juris», 4 (Julio-diciembre de 2009), 9, p. 163 y ss., pp. 163-64; Manuel Alejandro MAGADAN REVELO, *La figura de la religión entre la modernidad y la posmodernidad. Una aproximación al pluralismo religioso*, en «Murmulllos filosóficos», enero junio 2019, 16, p. 7 y ss.; Alberto DE LA HERA, *De la modernidad a la posmodernidad. Una visión católica*, en «Ius canonicum», 62 (2022), 123, pp. 499-502.

ejemplo, se recurre a la potente imagen de la muerte, fundamentalmente muerte del racionalismo y muerte del sujeto tal y como fue creado durante la modernidad, que lo había elevado a epicentro del propio sistema ⁽²¹⁾. Ahora se aboga por el « pensamiento débil » y otra visión de la historia y del sujeto, incluso de los mecanismos de conocimiento, que van más allá del, exclusivo y dominante, universo eurocentrista.

En el campo de las ciencias sociales en especial fueron precisamente esos rasgos y características que acaban de enunciarse los que desencadenaron como lógica consecuencia la crítica de Habermas, con su acción comunicativa y la introducción del calificativo de la incompletud de la modernidad ⁽²²⁾ que debía colmarse en la nueva era de los posts (posdeterminismo, posestructuralismo, posempirismo, y, naturalmente, el postradicionalismo), todos ellos caracterizados por el relativismo. Desde luego, no sorprende que esa desmitificación ilustrada potenciada por Foucault ⁽²³⁾ o las acervas críticas de Derrida ⁽²⁴⁾ y sus asombrosos resultados a través de la lectura deconstruida de textos malditos provocaran la reacción de

⁽²¹⁾ Gianni VATTIMO, *Posmodernidad ¿Una sociedad transparente?*, en G. VATTIMO y otros, *En torno a la posmodernidad*, Barcelona, Anthropos, 2000, p. 9.

⁽²²⁾ Jürgen HABERMAS, *La modernidad inconclusa*, en « El viejo Topo », 1981, 62, pp. 45-50; ID., *La Modernidad, un proyecto incompleto*, en *La posmodernidad*, cit., p. 19 y ss.; ID., *Teoría de la acción comunicativa*, cit.

⁽²³⁾ Michel FOUCAULT, *Méthodologie pour la connaissance du monde: comment se débarrasser du marxisme*, en ID., *Dits et écrits*, Paris, Gallimard, 1994; ID., *La Filosofía analítica de la política*, en ID., *Estética, ética y hermenéutica*, Barcelona, Paidós, 1999; ID., *La Microfísica del poder*, Madrid, La clave intelectual, 2022; ID., *Las palabras y las cosas*, México, Siglo XXI, 1999.

⁽²⁴⁾ Para la realización de este trabajo se han tenido principalmente en consideración las siguientes obras de Jacques DERRIDA, *La deconstrucción en las fronteras de la filosofía. La retirada de la metáfora*, Barcelona, Paidós, 1989; *De la Gramatología* (1967), México, Siglo XXI, 1998³; *Márgenes de la filosofía*, Madrid, Cátedra, 1998; *La tarjeta postal. De Freud a Lacan y más allá*, México, Siglo XXI, 2001²; *La verdad en Pintura*, Buenos Aires, Paidós, 2010; *La diseminación*, Madrid, Ed. Fundamentos, 1997; *La escritura y la diferencia*, Barcelona, Anthropos, 1989; *Papel Máquina*, Madrid, Trotta, 2003; *Espectros de Marx*, Madrid, Trotta, 1995. Vid también, H. BLOOM, G. HARTMAN, P. DE MAN, J. DERRIDA, H. MILLER, *Deconstrucción y crítica. Lingüística y teoría literaria*, México, Editorial Siglo XXI, 2003; Adolfo VASQUES ROCCA, *Derrida: deconstrucción, différance y diseminación. Una historia de parásitos huellas y espectros*, en « Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas », 2016, 48.

un filósofo y politólogo que cree en el patriotismo constitucional y el valor incontestable de la opinión pública en su crítica social, tan deudora del fundamento racional ilustrado ⁽²⁵⁾.

Grossi, sin embargo, se encuentra extraordinariamente cómodo en esos movimientos cuya esencia supo adaptar al terreno de lo jurídico con innegable fortuna. Para él, la ausencia de verdades irrefutables, la ruptura del modelo universal, la eliminación de la subjetividad antropocéntrica significaba ni más menos volver recobrar la genuinidad o autenticidad del derecho: sus orígenes sociales, su facticidad, el pluralismo, y el comunitarismo-corporativismo frente al individualismo. Significaba, exactamente, la rendición de cuentas de la modernidad con lo que ella había abolido y destruido, esto es, el milenarismo modelo medieval ⁽²⁶⁾.

Ahora bien, compartiendo estas características, también aquí presenta sus rasgos de originalidad que asimismo afectan a la cronología. Porque, si bien al igual que los demás autores sitúa la posmodernidad en el siglo XX, lo hace sobre un XX que sobrepasa con mucho los límites convencionales ya que retrasa su nacimiento al último tercio del XIX y, afirma, todavía no ha concluido. La datación, desde luego, no es inocua, pero lo que interesa destacar ahora es que, deliberadamente, Grossi la presenta como contrapunto de la construcción de Hobsbawm sobre el mismo tema al calificar al XX como « siglo corto » enmarcado entre dos fechas muy precisas, 1914-1991. Es decir, el inicio de la Gran Guerra, pero también la revolución rusa, y la caída de la Unión Soviética y la aparición de un nuevo orden internacional dominado por Estados Unidos ⁽²⁷⁾. El mismo que llegó a su fin con la crisis de 2008.

El rechazo de Grossi a tal datación no se debe únicamente a la oposición a uno de los metarrelatos que la posmodernidad daba por

⁽²⁵⁾ Jürgen HABERMAS, *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, Barcelona, Gili, 1994 y la crítica de E. NOELLE-NEUMANN, *La espiral del silencio. Opinión pública: nuestra piel social*, Madrid, Paidós ibérica, 2010.

⁽²⁶⁾ P. GROSSI, *La recuperación del derecho*, en « Metapolítica: la mirada limpia de la política », 11 (2007), 55; ID., *Tra fatto e diritto*, en QF, 38 (2009), 2, pp. 1899-1912; ID., *Sulla odierna fattualità del diritto*, en « Giustizia civile: rivista giuridica trimestrale », 2014, 1, pp. 11-25.

⁽²⁷⁾ Eric John HOBBSAWM, *Historia del siglo XX, 1914-1991*, Barcelona, Crítica, 2011 (última edic.).

superados — en este caso el marxismo, del que el historiador inglés es uno de los máximos representantes activos-, sino, a mi parecer, por su contundente negativa a aceptar la visión de Hobsbawm de considerar los quince primeros años del novecientos como una prolongación del sistema y equilibrio liberal decimonónico que se mantiene hasta el desencadenamiento de la PGM. Para él, en efecto, la modernidad jurídica concluye en el preciso momento en que se produce la crítica científica a un sistema, el liberal decimonónico, obsoleto, caduco, inoperante.

Fue una crítica generalizada desde, al menos, los años ochenta en Europa y Estados Unidos que coincidía en la denuncia — contra la rigidez formalista, la indiferencia hacia lo social, la « degeneración constitucional » — que, no obstante la diferencia de alternativas y soluciones aportadas por, sobre todo, insignes juristas, todos concordaban en un hecho de incuestionable valor en el universo del derecho: el rechazo a un agónico modelo anquilosado e inoperante y la revalorización del jurista, de la ciencia jurídica. La escuela del derecho libre con Kantorowicz a la cabeza, el derecho social de Duguit, los krausistas (Posada, Azcárate) españoles desde 1880, Hauriou, incluso la crítica al parlamentarismo de Carl Schmitt y a la teoría dominante del derecho de Kelsen y, naturalmente, el realismo jurídico norteamericano y sus poderosos representantes, Holmes, Roscoe Pound, Austen, etc. ⁽²⁸⁾, son ejemplos elocuentes al respecto.

Como es obvio, el punto de referencia grossiano a estos efectos es la propia jurisprudencia doctrinal italiana, desde la polémica acerca de la emergencia del derecho social y del trabajo sostenida en el campo de la civilística ⁽²⁹⁾, espléndidamente reconstruida por su discípulo Giovanni Cazzetta, la propia teoría del servicio público surgida por esos años y, sobre todo, las dos principales contribuciones romanas de 1909 y 1918. Esto es, *El Estado moderno y su*

⁽²⁸⁾ Brian LEITER, *American Legal Realism*, U of Texas Law, Public Law Research Paper No. 42, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=339562, p. 3, expone que, aunque surgido a finales del XIX, no alcanzó fuerza e influencia hasta la década de 1920.

⁽²⁹⁾ Orlando ROSELLI, *La cultura giuridica dei civilisti oltre il 'recinto' del diritto civile. Considerazioni a margine di un recente libro di Paolo Grossi*, en « Rassegna di diritto civile », 2020, 1, pp. 333-350.

crisis y *El ordenamiento jurídico*, cuya principal aportación consiste en lo que Grossi denomina *recuperación del derecho* como producto social y como ordenamiento ⁽³⁰⁾. De esta manera, afirma Grossi, no solo se superaba la idea decimonónica, por tanto, moderna, del derecho, sino la mismísima de Estado, que ahora, en la posmodernidad, no es más que «un pobre gigante destronado» según la celebrada metáfora capograssiana que repetirá una y otra vez.

Es, a este respecto, importante reiterar que, aun participando del discurso sobre la modernidad, el jurista florentino reconoce la singularidad que afecta a lo jurídico y que comienza por su misma datación. Y no sólo en cuanto a lo ya apuntado sobre los orígenes, sino, sobre todo, cuando se intenta fijar su final. Se trata de una observación particularmente cierta en relación a la posmodernidad por cuanto se percibe una cierta contradicción. Por un lado, afirma (*El novecientos*) que todavía permanece viva ya que no certifica el fin del siglo posmoderno, es decir, el XX, pero, por otra parte, se adhiere entusiásticamente al relato de la globalización.

5. *Los contenidos y los fundamentos jurídicos de la modernidad (eurocentrismo, individualismo, estatalismo, abstracción).*

En todo caso, asumiendo el valor de sus reconocidas autoridades, en especial Santi Romano ⁽³¹⁾, parece evidente que el análisis de Grossi de la modernidad se lleva a efecto adaptando un discurso metajurídico perteneciente al campo de la posmodernidad. Fue, desde luego, una elección apropiada y, sobre todo, eficaz, teniendo en cuenta que la descripción posmoderna de la modernidad se hace en una perspectiva, por así decir, negativa y que se manifiesta en especial a través de la concepción de la historia y del lenguaje.

⁽³⁰⁾ Santi ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Discorso inaugurale per l'anno accademico 1909-1910*, en *Annuario della R. Università di Pisa per l'anno accademico 1909-1910*, Pisa, Vannucchi, 1910; ID., *L'ordinamento giuridico* (1918), reimpresso, editado y con un ensayo de Mariano Croce, Macerata, Quodlibet, 2018.

⁽³¹⁾ Del que celebraría entusiásticamente sus aniversarios: P. GROSSI, *Lo Stato moderno e la sua crisi: (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)*, en «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2011, 1, pp. 1-22; ID., *Il giovane Santi Romano: un itinerario verso L'ordinamento giuridico*, en «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 94 (2017), 4, pp. 501-512.

En relación al primer aspecto, los posmodernos ponen en tela de juicio la idea de historia sostenida en la cultura occidental exponiendo, además, que la misma está en crisis y que tal crisis conlleva la de la idea de progreso, es decir, del objetivo por excelencia de todo el modelo ilustrado y liberal. Es, a este respecto, innegable la existencia de confrontación entre ideas contradictorias en la historiografía, pero, como bien ha defendido entre nosotros Julián Casanova, el movimiento posmodernista, que carece de unidad, no es precisamente el adecuado para derrumbar de un plumazo « las pocas, aunque suficientes, certezas que nos han dejado los debates y las idas y vueltas de la historiografía desde Ranke a la actualidad » (32). Con todo, la propuesta posmodernista reviste una importancia extraordinaria en un tema sustancial. Porque, en el terreno de la historia jurídica, pone fin al relato hegemónico y unitario europeo — por consiguiente, el occidental, dominante hasta el momento-, sustituido ahora por otro plural que dio entrada a otras culturas, otros puntos de vista y al indigenismo, tan determinante en el actual marco del derecho constitucional e internacional.

En otras palabras, se produjo con ello un « sentimiento emancipador », en el sentido que le habían otorgado a esta expresión Heidegger y Nietzsche, que erosionó tanto el *principio de realidad* como el modelo de « *objetividad científica* » imperantes en la modernidad (33), los cuales ciertamente actuaron como incuestionables puntales estratégicos para construir la « realidad jurídica » decimonónica. Pero también se ponía fin a aquella filosofía de la historia que concebía a la misma como un proceso unitario exclusivamente eurocentrista aunque, como había expresado en una fecha tan ilustrativa como 1938 Walter Benjamin, era, simplemente, « una representación del pasado construida por los grupos y las clases dominantes » (34).

(32) CASANOVA, *Los límites*, cit., p. 329.

(33) VATTIMO, *Posmodernidad*, cit., p. 9. Nietzsche, sostiene esta idea principalmente en *Así habló Zaratustra. Un libro para todos y para nadie*, introducción, traducción y notas de Andrés Sánchez Pascual, Madrid, Alianza, 2003.

(34) Walter BENJAMIN, *Tesis sobre la filosofía de la historia*, en ID., *Discursos interrumpidos I. Filosofía del arte y de la Historia*, prólogo, trad. y notas de Jesús Aguirre, Buenos Aires, Taurus, 1989, p. 175 y ss., n° 6, pp. 180-81.

Grossi acepta este punto de partida que, en realidad, venía a dejar sí no vacía, sí carente de legitimidad la modernidad. Desaparecía así el autoritarismo estadista y el absolutismo jurídico que venían a ser sustituidos por ordenamientos jurídicos pluralistas, fácilmente reconocibles por, básicamente, dos características. Por un lado, la emergencia de nuevos sujetos completamente contrarios al individualismo atroz e intransigente característico del derecho moderno y, por el otro, la activa participación de una resuelta, y resolutive, ciencia jurídica. Y a este respecto, destaca a la vez que sorprende su acierto y hasta agilidad en colmar vacíos, en rellenar lagunas, en plantear alternativas en el plano jurídico, a través del recurso a la « experiencia jurídica », a la hermenéutica y mediante la recuperación del corporativismo-comunitarismo, hecho este último a lo que ciertamente contribuyó su acreditada formación medievalista. De esta manera se situaba, deliberada y complacientemente, en el universo posmoderno.

6. *Y de la posmodernidad (« experiencia jurídica », hermenéutica, corporativismo-comunitarismo-colectivismo-cooperativismo).*

La reiterada apelación a « experiencia jurídica » en su formulación capograssiana — « multiplicidad de ordenamientos y un único ordenamiento » en el que los primeros representan la « vida » y el segundo la « racionalidad » del derecho ⁽³⁵⁾ — a pesar, o quizá por ello mismo, sus conexiones con el idealismo ⁽³⁶⁾, y en consecuencia, militantemente contraria a la percepción racionalista kan-

⁽³⁵⁾ Giuseppe CAPOGRASSI, *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici* (1936), ahora en ID., *Opere di Giuseppe Capograssi*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 181-221. También Guido FASSÒ, *La storia come esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1953; la voz « Esperienza giuridica », de E. OPOCHER, en *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1966, XV, pp. 744-745; Alessandro GIULIANI, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1957 y la reseñación al mismo realizada por Ángel Sánchez de la Torre ese mismo año, y más recientemente Albio ANCONA, *Alle fonti della concezione dell'esperienza giuridica nel pensiero di Francesco Gentile. La nozione di esperienza in Giuseppe Capograssi, Marino Gentile ed Enrico Opocher*, en « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 92 (2015), 1, pp. 91-123.

⁽³⁶⁾ Que ya observó G. ZACCARIA, *Esperienza giuridica, dialettica e storia in Giuseppe Capograssi*, Padova, Cedam, 1976. Grossi subraya reiteradamente la validez de

tiana donde se relega la experiencia a un lugar secundario frente al auténtico conocimiento ⁽³⁷⁾, está plenamente justificada, para sus defensores, por su complementariedad de la visión romaniana del derecho como ordenamiento y su función, en cuanto tal, de recuperación del protagonismo social y, en consecuencia, oponerse al concepto de la norma jurídica como mandato.

Parece obvio que Grossi se sirve del concepto en la medida que va a la esencia misma de las nuevas relaciones y, por ello, se ofrece como la regla de la acción, tanto individual como colectiva, cambiando así radicalmente el significado de la norma jurídica durante la modernidad y su visión positivista.

Grossi es, sin duda, de los intelectuales que piensan que con el recurso a « experiencia jurídica », se resuelven las antinomias consustanciales a la modernidad que, para los críticos a la misma, no lograron solucionar completamente las portentosas teorías jurídicas de la primera mitad del siglo XX, — entre ellas la dualidad Derecho-ley, universal-particular, ciudadano abstracto-hombre concreto, justicia-equidad — porque a ella es connatural el *pluralismo jurídico* y su consecuencia más inquietante: la multiplicidad de las fuentes del derecho y el consiguiente cuestionamiento de la estatalidad del derecho ⁽³⁸⁾. Ahora bien, también aquí se observa que esta elección conlleva resultados que, una vez más, subrayan la especificidad del campo de lo jurídico que, en algunos aspectos, al menos desde la perspectiva grossiana, se aparta de *recto* discurso de la posmodernidad.

Éste, en efecto, no solo se construye sobre la inadmisión de los elementos epistémicos consustanciales a la modernidad, sino que cuestiona los mismísimos fundamentos de la tradición, la ciencia y la cultura occidental en su formulación moderna. Existe ahí un rechazo visceral al característico pensamiento dualista modernista

la visión capogrossiana. Vid su *Uno storico del diritto in colloquio con Capogrossi*, en « Rivista di diritto agrario », 85 (2006), 1, pp. 3-30.

⁽³⁷⁾ « La Experiencia [...] no nos da tampoco una verdadera universalidad, y la Razón, que tanto ansía conocimientos de este género, se ve más bien excitada por ella que satisfecha ». KANT, *Crítica de la razón pura*, cit., p. 140.

⁽³⁸⁾ Paolo GROSSI, *Sistema moderno delle fonti del diritto ed esperienza giuridica posmoderna in Italia*, en « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 98 (2021), 2, pp. 155-176.

fundamentado en la idea de los contrarios, presentando como alternativa la deconstrucción de los valores tradicionales por entender que la realidad es una construcción del lenguaje y que éste, el lenguaje, no es un mecanismo de representación de la realidad sino algo distinto. De hecho, a diferencia de la modernidad, en la posmodernidad lo real acaba siendo una construcción lingüística, pues se parte de la equiparación de pensamiento y lenguaje.

Pero esa realidad posmoderna construida sobre la muerte del sujeto humano, que deja de ser el centro del sistema sustituido por la exaltación de la ecología con sus valores y remisiones a la naturaleza, donde la verdad, lejos de ser una realidad universal va vinculada a la investigación y al descubrimiento ininterrumpido, donde la ciencia es transdisciplinar y está al servicio de la sociedad ofreciéndole sus descubrimientos, tecnológicos o no, donde la política pretende abandonar el autoritarismo por el consenso, donde la centralización es sustituida por una descentralización que da protagonismo a las pequeñas comunidades locales y regionales, donde la economía deja de ser estatal o regional para convertirse en mundial ⁽³⁹⁾, le es profundamente familiar y cercana a Grossi. De hecho, no duda en afirmar su proximidad a otro universo, otra « civilización » a la que la modernidad, precisamente, había pretendido aniquilar, la medieval ⁽⁴⁰⁾. La misma donde lo regional convivía en el amplio marco de la *respublica christiana* (a su vez heredera de la *Ecumene*), donde la ciencia poseía una naturaleza dialogante y una proyección universal como creadora de un derecho común europeo y donde la visión *reicentrista* obviaba los estrechos márgenes del antropocentrismo que había predeterminado el sujeto modernista sobre el olvido de las corporaciones medievales.

En este sentido, Grossi aludirá reiteradamente al asunto medular del sujeto desde unas coordenadas claramente posmodernas relacionadas con « el consenso, el diálogo, la interpretación », pero desde una perspectiva evidentemente próxima al idealismo crociano

⁽³⁹⁾ Vid. MÉNDEZ REYES, *Legitimidad*, cit., y UBIDIA, *Modernidad y posmodernidad*, cit., p. 54 y ss.

⁽⁴⁰⁾ Raúl PÉREZ JOHNSTON, *Los aportes del derecho público medieval a la teoría del Estado y de la Constitución: Diálogo con Paolo Grossi*, en « Historia Constitucional », 2004, 5.

y, por consiguiente, alejada del nihilismo potenciado por dos de las autoridades más respetadas por los posmodernistas, Nietzsche y Heidegger ⁽⁴¹⁾. Posee y ofrece como solución al respecto la visión corporativista que se preocupa de diferenciar del corporativismo fascista, que presenta rasgos comunitarios aunque no exactamente coincidentes con las características del comunitarismo estadounidense y que se acerca, voluntariamente, al colectivismo. La suya es, deliberadamente, una opción de raigambre medieval y, por ello mismo, supone uno de los rasgos típicos de la personal posmodernidad de este autor, relacionado en este caso con la tradición.

El rechazo de la misma, con la exaltación de lo urbano frente a lo rural ⁽⁴²⁾, conforma uno de los caracteres más identificativos del discurso moderno que a Grossi, claramente, le resulta más intolerable. Para él es obvio que existe una tradición no solo recuperable sino altamente valiosa en la medida que está en el ADN de la civilización europea, ahora tan degradada y golpeada. La suya es una actitud claramente reivindicativa de una determinada tradición, y esta actitud no es en absoluto una característica exclusiva del jurista florentino, sino que se comparte y respalda por alguno de los más severos críticos del *statu quo*. En mi opinión, guarda un estrecho paralelismo por lo sostenido a principios del siglo XX por un autor tan discutido y difícil de encuadrar como Gustav Landauer, quien también sostenía una visión absolutamente crítica del Estado, al que contemplaba como aniquilador de los rasgos de humanidad.

De hecho, lo definía, simplemente, como la condición de una determinada forma de relacionarse las personas ⁽⁴³⁾ llamada a desa-

⁽⁴¹⁾ VATTIMO, *Posmodernidad*, cit., p. 88.

⁽⁴²⁾ Y que se manifiesta en la exaltación de la sociedad industrial que tuvo su reflejo en los códigos y la legislación agraria sobre la que Grossi escribiría alguna de sus páginas más excelentes, por ejemplo, en *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006 y *L'inaugurazione della proprietà moderna*, Napoli, Guida, 1980.

⁽⁴³⁾ Landauer expondrá directamente que « Los Estados con sus fronteras, las naciones con sus contradicciones son sucedáneos del espíritu de la comunidad y del pueblo, que no existen. La idea de Estado es un espíritu artificiosamente elaborado, una falsa imaginación, objetivos que no tienen nada que ver entre sí, que no tocan tierra [...] El Estado, con su policía y todas sus leyes e instituciones de la propiedad, existe por la voluntad de los hombres, como miserable suplantación del espíritu y de las asociaciones

parecer si esas relaciones eran sustituidas por otras capaces de alumar « una sociedad de intercambios igualitarios, basada en comunidades regionales, combinando industria y agricultura », lo que únicamente era posible a través de la regeneración espiritual. Como se ha expuesto, lo que Landauer buscaba era una sociedad basada en la cooperación voluntaria y no impuesta, en la ayuda mutua ⁽⁴⁴⁾, es decir, en lo que los defensores del Estado Social denominaban por ese mismo tiempo, principios del siglo XX, solidaridad.

Es cierto que la posición de Grossi está completamente alejada de los planteamientos ideológicos y filosóficos de Landauer ⁽⁴⁵⁾ y, además, se circunscribe exclusivamente al terreno de lo jurídico, aunque renunciando a los estrictos márgenes formalistas. Sin embargo, la denuncia de la ideología modernista del progreso, con su indispensable visión del pasado como un conjunto de hechos irrelevantes, carentes de importancia para ser recordados — y, por tanto, conservados y registrados — y de su sistema de dominación al que es consustancial la negación de la memoria, es algo que Grossi comparte, sin duda. Como asimismo lo haría con su pensar de otra forma la correspondencia entre las generaciones y « la importancia de las relaciones de sangre y la herencia de los ancestros, que defiende las viejas costumbres campesinas y las tradiciones pluriseculares » ⁽⁴⁶⁾, lo que en el fondo se traduce en la rehabilitación de la tradición, mantener una relación viva con el pasado y restablecer

para objetivos determinados [...]. Pone el centralismo de la obediencia y la disciplina en lugar del centro que rige el mundo del espíritu; [...] En otro tiempo hubo comunas, asociaciones tribales, guildas, hermandades, corporaciones, sociedades, y todas se deslizaron hacia la sociedad. Hoy existe coacción, letra, Estado ». Gustav LANDAUER, *Incitación al socialismo*, primera edición cibernética, septiembre del 2005, captura y diseño de Chantal López y Omar Cortés. También Gustav LANDAUER, *Llamamiento al socialismo. Por una filosofía libertaria contra el Estado y el progreso tecnológico*, traducción de Diego A. de Santillán, revisión de la traducción por Jesús García Rodríguez, Madrid, Ediciones El Salmón, 2019.

⁽⁴⁴⁾ Martin BUBER, *Caminos de utopía*, México, FCE, 1991.

⁽⁴⁵⁾ Gustav LANDAUER, *La revolución: una filosofía social propia*, Barcelona, Ned Ediciones, 2016, aunque sufriendo críticas del pensamiento marxista ortodoxo. Vid. Anatole LUCET, Renaud GARCIA, *Famille et société: Réflexions sur l'anarchisme "conservateur" de Gustav Landauer*, en « Actuel Marx », 2019, 66, p. 115 y ss.

⁽⁴⁶⁾ Valerio D'ANGELO, *Revolución y mística en Gustav Landauer*, en « Anales del seminario de historia de la filosofía », 2 (2019), 36, p. 74.

prácticas jurídicas ancestrales, como él mismo hizo en *un altro modo di possedere* y con el estudio de prácticas agrarias colectivas contrarias a la propiedad individual codificada, todavía vigentes ⁽⁴⁷⁾.

Con todo, una de las manifestaciones más importantes es, precisamente, la recuperación de la función activa de juristas y jueces, en definitiva, reivindicar el valor de la hermenéutica, pero de una muy determinada hermenéutica jurídica orientada a la interpretación como fuente de creación del derecho ⁽⁴⁸⁾.

Para Grossi es crucial y perentorio recuperar el valor constituyente de los juristas y jueces en aras a la creación del Derecho, pero encuentra el referente fuera del universo jurídico. Desde luego no sorprende que sea Gadamer, el discípulo de Heidegger que supo adaptar magistralmente la dura crítica del fenomenólogo a las escuelas filosóficas decimonónicas, pero también a su maestro Husserl y otros contemporáneos. Porque de esto exactamente se trataba: rescatar de la posición ancilar que se había otorgado a los expertos y aplicadores del derecho en el modelo modernista para situarlos en el centro del sistema. Es decir, tal y como había ocurrido en la Edad Media, cuando no solo habían desarrollado jueces y doctores una intensa actividad creadora sino que habían representado su función cardinal: ser interlocutores de la sociedad ante el poder y no, como

⁽⁴⁷⁾ Un interés permanente desde el inicio al final de su itinerario profesional: P. GROSSI, *Un altro modo di possedere: L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffrè, 1977; Id., *Historia del derecho de propiedad: la irrupción del colectivismo en la conciencia europea*, Barcelona, Ariel, 1986; Id., *Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, en QF, 19 (1990), pp. 505-555; Id., *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, en QF, 17 (1988), pp. 359-422; Id., *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*, Madrid, Civitas, 1992; Id., *I beni: itinerari fra "moderno" e "pos-moderno"*, en « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 66 (2012), 4, pp. 1059-1085; Id., *Il mondo delle terre collettive. Itinerari giuridici tra ieri e domani*, Macerata, Quodlibet ius, 2019 (Recen Diego QUAGLIONI, en QF, 49 (2020), pp. 566-571).

⁽⁴⁸⁾ « Porque con la hermenéutica jurídica se lleva a cabo un primer y decisivo paso hacia la recuperación de la interpretación/aplicación ». Paolo GROSSI, *Il diritto tra norma ed applicazione: il ruolo del giurista nell'attuale società italiana*, en QF, 30 (2001), pp. 493-507, p. 503. También en *L'identità del giurista, oggi*, en « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 64 (2010), 4, pp. 1089-1104; *Giuristi e linguisti: un comune ruolo ordinante della società*, en « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 68 (2014), 1, pp. 1-8.

ocurría en la modernidad, actuar como correas de transmisión de éste ante la sociedad al actuar como meros exégetas.

Grossi ve signos de esta actividad, por así decir, *poietica* en la posmodernidad a través de la *invención*, que contrapone a la *creación* practicada por los juristas modernistas, porque mientras ésta se basaba en la formulación de ficciones jurídicas, aquella busca *dei valori inespressi ma viventi nel soggiacente ordine costituzionale* ⁽⁴⁹⁾ mediante la recuperación de un *ius dicere* que afectó tanto al derecho privado como al público tras las constituyentes de Weimar. Es más, viene a manifestar que fue precisamente esa invención la que verdaderamente se erige como causa y origen del posmodernismo jurídico. Ahí están, para corroborarlo, no solo las señaladas críticas al modelo estatal y constitucional del periodo entre siglos, sino los intensísimos y punzantes debates que dividieron a los civilistas durante la escisión del Derecho Civil a finales del siglo XIX para dar lugar al derecho del trabajo o el nacimiento del derecho penal económico.

Ciertamente, reconocer la presencia de una interpretación doctrinal y judicial — que, por lo demás, puede encontrar su fundamento en el pluralismo tan querido a los posmodernos ⁽⁵⁰⁾, y que Grossi ejemplifica ahora en la labor desarrollada por institutos privados como el UNIDROIT, pero también en la jurisprudencia de los altos tribunales europeos-, supone admitir la diversidad de opiniones en un proceso que encuentra su perfecto correlato en el sistema deconstructivo que defiende Jacques Derrida. En ambos casos se trata de un presupuesto inequívocamente posmoderno, ya

⁽⁴⁹⁾ « Nel senso dell'etimo latino invenire, cioè cercare e trovare » dirá en *L'invenzione dell'ordine costituzionale: a proposito del ruolo della Corte*, en « Giustizia civile: rivista giuridica trimestrale », 2016, 2, pp. 237-240. También en *L'invenzione della Costituzione: l'esperienza italiana*, en « Diritto pubblico », 22 (2016), 3, pp. 811-820; *L'invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, en « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 71 (2017), 3, pp. 831-846 y, sobre todo, en la monografía *L'invenzione del diritto*, Roma, Laterza, 2017.

⁽⁵⁰⁾ Vid Karina ANSOLABEHRE, *Jueces, Política y Derecho. Particularidades y alcances de la politización de la justicia*, en « Isonomía », 2005, 22, pp. 39-64; M.J. AÑÓN, *Jueces y control de calidad de los sistemas políticos*, en « Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho », 2007, 30, pp. 53-59.

que atentan contra la uniformidad y la certeza-verdad universal, ambas consideradas como los pilares de la modernidad ⁽⁵¹⁾.

Con sus orígenes en la llamada por Ricoeur « escuela de la sospecha » ⁽⁵²⁾, partiendo del axioma de que la « verdad-certeza » es una forma de mistificación histórica ⁽⁵³⁾, el discurso deconstructivista tal y como lo practica Derrida, con su defensa de la imposibilidad de alcanzar un significado único e inequívoco, abre la puerta a una multiplicidad de interpretaciones procedentes de múltiples lecturas, todas ellas válidas, donde el sentido último aparece diferenciado y desplazado. De esta forma, no solo desaparece aquel irrenunciable presupuesto moderno de la verdad-certeza, sino que se ponen de relieve discontinuidades que están en la base de la *différence* encaminada a desmontar la tradición, en este caso, occidental. En el universo posmodernista puro todo es incertidumbre, ya que, como expone Derrida « no sabemos, pues, ya, si lo que se ha presentado siempre como re-presentación derivada y modificada de la simple presentación, como ‘suplemento’, ‘signo’, ‘escritura’, ‘huella’, no ‘es’, en un sentido necesariamente pero novedosamente a-histórico, más ‘viejo’ que la presencia y el sistema de la verdad, más viejo que la ‘historia’ » ⁽⁵⁴⁾.

Para los posmodernistas un texto cambia con cada lectura y todas las lecturas, y por ende interpretaciones, son verdaderas y, por

⁽⁵¹⁾ Vid al respecto, Paul RICOEUR, *El conflicto de las interpretaciones. Ensayos de hermenéutica* (1969), Buenos Aires, FCE, 2008; Richard RORTY, *Consecuencias del pragmatismo*, Madrid, Tecnos, 1996; Mauricio BEUCHOT, *Tratado de hermenéutica analógica: hacia un nuevo modelo de interpretación*, México, Ítaca, 2005³; J. BAUDRILLARD, *La ilusión vital*, Madrid, Siglo XXI, 2010²; BLOOM, HARTMAN, DE MAN, DERRIDA, MILLER, *Deconstrucción y crítica*, cit. Bauman incluso dedica un texto especial a la interpretación jurídica: BAUMAN, *Legisladores e intérpretes*, cit.

⁽⁵²⁾ Ricoeur, como es bien conocido, llama « maestros de la sospecha » a pensadores de la talla de Marx, Nietzsche y Freud: Paul RICOEUR, *Del texto a la acción*, México, FCE, 2000, pp. 71-94.

⁽⁵³⁾ Contra la verdad trascendental y el « engaño de la razón en el lenguaje » Nietzsche oponía la interpretación (la realidad elegida, reforzada corregida) porque « Cuando se las dan de sabios, sus pequeñas sentencias y verdades me hacen tiritar de frío: en su sabiduría hay a menudo un olor como si procediese de la ciénaga, y en verdad, ¡yo he oído croar en ella a la rana! ». *Así habló Zaratustra*, cit., « De los doctos », p. 164.

⁽⁵⁴⁾ Jacques DERRIDA, *La voz y el fenómeno. Introducción al problema del signo en la fenomenología de Husserl*, Valencia, Pre-textos, 1985, p. 166.

consiguiente, válidas. Aplicar este axioma, que no solo deja la puerta abierta a la incertidumbre — por más que él la considere como una manifestación de la elasticidad propia del pluralismo jurídico posmodernista y, por tanto, opuesta a la falacia de la certeza del monismo legalista del modernismo ⁽⁵⁵⁾ — sino a la inseguridad considerada el principal mal a evitar por un ordenamiento jurídico justo, al mundo del derecho no deja de ser arriesgado. Y a estos efectos, no es necesario ser un devoto seguidor de la teoría trialista del derecho ⁽⁵⁶⁾ para asumir que el fundamento de su elemento consustancial, esto es, la norma, son los hechos en cuyo caso, tal y como se ha escrito acerca de la historia, « la verdad, siempre parcial, acerca de los hechos históricos se descubre y no hay por qué inventarla o fabricarla como nos han dicho muchos posmodernistas » ⁽⁵⁷⁾.

A mi parecer, Grossi es plenamente consciente de estos riesgos, y no solo en relación a los relativos a la interpretación, sino también a uno de los fundamentos, de raigambre platónica, subyacentes en la propia idea de « experiencia jurídica » en su versión capograssiana, conforme a la cual, desde que poseen uso de razón, todos los seres humanos obedecen, de una manera natural y espontánea, las normas jurídicas prácticamente sin recurrir a la sanción ⁽⁵⁸⁾. Obviamente, a pesar de apelar al conocido recurso de la fila para señalar la humanidad intrínseca del derecho, no comparte completamente esta visión, de la que, según creo, se limita a tomar uno de los aspectos más característicos. Se trata de la crítica a la *estatalidad* del derecho porque lo reduce a pura forma, eliminando

⁽⁵⁵⁾ P. GROSSI, *Sulla odierna incertezza del diritto*, en « Giustizia civile: rivista giuridica trimestrale », 2014, 4, pp. 921-955.

⁽⁵⁶⁾ Defendida por el jurista alemán Werner GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1976, tuvo una amplia acogida en los medios jurídicos argentinos. Vid Lucia Irene LAPENTA, *Un puente entre la sociología de Zygmunt Bauman y la teoría Trialista del mundo jurídico*, en « Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho », 2021, 40, p. 1 y ss.

⁽⁵⁷⁾ CASANOVA, *Los límites*, cit., p. 334.

⁽⁵⁸⁾ Danilo CASTELLANO, *De la experiencia jurídica al derecho*, en *Utrumque ius. Derecho, derecho natural y derecho canónico*, Miguel Ayuso (ed.), Madrid, Marcial Pons, 2014, p. 19 y ss.

de esta manera la verdadera sustancia y, por ende, la posibilidad de admisión de la « experiencia jurídica ». De ahí su condena de la doctrina que sustenta esa teoría quintaesenciada en la obra de Kelsen.

Ahora bien, debe asimismo señalarse que este rechazo no le impide utilizar en su análisis dos de las más exitosas construcciones del jurista checo, si bien con un sentido esencialmente diverso. Me refiero a validez y efectividad, que, en su caso, están vinculadas a la creación social y a la aplicabilidad de las normas.

Grossi es plenamente consciente de los riesgos que una interpretación desenfrenada e ilimitada puede ocasionar ⁽⁵⁹⁾ y también, a pesar de sus inclinaciones al idealismo, de los generados por la aceptación sin más de la « experiencia jurídica ». Conjura este peligro admitiendo como válida — y eficaz — la Constitución del novecientos, la del Estado social por sus bases pluralistas y fundamentos democráticos ⁽⁶⁰⁾, sobre la que tan brillantemente habían trabajado sus discípulos, el malogrado Maurizio Fioravanti y Paolo Cappellini. Una Constitución, como la italiana de 1948, a la que califica de acto de razón — en un sentido diverso, también aquí, al que se le había dado por los iuspublicistas norteamericanos, cómo Michelman, por ejemplo — porque fue fruto de un consenso entre fuerzas políticas divergentes que no solo eran una manifestación del pluralismo político y social sino que, lo que era igual de relevante, transmitían y defendían los auténticos intereses de la sociedad en su conjunto.

Sin embargo, aunque es evidente que en la nueva visión intervino su propia experiencia personal en la presidencia de la Corte Costituzionale ⁽⁶¹⁾, es obvio que se trata, y no intenta ocul-

⁽⁵⁹⁾ Bauman describe la situación así: « En la actualidad, las pautas y configuraciones ya no están ‘determinadas’, y no resultan ‘autoevidentes’ de ningún modo; hay demasiadas, chocan entre sí y sus mandatos se contradicen, de manera que cada una de esas pautas y configuraciones ha sido despojada de su poder coercitivo o estimulante ». Zygmunt BAUMAN, *Modernidad líquida*, México, FCE, 2003, p. 13.

⁽⁶⁰⁾ Paolo GROSSI, *Oltre la legalità*, Roma, Laterza, 2020; ID., *Costituzionalismi tra « moderno » e « pos-moderno »*. *Tre lezioni suor-orsoliane*, Roma, Laterza, 2019.

⁽⁶¹⁾ Paolo GROSSI, *La costituzione italiana espressione di un tempo giuridico pos-moderno*, en « Rivista trimestrale di diritto pubblico », 2013, 3, pp. 607-627 y también en la *Invenzione dell'ordine*, cit., donde afirma que la función de la Corte

tarlo, de una solución transitoria. Y no solo por la intensa labor legiferante de los poderes del Estado, que de nuevo vuelve a caer así en la inoperatividad y en generar desconfianza, sino porque, en realidad, no alcanzan a cumplir el auténtico objetivo de Grossi. Esto es, la creación de un derecho genuinamente europeo, transnacional, supraterritorial y con una incuestionable base social que reconozca en el pluralismo su fuente más inspiradora.

7. *Transmodernidad y el relato de la globalización como solución transitoria ¿inevitable?*

Grossi no es, desde luego, un jurista modernista, pero tampoco es un posmodernista *avant la lettre*. Puede decirse que se vale de sus mecanismos e instrumentos ⁽⁶²⁾ para desmontar la modernidad jurídica, pero no comparte de hecho la filosofía de quienes Habermas calificó en su día de «jóvenes conservadores» y que para algunos no es más que el «opio de los pueblos», «putrefacción de la historia» «nuevo irracionalismo» o «desarme de las conciencias» ⁽⁶³⁾.

Costituzionale no solo es la custodia de los valores constitucionales sino *invenire, cioè cercare e trovare, dei valori inespressi ma viventi nel soggiacente ordine costituzionale*.

⁽⁶²⁾ En cierto sentido recuerda al filósofo cubano Ravelo Cabrera, quien veía en el posmodernismo una forma de deconstrucción de unos códigos ético-políticos todavía muy arraigados en el modelo modernista que impedían la aparición del pluralismo en la isla, cuando escribe «¿Cuáles son las dos cuestiones inexcusables que atañen expresamente, sin desvíos ni demoras, al pensamiento de nuestro tiempo? Se resumen en dos palabras *pensar* (interpretar posicionalmente) y *hacer* (en modo ético-político)». Paul L. RAVELO CABRERA, *¿La desideologización es "razón de Estado" en Cuba? Reescribir hoy políticamente la filosofía*, en «Utopía y praxis latinoamericana», junio 2001, 13, pp. 58-85, p. 74.

⁽⁶³⁾ Roberto J. SALAZAR RAMOS, *Posmodernidad y verdad. Algunos meta-relatos en la constitución del saber*, Bogotá, Universidad Santo Tomás, Biblioteca de Autores Colombianos, 1993. En el mismo sentido Fredric JAMESON, *Teoría de la postmodernidad*, Madrid, Trotta, 1996. Salazar Ramos, se refiere directamente a autores iberoamericanos fuertemente comprometidos con el discurso posmodernista como León Rozitchner y Gilberto Valdés Gutiérrez. También Sergio Paulo Rouanet que en *Mal-estar na modernidade*, Companhia das letras, 1993, explora las tendencias irracionales en Brasil y el resto del mundo. Para Rouanet «a modernidade é um projeto civilizatório em crise», «que está fazendo água por toda as juntas» «sendo que os seus pilares, sobre os quais se construiu o mundo da segurança, encontram-se abalados».

Para la consecución del objetivo que acaba de señalarse al final del epígrafe anterior, encuentra por el contrario un auxilio inapreciable en el discurso de la globalización lo que, en el fondo, es aceptar la presencia de un metarrelato algo que, como sabemos, la posmodernidad repudia con contundencia pero que supone un punto cardinal, realmente su *Leitmotiv*, de ese movimiento que la filósofa española Rosa María Rodríguez Magda bautizó en 1989 como *transmodernidad* ⁽⁶⁴⁾. Un sintagma en el que tienen cabida todas las críticas al posmodernismo, desde el capitalismo tardío de Jameson ⁽⁶⁵⁾, la sociedad y modernidad líquida de Bauman ⁽⁶⁶⁾, la realidad no homogénea de Ana Esther Ceceña ⁽⁶⁷⁾, el desierto de lo real de Žižek ⁽⁶⁸⁾ y hasta, desde otra perspectiva, la sociedad del riesgo de Beck ⁽⁶⁹⁾.

Se trata de una corriente que, ante la banalidad e insatisfacción producida por el posmodernismo, donde, cómo con acierto se ha señalado, se ofrecen temas como si fueran bienes de consumo en que los interesados deben escoger entre diversas opciones ⁽⁷⁰⁾, recupera de nuevo como una tabla de salvación, el metarrelato. No, evidentemente, los modernistas que casi todos consideran superados, sino uno nuevo que huye de certezas, que tiene una proyección, por así

⁽⁶⁴⁾ Rosa M^a RODRÍGUEZ MAGDA, *La sonrisa de Saturno. Hacia una teoría transmoderna*, Barcelona, Anthropos, 1989. Y, posteriormente, en *El modelo Frankenstein. De la diferencia a la cultura post*, Madrid, Tecnos, 1997 y *Transmodernidad*, Barcelona, Anthropos, 2004.

⁽⁶⁵⁾ Fredric JAMESON, *La lógica cultural del capitalismo tardío. Teoría postmoderna*, Madrid, Trotta, 2001.

⁽⁶⁶⁾ BAUMAN, *Modernidad líquida*, cit.; ID., Leonidas DONSKIS, *Ceguera moral. La pérdida de sensibilidad en la modernidad líquida (Estado y Sociedad)*, Barcelona, Paidós, 2015; ID., *La posmodernidad y sus descontentos*, Madrid, Akal, 2001.

⁽⁶⁷⁾ Ana Esther CECEÑA, *De saberes y emancipaciones*, en *Saberes de la emancipación y de la dominación*, Ana Esther Ceceña (coord.), Buenos Aires, CLACSO, 2009.

⁽⁶⁸⁾ Slavoj ŽIŽEK, *El sublime objeto de la ideología*, México, Siglo XXI, 1992; ID., *Estudios Culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo*, Buenos Aires, Paidós, 1998; ID., *A propósito de Lenin. Política y subjetividad en el capitalismo tardío*, Buenos Aires, Atuel/Parusia, 2004.

⁽⁶⁹⁾ Ulrich BECK, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad* (1986), Barcelona, Paidós, 2013.

⁽⁷⁰⁾ Leila Maria Torraca de BRITO, *O sujeito pós-moderno e suas demandas judiciais*, en « *Psicologia: Ciência e Profissão* », 32 (2012), 3, pp. 564-575.

decir, universalista y que se haya fuertemente condicionado por los medios telemáticos, e informáticos porque, ahora, no se trata de negar la realidad, sino de modificarla y de darle una proyección virtual. De ahí la función constitutiva que algunos, como Vattimo, no dudan en otorgarle a tales medios. Y no sin razón ya que, como con acierto se ha señalado, son ellos los vehículos a través de los cuales discurren simultáneamente los flujos de información y también desinformación — que operan en todos los sectores de la actividad social (71).

Se trata, claro está, de la globalización. Un nuevo gran relato que, por vez primera, no surge ni del esfuerzo teórico ni de los movimientos sociales sino de algo muchísimo más contingente: las TIC, un mercado mundial y, naturalmente, de las nuevas condiciones geopolíticas inauguradas con la caída de la Unión soviética. La globalización se presenta así como fenómeno de múltiples facetas, desde la económica hasta la ecológica, pasando por la social, política y jurídica, entre otras, pero con una única característica: todas ellas están interconectadas y el resultado no deja de ser un discurso más totalizador que los metarrelatos modernistas.

No es en absoluto casual que Grossi se refiera al, para él todavía inacabado, siglo XX como un *periodo de transición* hacia algo que todavía no conocemos y, por consiguiente, resulta imposible de definir. Cómo tampoco lo es su apología de la globalización (72). Ahora bien ¿de qué globalización se trata? Porque ese movimiento supraestatal y sin fronteras cuyo fundamento jurídico parece entusiasmarle, no solo por su europeísmo sino por tratarse de un *complesso di istituti giuridici, non previsti dai Codici e dalle legislazioni degli Stati o dalle norme degli organismi sovra statuali, ma creati dagli operatori economici perché ritenuti necessari ai bisogni*

(71) Es lo que Pozas Horcasitas llama la modernidad desbordada o el « fenómeno de integración planetaria construido con base en la simultaneidad mundial de flujos de información que se ha generalizado en todos los sectores de la actividad social ». Ricardo POZAS HORCASITAS, *Los nudos del tiempo: la modernidad desbordada*, UNAM, 2006, p. 95.

(72) Paolo GROSSI, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, en QF, 29 (2000), pp. 551-558.

nuovi del mercato (73) tiene unos fines económicos y unos sujetos protagonistas que recuerdan, y mucho, a los que Benjamín Constant consideraba, por así decir, los héroes de su tiempo, y del nuestro: los comerciantes, en los que él compendia la virtud ciudadana y a los que presentaba como los auténticos depositarios de la « libertad de los modernos » (74).

Sin embargo, estos intrépidos agentes, a los que Grossi confiere una función capital en la Edad Media y en la posmodernidad, pueden suponer un riesgo, precisamente, para las aspiraciones sociales que él mismo defiende, como han puesto de manifiesto economistas como Dani Rodrik (75) en su crítica a la globalización desde presupuestos no neoliberales y Claus Offe al denunciar la « lógica del predominio absoluto de la acumulación, el beneficio, la eficiencia, la competitividad, la austeridad y la ‘mercantilización’ sobre la esfera de los derechos sociales, la redistribución con criterios políticos y la sostenibilidad ». Una lógica adecuada a la actual democracia capitalista, donde el dominio se ejerce careciendo de una teoría normativa porque está asentada sobre la realidad desnuda y brutal de la facticidad (76) — sobre la que Grossi posee una noción

(73) GROSSI, *Sulla odierna fattualità del diritto*, cit.

(74) Benjamin CONSTANT, *La libertad de los antiguos frente a la de los modernos seguida de la Libertad de pensamiento*, Barcelona, Páginia Indómita, 2020.

(75) Vid, entre otras, Dani RODRIK, *Has globalization gone too far?*, Washington, Institute for International Economics, 1997; ID., *La paradoja de la Globalización: la democracia y el futuro de la economía mundial*, Antoni Bosch editor, 2011; ID., *Hablemos claro del comercio mundial: ideas para una globalización inteligente*, Bilbao, Deusto, 2018; ID., *Populism and the economics of globalization*, en « Journal of International Business Policy », 1 (2018), 1-2, pp. 12-33. También J. HABERMAS, *¿Mais alá do Estado Nacional? Considerações acerca das consequências problemáticas da globalização econômica*, en « Grial. Revista galega de cultura », 2002, 156, pp. 753-766; ID., *El valle de lágrimas de la globalización*, en « Claves de la Razón práctica », 2001, 109, p. 4 y ss.; ID., *El Estado nación europeo y las presiones de la globalización*, en « New Left Review » (edición en español), 2000, 1, p. 121 e ss.

(76) Con una enorme lucidez Offe expone: « Porque nuevos procedimientos, por sí solos, no moverán a los ciudadanos a una participación más intensa si ante sus ojos sigue reduciéndose el margen de acción de la política pública (lo que puede ‘ofrecer’) y la vida política permanece encerrada en la ‘cárcel del mercado’. Esta lógica, tal como se desarrolla ante nuestros ojos [...] se las arregla bien sin la gama de justificaciones a partir de categorías como ‘progreso’, ‘justicia’, ‘libertad’ o ‘estabilidad’ ». Claus OFFE, *Dos*

positiva y defiende con vehemencia (77) — y prevalece una racionalidad económica en la que los intereses privados, preponderantes y situados en un plano superior a lo público, están exentos de la intervención oficial en un sistema, el globalizado, atentatorio contra la autonomía e independencia del Estado soberano (78).

Es lo que, acertadamente, se ha denominado, « paradoja de la globalización », asentada sobre la profunda contradicción entre unas políticas abiertas y competitivas que tienden a ampliar cada vez más sus bases representativas y la rigidez, autocracia y oscuridad de la política económica internacional. O, si se quiere, la confrontación entre los « políticos de corte tradicional » y los « tecnócratas de corte global » (79) a la que, desde luego, no es ajeno en absoluto el mundo del derecho, que también parece replegarse al discurso hegemónico de la economía en este tiempo de transiciones (80). Un tiempo en el que, desde algunos círculos jurídicos implicados, se denuncia cómo el relato jurídico posmodernista ha afectado, y no poco, a los derechos, y donde las « relaciones con los semejantes » se han visto igualmente afectadas por el nihilismo y relativismo cultural que determina la indiferencia del nuevo prototipo social, esto es, el hombre tecnológico hacia los demás y en el que *la legislación ambiental debe ser vista desde la perspectiva de la crisis ambiental, la posmodernidad y el concepto de sociedad de riesgo* (81).

teorías y media. Posdemocracia en la era de los mercados financieros globales, en « Revista de pensamiento contemporáneo », 2014, 43, pp. 154-162, pp. 157 y 162.

(77) « Abbandonato il mito della purezza del diritto, dominante fino agli inizi del Novecento, oggi assistiamo a una decisa fattualità del diritto, intendendo con questo sintagma una enorme virulenza dei fatti che hanno la capacità di condizionare il diritto e di plasmarlo ». GROSSI, *Sulla odierna fattualità del diritto*, cit.

(78) Marcela ANZOLA GIL, *El paradigma de la seguridad jurídica en un Estado en transformación. El caso de la inversión extranjera*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, sobre todo el capítulo « análisis y resultados: ¿posmodernidad o problemas de inconmensurabilidad? ».

(79) POZAS HORCASITAS, *Los nudos del tiempo*, cit., pp. 105-106.

(80) Jürgen HABERMAS, *Tiempo de Transiciones*, Madrid, Trotta, 2004; ID., *La constelación posnacional: ensayos políticos*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2000.

(81) Carlos Salvador RODRÍGUEZ CAMARENA, *Globalización y posmodernidad en los derechos humanos*, en « Ciencia jurídica », 2012, 2, pp. 137-158; José Antonio SANTOS, *El hombre tecnológico como fetiche de la modernidad ampliada. Acuerdos y desacuerdos con la posmodernidad como resistencia de Jesús Ballesteros*, en « Dikaion », 26 (2017), 1,

La acerba crítica que el maestro florentino dirige a la modernidad, en especial en las obras que aquí se han tomado de referencia, hacen de él más que un posmodernista, un contramodernista en el sentido foucaultiano del término o un antimodernista ⁽⁸²⁾. Del mismo modo, su opción por la globalización y la asunción de un discurso inacabado, le sitúan en la esfera de la transmodernidad. Con todo, por su profunda reflexión basada en un acreditado conocimiento acumulado durante décadas, unida a la impaciencia por encontrar soluciones válidas y eficientes, la articulación de un discurso alejado de lo abstracto y de la construcción de soluciones intemporales como ocurría en la modernidad, la defensa de la subjetividad de los grupos sociales, su visión comunitaria y, finalmente, su reivindicación de la función creadora de la interpretación jurisprudencial doctrinal y judicial, aunque ello supusiera depositar en juristas y jueces una confianza ciega y la negativa a aceptar la inexistencia para el derecho de un « aplicador neutro » ⁽⁸³⁾, esto es, exento de influencias externas e inclinaciones personales y/o de una ideología que puede llegar a convertirlos en un poder político exento de control constitucional ⁽⁸⁴⁾, responde más bien al tipo de *parresiasitès* filósofo en el sentido que le concedió Foucault. Esto es, un intelectual volcado en la defensa de la colectividad en un sentido exactamente contrario al modernista y su función de preservar los poderes políticos para un partido o un movimiento ⁽⁸⁵⁾, como hicieron los juristas a través de la exégesis.

pp. 11-30; José Rubens MORATO LEITE, Germana Parente NEIVA BELCHIOR, Carlos E. PERALTA, *Derecho constitucional ambiental brasileño a la luz de una posmodernidad*, en « Revista catalana de dret ambiental », 5 (2014), 1.

⁽⁸²⁾ Andrea BIXIO, *L'antimodernismo postmoderno di Paolo Grossi (a proposito di Scienza giuridica italiana e Mitologie giuridiche della modernità)*, en « Rivista di diritto civile », 50 (2004), 3, pp. 375-393.

⁽⁸³⁾ « Todo aplicador do Direito sofre influências sociais, da ideologia, do inconsciente, de suas próprias condições materiais etc. ». Sergio Paulo ROUANET, *Idéias: da cultura global à universal*, São Paulo, Universidade São Marcos, 2003, p. 111.

⁽⁸⁴⁾ Luís MELIANTE GARCÉ, *Latinoamérica en la región: "sociedad líquida", decisión judicial y política. Un conflicto agudo, apenas distimulado*, en « Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales », 2018, 48, p. 1075 y ss., en particular, p. 1100 y ss.

⁽⁸⁵⁾ A pesar de la antinomia que Foucault observa entre *parresía* entendida como libertad de palabra y democracia. M. FOUCAULT, *La parresía y la crisis de las*

Al igual que los primeros humanistas, Grossi no se planteaba « producir argumentos válidos universalmente, sino discursos adaptados a la intención y al contexto, pronunciados *pros ton kbairon* »⁽⁸⁶⁾. Precisamente, el exponer sus propuestas en el momento adecuado y oportuno, más allá de lo acertado o no de las mismas, incluso de la superación del « exilio interior » practicado por los intelectuales — y, por consiguiente, los juristas — modernistas frente a un mundo que, a la postre, « percibían como ajeno » y que, además, ofrecía escasas posibilidades de intervención en él, pero al que, obviamente, se enfrentó⁽⁸⁷⁾, es lo que, asimismo, hizo de Grossi un intelectual *tout court*. O lo que es lo mismo, aquel que asume que su función « no está vinculada al sistema político e institucional sino que es plantear una crítica de lo que decimos, pensamos, sentimos y actuamos con un *ethos* filosófico que dé cuenta del presente, de lo que estamos viviendo »⁽⁸⁸⁾.

instituciones democráticas, en ID., *Discurso y verdad en la Antigua Grecia*, Barcelona, Paidós, 2001, pp. 111-112.

⁽⁸⁶⁾ CASTANY PRADO, *Humanismo, modernidad y posmodernidad*, cit., p. 18.

⁽⁸⁷⁾ GARCERÁ RUIZ, *Visiones desde el exilio*, cit.

⁽⁸⁸⁾ CERÓN, *Los intelectuales entre la modernidad y la posmodernidad*, cit., pp. 163-64.

GIUSEPPE DUSO

UNA NUOVA 'INVENZIONE'
PER UN NUOVO COSTITUZIONALISMO?

1. Lavoro storico e pensiero critico. — 2. Diritto e politica nel 'dispositivo ordinante' moderno. — 3. Il concetto moderno di legge. — 4. La costituzione democratica e l'invenzione dei Padri costituenti. — 5. La costituzione democratica supera l'orizzonte moderno della sovranità? — 6. Un nuovo costituzionalismo per l'Europa? — 7. Reinventare la democrazia.

1. *Lavoro storico e pensiero critico.*

Il lavoro di Paolo Grossi è stato sempre presente e rilevante nel mio percorso. Cerco allora di mostrare alcuni punti della mia ricerca che considero consonanti con il suo itinerario, sia pure con la consapevolezza che non è l'ambito giuridico, ma il terreno della riflessione filosofica quello in cui mi muovo. Il tema, posto al centro del Quaderno, di una riflessione sul nodo fondamentale costituito dal diritto come forma dell'esperienza, mi viene in aiuto, dal momento che la filosofia politica, quale la intendo, è intrinsecamente legata all'esperienza, intesa nella sua concretezza e storicità. In questo modo continuo anche un dialogo che ha dato luogo negli anni ad uno scambio epistolare e un saggio recente, nel quale ho cercato di mostrare quale sia la rilevanza dello storico del diritto per pensare oggi il nesso di politica e diritto ⁽¹⁾. Intendo qui in modo particolare mostrare come il volume recente « Reinventare la democrazia » si richiami, già a partire dal titolo, a quell'*invenzione* nella quale Grossi identifica la natura del diritto in relazione alla concreta realtà

⁽¹⁾ G. Duso, *Fare storia e pensare il presente: in dialogo con Paolo Grossi*, in *Scritti per Paolo Grossi offerti dall'Università di Padova*, a cura di M. Bertolissi, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 199-226.

sociale (2). Il punto focale della riflessione consiste nella questione se non si presenti un compito nuovo, non solo alla filosofia politica, ma anche al diritto, in un momento, come quello odierno, in cui la costituzione democratica sembra trovarsi in una fase di crisi e di trasformazione (3).

Riprendendo alcune osservazioni presenti nel saggio sopra indicato, è innanzitutto da ribadire la rilevanza del lavoro di Grossi in relazione alla comprensione della storicità che caratterizza i concetti che usiamo (i concetti moderni), una comprensione che non si identifica con lo storicismo, in quanto non intende i concetti moderni come inevitabile progresso, ma, al contrario, ne riscontra alcune aporie costitutive, alcuni aspetti mitologici, che occultano gli effetti contraddittori che essi producono nella realtà. Una tale consapevolezza va di pari passo con l'analisi della ricchezza del pensiero del passato, in particolare del Medioevo, e contemporaneamente con l'identificazione del problema che dobbiamo avere la capacità di pensare oggi, che si può cogliere solo se ci si libera dal paraocchi costituito dai concetti moderni. Perciò il suo lavoro storico ha una caratura critica che appare indispensabile per una riflessione radicale (e perciò filosofica) sul diritto (4).

La critica alle mitologie del moderno non è, certamente, accompagnata dalla volontà di riproporre una « verità » antica (5). Il

(2) G. DUSO, *Reinventare la democrazia. Dal popolo sovrano all'agire politico dei cittadini*, Milano, FrancoAngeli, 2022.

(3) Naturalmente non posso qui riprendere le argomentazioni che ho svolto nei miei lavori. Ricordo, una volta per tutte, che nel libro sulla democrazia sopra indicato si possono trovare quelle analisi e quei riferimenti ai testi dei classici, letti con una consapevolezza storico-concettuale (o, in alcuni casi, almeno il richiamo a quelle analisi e letture), che chiariscono e motivano le cose dette nel presente saggio.

(4) Per questo ho ritenuto la rilevanza attribuita all'atteggiamento storico ai fini di una riflessione radicale — e perciò filosofica — sul diritto assai vicina a quella « storia concettuale come filosofia politica » in cui ravviso la linea della mia ricerca. Che filosofia e diritto non siano attitudini del pensiero separate tra loro lo conferma il fatto che i concetti che stanno alla base del diritto pubblico e che caratterizzano la filosofia politica moderna emergono in quel giusnaturalismo che è costantemente il bersaglio della critica di Grossi, e la cui analisi costituisce il primo e decisivo passo del lavoro del gruppo di ricerca padovano sui concetti politici (vedi n. 7).

(5) Avvertenza questa spesso ribadita (cfr. ad es. P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2017, p. XIX, d'ora in poi ID), che si accompagna con la

principio della libertà della coscienza, che comporta un avanzamento del pensiero, si è imposto anche storicamente con la Rivoluzione francese e il concetto di uguaglianza ha permesso di superare l'organizzazione dell'*ancien régime* con i privilegi che lo connotavano (6). Tuttavia una tale uguaglianza è stata intesa nel suo carattere meramente formale, ed è divenuta il fondamento di una politica che ha perso la ricchezza delle differenze e, proprio in quanto ha inteso i cittadini, in modo atomistico, come fondamento del potere, ha finito con il renderli succubi di esso. Insomma, il suo lavoro apre un orizzonte in cui la ricchezza del passato insieme alla consapevolezza delle conquiste e delle aporie che contraddistinguono il pensiero moderno, permette nei confronti del nostro presente un atteggiamento consapevole, critico, e non condizionato da concetti dogmaticamente accolti.

2. *Diritto e politica nel 'dispositivo ordinante' moderno.*

Il nesso di diritto e politica, grazie al dispositivo dei concetti moderni che nascono nel giusnaturalismo (quello che Grossi chiama il « dispositivo ordinante »), ha un destino che può apparire paradossale: proprio il fatto che il politico sia inteso mediante la forma giuridica (si dice infatti che con Hobbes nasca il diritto pubblico), produce il risultato che il diritto diviene il prodotto della volontà politica. Tale dispositivo ha come suoi poli, intrinsecamente legati l'uno all'altro, il concetto di libertà, come autoreferenzialità della volontà dell'individuo, e il potere sovrano, che si fonda sulla libera volontà degli individui e, insieme, la garantisce. È proprio il dispositivo della sovranità, nato nelle dottrine giusnaturalistiche del contratto sociale (7), a produrre la riduzione del diritto alla legge e dunque alla volontà del legislatore. La considerazione, da Grossi esplicitamente avanzata — in contrasto, mi sembra, con le opinioni diffuse tra i giuristi —, che giusnaturalismo e assolutismo giuridico

critica al « suadente ricorso modellistico » (P. GROSSI, *Società, diritto, Stato*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 58, d'ora in poi SDS).

(6) Questa conquista non viene certo negata (cfr. ad es. ID., p. 41).

(7) Cfr. *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, a cura di G. Duso, Bologna, il Mulino, 1987 (Milano, FrancoAngeli, 2006²).

non siano contrapposti, ma piuttosto due lati della stessa costruzione teorica ⁽⁸⁾, coglie con lucidità la logica della concettualità moderna. Infatti, nella dottrina del contratto sociale, al di là delle differenze tra i diversi autori, si manifesta un processo, indirizzato al rigore scientifico, che parte dai diritti degli individui e si conclude con il diritto di coazione, attribuibile solo all'intero corpo politico ed esercitato rappresentativamente. Come si può riscontrare leggendo i cap. XVI, XVII e XVIII del *Leviatano*, è solo il moderno concetto di rappresentanza a permettere di concepire la sovranità con l'irresistibilità che comporta. Il suo primo movimento consiste nel processo di *autorizzazione*, mediante il quale gli individui, dichiarandosi *autori* delle azioni del rappresentante, ne fondano l'autorità. Su di esso si basa il secondo movimento, secondo il quale il comando espresso dal rappresentante è inteso come la volontà del popolo. Il diritto, come insieme delle leggi, diventa così il prodotto della volontà del legislatore, il quale non ha niente sopra di sé che possa condizionarlo. Perciò appare logicamente fondata la convinzione che il moderno giuspositivismo non sia opposto al giusnaturalismo, ma sia da esso razionalmente fondato ⁽⁹⁾: si può dire che sarebbe stato impensabile senza la costruzione razionale del giusnaturalismo.

3. *Il concetto moderno di legge.*

Il ruolo centrale in questo dispositivo è svolto dalla legge. A questo proposito è da ricordare la lezione (dal mio punto di vista, *storico-concettuale*) che viene dall'*Ordinamento giuridico medievale*, quando si afferma la necessità, nel momento in cui si accostano le fonti, di liberarsi da quel concetto di legge — che la identifica con l'espressione di una volontà e con il comando — a cui inevitabilmente ricorriamo se non abbiamo la consapevolezza critica sopra indicata. La legge nel Medioevo è tutt'altra cosa. Non è il *prodotto* della volontà, ma, al contrario, ciò che la *condiziona*; esprime le radici di una civiltà, tutto ciò che nel tempo ha costituito la sua storia, l'*ethos* collettivo di una società. Intesa in questo senso, la

⁽⁸⁾ Cfr. P. GROSSI, *Il costituzionalismo moderno fra mito e storia*, in ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007³, p. 182 (d'ora in poi MG).

⁽⁹⁾ Cfr. P. GROSSI, *Ancora sull'assolutismo giuridico*, ora in SDS, p. 48.

legge richiede non un atto di volontà, non una creazione, ma lo sforzo di cercare, di trovare, appunto una *invenzione* nel significato che ha il verbo *invenire*. Invece, a partire dal giusnaturalismo, la legge consiste nell'espressione della volontà del soggetto collettivo, del popolo, il cui comando è l'unico legittimo in quanto eliminerebbe il dominio tra gli uomini, dal momento che i cittadini risultano sottoposti alla legge, della quale, mediante il processo di autorizzazione, si sono dichiarati *autori*: obbediscono perciò, in fondo, al loro stesso comando. L'identificazione tra il soggetto che esprime il comando e coloro che obbediscono — che comporta la negazione della differenza tra chi governa e chi è governato — sarebbe garantita dal concetto, tutto moderno, di *popolo*, che indica sia il soggetto collettivo, sia la totalità degli individui uguali. Qui sta la chiave della negazione del diritto di resistenza ⁽¹⁰⁾.

In un tale contesto non appare legittima la domanda se la legge sia *giusta* (domanda esclusa sia da Hobbes che da Rousseau), in quanto la legge è *giusta* per la sua stessa forma di legge. Ma ciò comporta che possa veicolare i contenuti più disparati, ad arbitrio della volontà del legislatore, che è teoricamente il popolo, ma in realtà il corpo rappresentativo, e nei Parlamenti moderni lo sono i partiti che riescono ad affermarsi come maggioranza ⁽¹¹⁾. La riduzione della questione della giustizia — che costituiva la stella polare delle concezioni della politica (pure diverse e anche in contrapposizione tra di loro) fino al moderno giusnaturalismo — alla razionalità formale di questo dispositivo ha lo scopo di impedire che essa si

⁽¹⁰⁾ Per la linea della presente riflessione, che tende a mostrare la persistenza della logica della sovranità anche nella costituzione democratica, è significativo ricordare come, nel dibattito dei Padri costituenti sull'articolo della Costituzione che avrebbe dovuto sancire il diritto di resistenza, tale diritto sia apparso ovvio all'inizio della discussione, sul fondamento della libertà dei cittadini, affermata proprio nel momento in cui si era usciti dalla dittatura fascista, ma sia stato ben presto messo in questione, e poi abbandonato, in seguito alla considerazione che nel potere legislativo è la volontà del popolo a manifestarsi. Il risultato è che l'articolo (diventato poi il 54), anziché affermare il diritto di resistenza, non fa che ribadire quell'obbligo dell'obbedienza alle leggi che la sovranità impone grazie al processo rappresentativo. La sovranità del popolo implica di necessità la negazione di qualcosa come il diritto di resistenza.

⁽¹¹⁾ Certamente una tale assolutezza del legislatore è messa in questione nelle costituzioni contemporanee, ma, come si vedrà, non in modo radicale.

ripresenti continuamente, risultando in tal modo destabilizzante per l'ordine esistente. In un fondamentale libretto, che ora finalmente sta apparendo anche in traduzione italiana ⁽¹²⁾, Hasso Hofmann, confrontando tra di loro l'affresco del *Buon governo* di Lorenzetti e il frontespizio del *Leviatano*, mostra la frattura che si viene a determinare tra due modi radicalmente diversi di concepire la politica. Mentre nel primo la giustizia appare come la questione decisiva per la prassi dei cittadini e dei governanti, nel secondo si verifica l'oblio della giustizia, in quanto viene neutralizzata la domanda sull'essere giusto o meno del comando politico. E questo perché il concetto chiave della politica diviene quello di libertà, una libertà formale, basata sull'autoreferenzialità del soggetto e della sua volontà. Restano fuori dalla considerazione la *relazione con l'altro*, così come i contenuti della determinazione della volontà, in un orizzonte vuoto che manifesta un aspetto nichilistico.

Anche Grossi ritiene che questo concetto di legge, basato sui concetti di uguaglianza e libertà, costituisca « la pietra angolare del nuovo edificio costituzionale » ⁽¹³⁾. Bisogna tenere ben presente che è proprio l'identificazione del comando con la legge a costituire la chiave di quell'ordinamento politico che si è affermato con la forma-Stato. In ciò consiste non solo la modalità del comando, ma anche la sua legittimazione, che in seguito si affermerà come *legittimazione democratica*. Ne consegue che, nel momento in cui questo concetto appare contraddittorio in relazione alle intenzioni che ne hanno determinato la genesi, esso debba essere superato, per pensare in modo diverso la costituzione e la democrazia. In effetti la concezione della legge come comando viene da Grossi interrogata criticamente in relazione non solo ad una corretta comprensione del Medioevo, ma anche al compito di pensare il presente. Ciò com-

⁽¹²⁾ H. HOFMANN, *Bilder des Friedens oder die vergessene Gerechtigkeit*, München, Carl Friedrich von Siemens Stiftung, 1997.

⁽¹³⁾ Cfr. P. GROSSI, *Il costituzionalismo moderno tra mito e storia*, in MG, p. 211. Questo saggio, che è stato aggiunto alla terza edizione del libro, risulta di particolare rilevanza, soprattutto se si considera che doveva costituire l'introduzione ad un manuale di Diritto costituzionale. Infatti, non solo emerge una piena consapevolezza del fatto che le costituzioni moderne, a partire dalle Rivoluzioni, si fondano su quel dispositivo concettuale che nasce nel giusnaturalismo, ma anche che la legge costituisce, a causa della sua rappresentatività, la chiave della legittimazione democratica del potere.

porta la necessità di superare quella nozione del diritto che lo sottomette alla volontà statale, in favore di un diritto che sia aperto insieme all'istanza superiore della giustizia e alla concreta e plurale realtà della società. Non dunque una giustizia ridotta alla legge, ma piuttosto la legge come continua e sempre provvisoria determinazione della giustizia⁽¹⁴⁾. Con gli occhi rivolti alla giustizia, il diritto ha il compito di fornire la forma necessaria ad una società, un compito che non può essere assolto riferendosi a principi astratti e dogmatici, a norme fisse, ma comporta una prassi in cui l'idea eccedente e mai compiutamente oggettivata della giustizia deve informare una realtà sempre diversa e contingente, affrontando i problemi che di volta in volta la società presenta. Il compito proposto è dunque quello di « liberarci dall'idea nefasta del valore taumaturgico della legge, cioè di una giuridicità pensata e risolta come legalità »⁽¹⁵⁾, il che significa ritornare a pensare il *diritto oltre lo Stato*⁽¹⁶⁾. Ma non si può non osservare che riconquistare una tale concezione del diritto appare logicamente possibile solo se, contemporaneamente, si intende in modo diverso quella realtà politica che è stata concepita mediante la forma-Stato, in quanto è proprio la teoria dello Stato, basata sulla sovranità, ad avere comportato la riduzione del diritto alla volontà politica⁽¹⁷⁾.

(14) Cfr. P. GROSSI, *Giustizia come legge o legge come giustizia?*, in MG, p. 24; ma si veda anche *L'ordine giuridico medievale*, ivi, p. 139 e tutto il cap. VI.

(15) GROSSI, *Ancora sull'assolutismo giuridico*, cit., p. 48.

(16) Si veda a questo proposito P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015.

(17) Intendere il diritto come « prassi autoordinante della società » mette in questione la logica della sovranità, ma non toglie la necessità di pensare il *politico*. Se è un politico tutto centrato sul concetto di potere ad essere superato, tuttavia non è possibile evitare la questione di intendere il politico in modo diverso, per quanto riguarda sia l'ordine concreto di una società (la politica come dimensione architettonica, come direbbe Aristotele), sia l'insopprimibilità del governo (cfr. DUSO, *Fare storia e pensare il presente*, cit., pp. 213-216). Il rischio di una pretesa autosufficienza del nesso diritto-società e la mancanza di un modo diverso di intendere il *politico* mi pare si possano ravvisare in alcune riprese odierne del tema dell'istituzione (cfr. ID., *L'istituzione e il "politico"*, in « Filosofia politica », 2022, 1, pp. 143-157).

4. *La costituzione democratica e l'invenzione dei Padri costituenti.*

I due concetti di *sovranità* e *rappresentanza*, che risultano strutturare la *forma politica* nelle dottrine del contratto sociale, diventano i pilastri portanti della costituzione che nasce con la Rivoluzione francese (18). La stessa genesi della costituzione richiede l'esistenza del soggetto che la pone, il quale non è condizionato da niente, in quanto è solo esso a poter determinare vincoli e obblighi (19). Mentre prima il termine di *costituzione* indicava quell'insieme di realtà materiali e ideali che condizionavano la volontà di colui che governava, la costituzione moderna è invece il prodotto della volontà di un soggetto non condizionato, *ab-solutus*. Si determina in tal modo una rottura che non permette di delineare una lunga storia delle costituzioni che parte dalla *Magna Carta* e arriva fino a noi (20). Muta contemporaneamente anche il senso della rappresentanza: non c'è più un popolo che, nella sua pluralità, presenta esigenze, bisogni e diritti al re che lo governa, come nell'*ancien régime*, dal momento che è esso stesso il sovrano. La rappresentanza ora non rispecchia più realtà e volontà determinate, ma esprime un compito radicalmente nuovo, quello di *dare forma*, di produrre l'unità politica, di esprimere la volontà del popolo come soggetto unitario, il quale non esiste se non come prodotto della rappresentazione. E il primo movimento della rappresentanza si determina in quel procedimento costituzionale che consiste nelle elezioni, a cui segue la legittimità del comando espresso dalla legge.

Ma non è il caso di soffermarsi su ciò, in quanto anche Grossi ritiene che questo primo stadio delle costituzioni moderne sia totalmente dominato dalla logica della sovranità, e proprio per questo l'assetto costituzionale che si estende all'Ottocento viene

(18) Si veda per tutti D. GRIMM, *Die Errungenschaft des Konstitutionalismus und ihre Aussichten in einer veränderten Welt*, in Id., *Die Zukunft der Verfassung II*, Berlin, Suhrkamp, 2012, pp. 315-344, trad. it., *La conquista del costituzionalismo e le sue prospettive in un mondo trasformato*, in «Scienza & Politica», 30 (2018), 59, pp. 131-156.

(19) Si tenga presente il modo in cui Sieyès fa dipendere la costituzione dalla volontà *incondizionata* della nazione.

(20) La critica ad una storia continuista della costituzione è presente anche in Grossi (cfr. *Prima lezione di diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2003, pp. 86-87).

criticato fin dalla sua genesi, come risulta dalla messa in questione della divisione dei poteri basata sulla preminenza della legge (21).

Appare invece utile sottolineare lo scarto che nei confronti di questa prima manifestazione del costituzionalismo moderno vengono a rappresentare le costituzioni del Novecento, alle quali Grossi riserva in senso proprio il termine di *costituzione*. Lo scarto è così radicale da fare pensare all'inaugurazione di un'epoca *post-moderna*, per il fatto che ora le costituzioni si presentano come un « complesso organico di principi e regole fondamentali [...] desunte dai valori portanti di un popolo in un determinato momento storico » (22). La costituzione non è qui intesa come il prodotto della volontà del potere costituente, bensì come l'insieme delle regole di giustizia che caratterizzano una determinata società, e che devono orientare gli organi dello Stato e l'agire dei cittadini. Si tratta non tanto di comandi, quanto piuttosto di regole a cui la prassi politica si deve riferire.

È nel laboratorio in cui nasce la costituzione che compare quell'opera del giurista che Grossi intende come *invenzione*, la quale non consiste nella creazione, ma nella capacità di intendere ciò che emerge dal concreto della società, dalla sua storia, dal suo *ethos*, dalla sua cultura (23). Un tale lavoro è riscontrabile nella costituzione di Weimar, e in modo particolarmente esemplare nella costituzione italiana. Il lavoro dei Padri costituenti evidenzia peraltro come non si tratti di una invenzione che abbia un carattere esclusivamente tecnico-giuridico. Se il contributo dei giuristi appare essenziale, tuttavia nel lavoro dei Costituenti emerge un *accordo*, che ha carattere politico, sui valori che possono accomunare forze e parti della società diverse nei loro bisogni, nei loro interessi e nella loro cultura. Si tratta allora di un'invenzione complessivamente *politica*, per la quale il diritto risulta essere strumento indispensabile.

Sugli elementi innovativi che connotano la nostra costituzione è più volte intervenuto con efficacia Grossi, ma anche, sia pure in

(21) Cfr. P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Bari-Roma, Laterza, 2020, p. 3 e ss.

(22) Cfr. MG, p. 191.

(23) Cfr. ID., p. X. In questa pagina si dice anche che l'invenzione « riguarda in primo luogo i legislatori, ma poi anche i giuristi teorici e pratici ».

modo diverso, Maurizio Fioravanti (24). Qui ci si può limitare a mettere in rilievo solo alcuni aspetti. Innanzitutto è da osservare che gli elementi innovativi (e inventivi) riguardano non tanto i poteri dello Stato e la loro articolazione (normalmente intesa come *divisione dei poteri*), quanto piuttosto i principi e i valori che sono espressi nella prima parte della costituzione. Sono, infatti, le finalità ivi poste ad eccedere quella razionalità formale dell'obbligazione politica e quell'affermazione dei diritti di stampo individualistico che erano state decisive nella prima costituzione francese. Ciò emerge già nell'articolo 2, nel quale l'affermazione dei diritti si accompagna a quella dei doveri. Si badi bene che questi ultimi non consistono nell'ovvio corrispettivo dei diritti (se tutti hanno gli stessi diritti, ognuno *deve* rispettare quelli degli altri), bensì nei doveri che il singolo ha per il fatto di essere concretamente in relazione con gli altri, in una serie di rapporti determinati, dalla famiglia, al mondo del lavoro, ai diversi tipi di associazione che si danno nella società. La volontà del singolo, lungi dall'essere libera, nel senso dell'indipendenza, appare invece *condizionata*. Ora, se si tiene presente il ruolo fondante che l'individuo nella sua autosufficienza ha assunto nel dispositivo moderno, si può comprendere che in tale articolo traspare un mutamento radicale. L'unica via, infatti, per superare la logica ferrea di quel dispositivo (che è quella del passaggio *dai molti all'uno*, presente già in Hobbes) consiste nel riconoscere alla base della concezione della politica non l'individuo, ma la *relazione*.

Tutto ciò comporta il superamento del concetto astratto di libertà, o meglio del suo aspetto meramente formale, che riguarda la certezza del singolo di essere autore delle sue scelte. La consapevolezza che l'individuo è determinato da molteplici relazioni non comporta la negazione della libertà, ma una sua nozione più complessa e concreta, che non si riduce al punto di vista del soggetto che agisce. È il singolo a decidersi nelle sue scelte, ma il suo agire è condizionato dalle relazioni in cui si trova, da cui provengono anche degli obblighi. Allora nessuno è veramente *padrone* di sé, del suo corpo, delle sue azioni. Questa più concreta nozione di libertà implica la dimensione della *responsabilità*, che non appare, invece,

(24) Si veda il suo rilevante lavoro M. FIORAVANTI, *La costituzione democratica*, Milano, Giuffrè, 2018.

ravvisabile nel meccanismo rappresentativo, grazie al quale ci sono *autori* di azioni che non sono essi a compiere, e *attori* di azioni che sono da attribuire ad altri.

Che sia l'individualismo del dispositivo concettuale moderno ad essere messo in questione in questa parte che riguarda i principi è evidenziato dal richiamo alla *solidarietà*, che non ha un significato meramente morale e relegato nella sfera dell'interiorità dei singoli, ma intende assumere la natura di principio giuridico, costituzionale ⁽²⁵⁾. Ciò appare confermato dal modo in cui è intesa la proprietà, che fin dal giusnaturalismo è stata associata alla libertà individuale. Nell'articolo 41 la libertà di iniziativa economica viene bensì affermata ma messa in relazione con le esigenze sociali. E nell'articolo successivo viene riconosciuta e garantita la proprietà privata, ma nell'ambito dell'interesse generale, che può comportare anche la sua espropriazione.

Insieme alla libertà è anche l'uguaglianza ad essere intesa in un modo più complesso di quello astrattamente giuridico, secondo il quale i cittadini solo uguali di fronte alla legge. Già l'articolo 3 indica come l'uguaglianza si estenda alle condizioni materiali della vita, che per tutti deve essere adeguata alla dignità umana. Il fatto che una tale uguaglianza non esista in realtà, ma sia posta come fine, comporta che i cittadini, quando sono sottoposti al giudice che rende effettiva la legge, debbano essere considerati non uguali, ma nelle differenze che li caratterizzano. In questo modo emerge un aspetto fondamentale di queste costituzioni contemporanee, che riconoscono alcuni valori e indicano precise finalità ai poteri statali, in modo tale da mettere in questione l'assolutezza della volontà del legislatore affermata dal dispositivo moderno sopra ricordato ⁽²⁶⁾.

Nel momento di genesi della nostra costituzione, al di là della dogmatica riguardante il potere costituente, più che la decisione di

⁽²⁵⁾ Anche se la domanda che si intende qui porre è se l'assetto costituzionale e le procedure della costituzione democratica (elezioni, modalità di formazione del corpo rappresentativo, modo di produzione della legge, e ruolo di quest'ultima) siano effettivamente consonanti con il carattere costituzionale dei principi affermati, o invece rischiano di produrre effetti che lo contraddicono.

⁽²⁶⁾ È tuttavia da riconoscere che questi sono principi generali, che rischiano di essere generici, soprattutto se si tiene presente che ci troviamo all'interno di una economia di mercato e capitalistica: la loro interpretazione può dar luogo a scelte politiche tra loro assai lontane o addirittura in contrasto.

un soggetto sovrano è da riconoscere la ricerca da parte di forze diverse di quell'orizzonte *comune* che permette ad una pluralità di stare assieme e costituire un'unità politica. Il gesto che appare necessario è quello dell'*accordo*, tipico di una situazione di pluralità. Questa è una scelta a cui i costituenti sono anche stati costretti dalla necessità di produrre un ordine nel quale convivere, ma si tratta della costrizione che necessariamente investe una realtà politica contrassegnata da qualche forma di pluralità. Una scelta favorita, nel nostro caso, dall'opposizione a quel fascismo da cui si stava uscendo.

Alla luce di un lavoro storico-concettuale, che tiene presente la *Trennung* operata dal dispositivo concettuale moderno nei confronti della lunga tradizione precedente, si può qui riconoscere una funzione della legge (costituzionale) diversa da quella del comando, e congiuntamente l'emergere di un senso *antico* del termine *costituzione*, quello dell'insieme di realtà materiali e ideali che caratterizzano una società e condizionano la volontà e le scelte politiche. Nello stesso tempo riemerge anche la centralità di quella questione della giustizia che il dispositivo moderno aveva esorcizzato grazie ad una soluzione di tipo formale. Nella costituzione si indicano, infatti, quelle regole di giustizia senza di cui non è possibile la vita di una società. E queste regole non sono più ridotte alla dimensione formale del nesso tra libertà individuale e potere sovrano, ma riguardano il concreto della vita e dei rapporti sociali. L'organo nuovo che sancisce questo ritorno della questione della giustizia, che riguarda la realtà concreta e materiale dei cittadini, è la Corte costituzionale, la cui funzione non si riduce al mero controllo della congruità delle leggi con gli aspetti formali della costituzione, ma comporta un intervento che tiene costantemente presente i principi che in essa sono affermati. Così i giudici riprendono e continuano il gesto inventivo proprio dei Padri costituenti, e lavorano a rendere operanti nella realtà politica quelle regole di giustizia su cui è stato trovato l'accordo ⁽²⁷⁾.

Ma, a questo punto, si tratta di chiedersi se la costituzione democratica abbia veramente superato il dispositivo moderno della sovranità, con le aporie e l'effetto di spoliticizzazione che inevitabil-

(27) Cfr. ID., p. 62.

mente produce; se, cioè, abbiamo effettivamente abbandonato nella nostra navigazione la terraferma del moderno (28).

5. *La costituzione democratica supera l'orizzonte moderno della sovranità?*

Per rispondere a questa domanda è di aiuto tenere presente gli stessi interrogativi che Grossi muove alla democrazia quale si presenta a partire dalla Rivoluzione francese. Si tratta di questioni centrali per l'assetto che viene ad assumere la costituzione (29). Innanzitutto quella del significato e della funzione del popolo sovrano, il quale dovrebbe garantire la presenza politica dei cittadini, ma in realtà finisce con il disattenderla, a causa di quella rappresentanza che costituisce « un mito » da cui è difficile liberarsi (30). E lo iato prodotto dalla rappresentanza non è risolto nemmeno dai partiti, che dovrebbero costituire il tramite della presenza della società nello Stato. Essi danno luogo ad una *democrazia partitocratica*, nella quale è difficile riconoscere la presenza del popolo — nella concretezza dei suoi bisogni e dei suoi interessi — e la partecipazione dei cittadini. Dunque sono i due capisaldi del popolo sovrano e della rappresentanza a dover essere messi in questione. Inoltre viene identificato come punto critico la riduzione della giustizia alla legge, in quanto questa, essendo il prodotto della volontà del legislatore, è « passibile di ogni contenuto ». Infine viene denunciata l'irresponsabilità giuridica dei detentori del potere politico, una irresponsabilità che è conseguente alla logica del potere rappresentativo, grazie alla quale, come si è visto, sono i cittadini ad essere considerati gli *autori* del comando politico.

Se ci si chiede se tali interrogativi risuonino ancora criticamente nei confronti della situazione attuale, mi pare che la risposta

(28) Lo stesso Grossi, pur utilizzando il termine di « pos-moderno », afferma che « siamo ancora in mezzo al guado, senza avere raggiunto un approdo appagante » (ID, p. 20). Se poi si riconoscesse che la politica pensata mediante il dispositivo moderno è non solamente in crisi, ma anche connotata da aporie strutturali, allora si dovrebbe dire che una vera terraferma non la ha mai costituita.

(29) Questi interrogativi critici sono posti nell'introduzione a MG, p. 7, e sono significativamente ripresi nelle pagine introduttive (« Ultima verba ») di ID, p. XIII.

(30) Cfr. P. GROSSI, *Un mito duro a morire: la rappresentanza politica e lo svuotamento della sovranità popolare*, in MG, p. 201 e ss.

non possa essere che affermativa. È sufficiente tenere presente la ricorrente denuncia della crisi della rappresentanza ⁽³¹⁾, collegata alla crisi dei partiti, di cui è sintomo la sempre più esigua partecipazione dei cittadini alle elezioni; segno questo che essi non sentono la politica come cosa *propria*, come invece affermava l'antico detto « *res publica res populi* ». Ma poi si può considerare come siano intese come legittime, e dunque *giuste* secondo le procedure democratiche, e conseguentemente irresistibili, leggi che cozzano contro un comune senso di giustizia di gran parte dei cittadini, come le leggi che sanciscono evidenti privilegi, o quelle che contribuiscono ad aumentare il numero di morti tra i migranti. Ora, il fatto che appaiano presenti anche oggi degli effetti che contraddicono ciò che i concetti di sovranità del popolo e di rappresentanza promettevano (cioè il protagonismo politico dei cittadini) non dipende (solo) da situazioni contingenti, ma dal fatto che i processi costituzionali ispirati a quei concetti sono ancora presenti.

Infatti, se è vero che le costituzioni del Novecento operano uno scarto nei confronti di quelle nate con la Rivoluzione francese, tuttavia, se si guarda non tanto ai principi, ma alle norme prescrittive e al modo in cui sono concepiti i poteri, pare che si possa dire che lo scarto è solo parziale. Il modo in cui è organizzato l'ordine politico, il processo di legittimazione e di formazione della legge e il ruolo che ad essa è attribuito evidenziano che non è superata la logica della sovranità. Questa comporta infatti che siano i due movimenti della rappresentanza a dar luogo a quel « potere compiuto » dello Stato che costituisce l'obiettivo critico di Grossi. Questa compiutezza del potere non è frutto di condizioni o di scelte accidentali, ma del dispositivo logico della sovranità, che nega quella relazione di governo che è stata al centro delle dottrine politiche a partire dalla Grecia antica ⁽³²⁾. La *compiutezza* (assolutezza?) deriva dalla teoria secondo la quale si elimina il dominio tra gli uomini se

⁽³¹⁾ Denuncia però che, lungi dal mettere in questione la rappresentanza, la mantiene come valore indiscusso, in quanto tende solo ad individuare le cause contingenti del suo mancato funzionamento nel presente.

⁽³²⁾ È il comando politico inteso nella forma del *governo* a costituire l'orizzonte di ciò che Grossi qualifica come « potere incompiuto », in quanto comporta un orizzonte considerato reale nel quale orientarsi per navigare (costituito dalla costituzione materiale

questi obbediscono al comando che essi stessi hanno generato. Questo altro non è che il *potere rappresentativo*, che comporta alla base le elezioni e ripone il comando politico nella legge, prodotta da quel potere legislativo in cui consiste la manifestazione primaria della sovranità.

Anche nel caso in cui si operi una distinzione tra il significato che nella carta costituzionale viene ad assumere la *Repubblica* nei confronti dello Stato ⁽³³⁾, resta pur sempre centrale e « prevalente » l'ordinamento dello Stato, che è innanzitutto « Stato legislatore » ⁽³⁴⁾. Perciò, se è vero che la legge costituzionale, qualora venga esaminata nella parte riguardante i principi, manifesta quella novità e quel carattere inventivo che è stato sopra ricordato, tuttavia permane nella costituzione la legge ordinaria, prodotta dal Parlamento, e questa viene intesa come comando legittimo ⁽³⁵⁾. Anche se la presenza della Corte costituzionale mostra la non assolutezza del potere legislativo, tuttavia non sostituisce, ma presuppone la legge, la quale continua ad avere un ruolo spesso determinante. Il processo autoritativo, in cui consistono le elezioni, e il modo di formazione della legge — che non consiste in un accordo tra forze diverse, ma, al contrario, nel presentarsi come volontà generale di quella volontà particolare che conquista la maggioranza — restano processi decisivi

della repubblica, dalle regole di giustizia, dai costumi, dall'*ethos* complessivo della società), e poi, di fronte a chi governa, i governati capaci di azione politica.

⁽³³⁾ Distinzione che però appare labile non appena ci si chieda come sia possibile attribuire ad un tale soggetto le operazioni effettive, a cui alludono espressioni quali: la repubblica « riconosce », o « tutela », o « promuove con provvedimenti ». Queste azioni posso avere effettualità solo mediante gli organi e i poteri dello Stato, il quale non appare come un semplice ordinamento tra gli altri, ma la forma dell'ordine complessivo in cui si danno ordinamenti particolari. Non può allora non sorgere la domanda se in questo quadro la nozione di *autonomia* possa avere il suo autentico significato e riesca veramente a superare un'unità monolitica e centralista.

⁽³⁴⁾ Cfr. GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., p. 25, ma anche 111.

⁽³⁵⁾ Cfr. MG, p. 230. Che non si ponga l'esigenza di pensare in modo diverso la legge ordinaria e, perciò, quello che ora è il potere legislativo, mi pare dipenda dalla condivisibile consapevolezza che il comando politico non è eliminabile nella vita di una società. Nell'orizzonte della mia ricerca ciò però significa che il *governo* è insopprimibile, e che in questo è da riconoscere il comando e non nella legge.

per il significato che viene attribuito alla democrazia ⁽³⁶⁾, non solo, ma condizionano in modo rilevante la vita politica, venendo paradossalmente a costituire un vero ostacolo nei confronti della dimensione politica dei cittadini.

Non intendo soffermarmi anche in questa sede su quelle che ritengo le aporie strutturali della democrazia concepita sulla base della logica della sovranità. Mi limito a ricordare che, anche se il modo *moderno* di intendere la democrazia fosse ritenuto indiscutibile e privo di contraddizioni e la crisi presente fosse attribuibile solo a cause contingenti, tuttavia è da riconoscere che una tale democrazia non c'è di fatto. A questo proposito è illuminante un saggio di Dieter Grimm ⁽³⁷⁾ nel quale, dopo aver ricordato come il concetto di *autodeterminazione*, a cui resta ancorato Habermas, si effettui attraverso la logica rappresentativa, constata che le decisioni del Parlamento sono in realtà prese fuori di esso, e che lo stesso potere legislativo ha perso il suo ruolo primario (e legittimante) dal momento che governo e amministrazione tendono ad autodeterminarsi. Tutto ciò è aggravato dal condizionamento che vengono ad esercitare processi di portata mondiale, che rendono illusorie le decisioni sovrane prese secondo le procedure democratiche, e dall'influenza esercitata dai gruppi di interesse sia sul governo che sulle leggi, influenza che elude ogni trasparenza democratica e produce scelte da parte dello Stato che, contro il principio costituzionale dell'uguaglianza, danno luogo a privilegi. Ne risulta che la legittimazione democratica, come è stata intesa, per il costituzionalista tedesco non è effettuale. Non solo, ma, in relazione ai processi reali in corso, non appare nemmeno possibile ⁽³⁸⁾. Così Grimm. Viene in tal modo ad

⁽³⁶⁾ Si pensi a come spesso si ritenga tradita la democrazia quando il comando e la decisione provengono dal Governo invece che dal Parlamento.

⁽³⁷⁾ D. GRIMM, *Bedingungen demokratischer Rechtssetzung*, in *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit. Festschrift für Jürgen Habermas*, a cura di L. Wingert, K. Günter, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 2001, pp. 489-506.

⁽³⁸⁾ A minare la fiducia in *questa* legittimazione democratica sta la constatazione che la presenza dei partiti annulla la divisione dei poteri (le decisioni del Parlamento sono prese *fuori* di esso da quei leader dei partiti di maggioranza che verificano quotidianamente nell'azione di governo la loro compossibilità), rendendo di fatto illusori sia il controllo dell'esecutivo da parte del Parlamento, sia la stessa funzione legislatrice di quest'ultimo.

evidenziarsi uno scarto tra la logica legittimante della costituzione formale e la concreta realtà costituzionale; ma più che di un divario si può parlare di una contraddizione, in quanto quella realtà che è in contrasto con quanto la democrazia per la sua stessa struttura sembra richiedere è non solo permessa, ma in buona parte anche prodotta, dai procedimenti della legittimazione democratica.

Si può dire che proprio il mantenimento della centralità costituzionale della rappresentanza produce nella realtà una situazione che contraddice la funzione legittimante che le viene attribuita. Si pone, perciò, il problema di quale sia l'elemento che caratterizza la costituzione come effettivamente democratica. Indubbiamente appare rilevante la funzione dei giudici e della Corte, anche perché essa, oltre a riattivare la questione della giustizia, viene a costituire un controllo effettivo del legislativo. Ma questa funzione di un organo non elettivo appare necessaria proprio in quanto non appare sufficiente e decisiva la legittimazione che viene dal processo rappresentativo. Ma allora, se non è il Parlamento ad essere garante della vita democratica, ci si può chiedere se, per un nuovo modo di intendere la democrazia, sia sufficiente appellarsi alla funzione dei giudici. Mi pare che la risposta non possa essere positiva.

L'introduzione della Corte nella carta costituzionale problematizza la sovranità, ma, lungi dall'apparire risolutiva, mi pare richieda un mutamento più radicale, che non può non toccare il potere legislativo e il ruolo attribuito alla legge. Insomma è l'insieme della costituzione democratica che sembra necessario ripensare. Lo stesso Maurizio Fioravanti, nel suo complesso e rilevante lavoro sulla costituzione democratica, riconosce la crisi dello Stato costituzionale e della democrazia che in esso si è realizzata. Egli afferma: « si consuma in modo forse definitivo *un certo modello storico di costituzione e di democrazia*, che in fondo è quello scaturito dalla Rivoluzione francese, ed è imperniato sulla centralità del fattore politico-rappresentativo e del parlamento, inteso come strumento assolutamente privilegiato di attuazione della stessa costituzione »⁽³⁹⁾. Ma è stato soprattutto Hasso Hofmann colui che, nella

⁽³⁹⁾ FIORAVANTI, *La costituzione democratica*, cit., p. 418. Anche per Fioravanti tale crisi risulta legata a fattori interni, quali la rappresentanza e la funzione assunta dai partiti, ed esterni, come la dimensione globale dei processi economici, che rende vano il

lectio magistralis conclusiva della sua vita accademica, ripercorrendo l'arco storico della genesi e del tramonto della costituzione — intesa nella sua forma statale —, ha posto il compito che ci sta di fronte all'altezza del compimento di quella storia: quello cioè di riuscire a concepire (con un pensiero che sappia dar luogo ad un diverso senso della costituzione) in modo diverso l'unità politica e la rappresentanza (potremmo dire *l'unità politica come prodotto della rappresentazione*)⁽⁴⁰⁾. Se si ha consapevolezza della razionalità specifica che caratterizza la costituzione statale e democratica, si può bene intendere che si tratta di un compito teoretico radicale: bisogna ripensare la costituzione e la democrazia⁽⁴¹⁾. E per quanto riguarda la direzione da prendere per concepire in modo nuovo l'ordine politico, i termini indicati sono quelli di *pluralità* e di *federalismo*⁽⁴²⁾. Da

richiamo all'autodeterminazione democratica e insufficiente la dimensione degli Stati nazionali (pp. 142-145). Anche se la prospettiva della ricerca di Fioravanti è diversa da quella del presente lavoro, tuttavia, mi pare che le due strade si incrocino nel ravvisare nella rappresentanza il nodo centrale della crisi della costituzione. È anche significativo che, pur rinunciando a dare indicazioni sulla via nuova che sembra aprirsi, egli, contestualmente alla constatazione della crisi «*forse definitiva*» del modello costituzionale, si riferisca al ruolo dei gruppi e ad un'immaginazione di tipo federale.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. H. HOFMANN, *Vom Wesen der Verfassung*, Berlin, Humboldt Universität, 2002, p. 23.

⁽⁴¹⁾ Senza voler attribuire a Grossi l'indicazione del compito che io mi sono assunto nel libro a cui faccio qui riferimento, non posso non ricordare che in una recente intervista (cfr. F. PEDRINI, *Colloquio su Storia, Diritto e Costituzione. Intervista al Prof. Paolo Grossi (Citille in Chianti, 10 giugno 2020)* pubblicata in «*Lo Stato*», 2020, p. 245) egli dice: «*io avverto l'esigenza forte di non procrastinabili revisioni da parte dei costituzionalisti italiani sulla rappresentanza, riprendendo le analisi innovatrici di Hasso Hofmann*». Ora, se si tiene presente la strutturalità per la democrazia del nesso rappresentazione-unità politica e la radicalità della indicazione offerta da Hofmann, nella quale la democrazia va ripensata alla luce del pluralismo e del federalismo, può sembrare che anche a Grossi si presenti il problema di una trasformazione di carattere strutturale. Dal momento che nell'intervista al nome di Hofmann è collegato anche il mio, osservo che le indicazioni sulla direzione in cui è da ripensare la rappresentanza non sono contenute nel mio libro sulla *Rappresentanza politica*, ma nei saggi successivi dedicati al superamento della sovranità grazie ad un federalismo inteso come modo diverso di concepire la democrazia.

⁽⁴²⁾ Cfr. HOFMANN, *Vom Wesen*, cit., p. 24. In relazione alla sintonia tra i nostri itinerari di ricerca è anche significativo che egli, per questo compito *nuovo*, si riferisca al vecchio e trascurato classico Althusius, il cui pensiero sembra anche a me indispensabile per una proposta di costituzione federale (vedi il cap. IX del libro *Reinventare la democrazia*).

queste considerazioni risulta che il compito di ripensare la democrazia si presenta come inaggirabile, che appare cioè necessaria una nuova *invenzione*, insieme filosofica e giuridica.

6. *Un nuovo costituzionalismo per l'Europa?*

Alla stessa conclusione di dover reinventare la democrazia porta anche la riflessione sull'Unione Europea. Tutti coloro che, per colmare il *deficit* di democrazia che viene ravvisato nell'Europa, invocano il rafforzamento del ruolo del Parlamento (così come è oggi concepito), altro non fanno che concepire l'Europa con lo schema della costituzione democratica statale. In tal modo avremmo un mega-Stato e si perderebbe l'autonomia dei membri che la compongono. Questa via è esplicitamente scartata da chi, riconoscendo che la legittimazione democratica è connaturata alla forma Stato, non la considerano praticabile per l'Europa a causa della sua costitutiva pluralità, che non permette la realizzazione di un governo parlamentare: insomma per poter concepire l'Europa bisogna superare la concettualità dello *Stato* e della *sovranità* (43). Come si è visto, la legittimazione che si basa sulla rappresentazione non consente di concepire una pluralità di soggetti, non permette di pensare una *unità costitutivamente plurale*, come non può che essere l'Europa, il cui stesso processo genetico si è realizzato mediante l'accordo di soggetti diversi e non grazie alla decisione di un potere costituente. E questi soggetti diversi intendono mantenere il loro protagonismo politico e la loro autonomia all'interno dell'unità che hanno costituito.

Allora, se di *costituzione*, nel senso etimologico del termine, sembra necessario parlare anche per l'Europa, bisogna superare quel nesso di costituzione e Stato che si è imposto nell'epoca moderna, e concepire un *nuovo costituzionalismo*. È questa una considerazione

(43) Esempio a questo proposito A. v. BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011. Ma la negazione che l'Europa possa costituirsi come uno Stato, o uno Stato di Stati, accomuna intellettuali, giuristi (esemplare O. Beaud e la sua proposta di costituzione federale), e filosofi (come J. Habermas).

avanzata da molti giuristi ⁽⁴⁴⁾. Bogdandy, riconoscendo che il diritto costituzionale ha come presupposto la costituzione statale democratica, individua il problema di « un diritto costituzionale europeo come ambito e disciplina specifici » ⁽⁴⁵⁾, e lucidamente dichiara che ciò comporta la necessità di intendere in modo diverso il potere (la *Herrschaft*) e anche la democrazia, dal momento che questa nello Stato trova la sua espressione primaria nel ruolo del Parlamento. Ma la novità del compito viene in luce anche in Habermas, il quale, identificando il principio democratico con quello che si realizza nello Stato, e negando che l'Europa si possa costituire come nuovo Stato, avanza l'esigenza di *trans-nazionalizzare* la democrazia in una *comunità federale* e transnazionale: e questo è per il pensiero un compito che è strutturale e non può dare luogo ad operazioni di mera « cosmesi » ⁽⁴⁶⁾.

Tuttavia, il problema di un nuovo costituzionalismo presenta ai giuristi la difficoltà dovuta al fatto che il diritto costituzionale ha come suo presupposto la costituzione statale caratterizzata dalla legittimazione democratica. Perciò è oltre l'assetto che la disciplina ha avuto che bisogna andare per pensare in modo diverso la costituzione, cioè una *costituzione senza Stato*. Per quanto riguarda l'essenza *democratica* di questo costituzionalismo, non si tratta di rintracciare elementi che costituiscano quasi un surrogato a quella *vera* democrazia che sarebbe ancora da ravvisare nell'autodeterminazione con cui si pensa la sovranità democratica degli Stati. Nemmeno può rappresentare una soluzione la convinzione, spesso dif-

⁽⁴⁴⁾ Si veda anche D. GRIMM, *Die demokratischen Kosten der Konstitutionalisierung — Der Fall Europa*, in Id., *Europa ja — aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie*, München, Beck, 2016, p. 105.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione europea*, cit., pp. 15-19. Se si tiene presente che la *Herrschaft* moderna è quella della sovranità, e che questa ha determinato una *Trennung* nei confronti del lungo periodo in cui il termine indicava il rapporto del signore con il popolo (io direi la relazione di governo), si può bene intendere la radicalità del compito che con le affermazioni di Bogdandy si presenta. Nella prospettiva della presente riflessione, l'esigenza che lui pone non sarebbe tanto quella di aggiungere una nuova disciplina al diritto costituzionale, ma di problematizzare quest'ultimo per un nuovo significato di *costituzione*. Infatti concepire una costituzione europea comporta di necessità pensare in modo diverso quella statale.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. J. HABERMAS, *Cosa significa transnazionalizzare la democrazia? Un'analisi a partire dall'Unione Europea*, in « Micromega », 2014, 3, pp. 3-4.

fusa, che ci sia per Europa una legittimazione indiretta che viene dalla costituzione democratico-rappresentativa degli Stati. E questo non solo per le aporie e la crisi della costituzione democratica di cui si è detto, ma anche perché una tale legittimazione democratica fa tutt'uno con quella logica della sovranità che si deve abbandonare per poter concepire politicamente l'Europa. Piuttosto il problema di un costituzionalismo europeo è da considerare come un'occasione felice, in quanto *impone* la necessità di ripensare la democrazia.

Uno degli ostacoli maggiori a prendere decisamente la via di un nuovo costituzionalismo viene dalla riluttanza che, nonostante le dichiarazioni, filosofi e costituzionalisti hanno ad abbandonare il concetto di *autodeterminazione* e a concepire la legittimità in modo diverso dal *potere rappresentativo* ⁽⁴⁷⁾. È Hasso Hofmann ad avere chiara consapevolezza che un nuovo costituzionalismo europeo fa tutt'uno con un nuovo modo di pensare la democrazia. Infatti la necessità che egli pone di ripensare il nesso di unità e rappresentazione risponde proprio all'esigenza di poter concepire *giuridicamente* l'integrazione europea ⁽⁴⁸⁾. In tal modo il problema dell'unità plurale dell'Europa si intreccia con quello della trasformazione che in questo processo di integrazione si determina all'interno degli stessi Stati, i quali, non potendo più essere pensati come sovrani, diventano qualcosa di diverso da quello che erano prima del patto federativo. È ciò che, non solo da Hofmann, viene nominato come processo di *destatalizzazione*.

Il costituzionalismo europeo non solo impone la necessità di ripensare la democrazia, ma ci presenta anche il problema di una dimensione politica sovranazionale, che oggi appare necessaria per la stessa vita degli Stati. Questi infatti non hanno più la possibilità e la capacità di controllare e governare quei processi che hanno un'estensione e una dinamica mondiale. Se il riconoscimento che

⁽⁴⁷⁾ Esempio della posizione di Habermas sull'autodeterminazione come chiave della democrazia, ma significativo anche il recente articolo di D. GRIMM, *Welche Souveränität?*, in « Frankfurter Allgemeine Zeitung », 13 settembre 2022, la cui critica nei confronti dell'attribuzione all'Europa della sovranità giuridica, caratterizza tuttavia quest'ultima mediante il concetto di autodeterminazione.

⁽⁴⁸⁾ « Um die europäische Integration rechtlich angemessen zu begreifen und gewisse interstaatliche Entwicklungen zu verstehen » (HOFMANN, *Vom Wesen*, cit., p. 23).

una serie di processi economici e la loro regolamentazione giuridica avvengono al di là della volontà degli Stati rivela la velleità della loro pretesa sovranità, tuttavia, lungi da presentare una soluzione, ci pone un problema inquietante, in quanto l'intreccio di quei processi produce situazioni di dominio che non sono controllate e condizionano le decisioni degli Stati e la vita stessa dei cittadini. Ma non ci può essere *politica* se non si governano tali processi alla luce della questione della giustizia e attraverso il coinvolgimento dei cittadini, mediante una partecipazione che non consiste nel fatto che la loro volontà sia il fondamento delle decisioni, ma che i loro interessi, bisogni, esperienze e competenze vengano ad avere una funzione nel processo complessivo di governo (appunto, una *democrazia* secondo un nuovo significato). Perciò la politicità dei cittadini non può che avere l'Europa come proprio orizzonte, in quanto questa ha la dimensione che può essere congrua al compito di tentare di governare quei processi insieme alle grandi potenze presenti sulla scena mondiale. Ma una tale Europa non può essere pensata che mediante una struttura federale, in modo tale che i membri che la costituiscono rimangano protagonisti (non come sovrani, ma come *autonomi* in una realtà unitaria del tutto nuova), e che i cittadini siano *cittadini europei*, ma attraverso le diverse appartenenze che li caratterizzano, da quelle territorialmente più vicine (come l'ambito municipale) a quelle delle aggregazioni sociali. È allora un nuovo costituzionalismo che bisogna concepire per poter pensare insieme sia l'Europa come potenza unitaria, sia l'autonomia e il protagonismo dei suoi membri, così come la partecipazione dei cittadini. Queste due esigenze sono spesso avanzate, ma, se non si concepisce un federalismo che riesca ad intendere come strettamente congiunte unità e pluralità (un'unità plurale), decisione e partecipazione, esse sono destinate a rimanere tra loro in opposizione.

7. *Reinventare la democrazia.*

Le due vie, quella dell'analisi interna della costituzione democratica e quella che cerca di pensare politicamente e giuridicamente l'Europa, si congiungono, presentando lo stesso compito: di pensare la democrazia in modo diverso da come è stata concepita nell'orizzonte della sovranità. Non in opposizione, ma proprio sulla base di

quella problematizzazione del dispositivo moderno che è presente nelle costituzioni democratiche odierne, appare necessaria una nuova *invenzione*, che riesca ad intendere in modo diverso l'obbligazione, la dimensione politica dei cittadini, la funzione della rappresentanza, il ruolo della legge, la modalità del comando politico, l'articolazione e l'assetto costituzionale, e il ruolo politico della pluralità.

Certamente una tale invenzione è richiesta ai giuristi, la cui opera è indispensabile per poter concepire un assetto costituzionale e il suo stesso funzionamento, ma, prima ancora, appare necessario un pensiero dell'uomo, della società e della politica, un pensiero che mi pare debba intendersi come filosofico. Quando la Corte europea afferma che la *solidarietà* è un principio giuridico, ciò significa è un presupposto del diritto europeo, non che è un suo prodotto ⁽⁴⁹⁾. Lo stesso si può dire anche per i concetti nati con il giusnaturalismo moderno: essi stanno alla base del diritto pubblico, ma non sono *in quanto tali* giuridici. Intendo il valore dell'individuo, i suoi caratteri o diritti, quali sono libertà e uguaglianza, il concetto di popolo, la funzione della rappresentanza come autorizzazione, il concetto di un potere irresistibile in quanto legittimato e prodotto della volontà di tutti. Se questi concetti sono stati alla base del modo di pensare *giuridicamente* la realtà politica, nascono però dall'intenzione di pensare in modo filosofico l'uomo, la società e la politica.

Ugualmente per una nuova invenzione appare necessario un movimento di pensiero che da una parte mostri le aporie del dispositivo moderno, e dall'altra tenti di avanzare alcune linee orientative per pensare la realtà politica in modo diverso. Questo non significa contrapporre una nuova verità alla *scienza politica moderna*, ma operare un suo superamento nel senso dell'*Aufhebung* hegeliana, che mantiene la conquista del moderno principio della libertà soggettiva, mostrando che, affinché questa sia reale, deve essere superata l'unilateralità della sua affermazione meramente formale. Questo duplice movimento caratterizza, secondo me, la

⁽⁴⁹⁾ Sul carattere costituzionale del principio di solidarietà in relazione all'Europa si veda G. COMAZZETTO, *La solidarietà necessaria. Metamorfosi di un principio nell'orizzonte costituzionale europeo*, di prossima pubblicazione.

filosofia politica, una modalità del pensiero che può, forse, interagire in un dialogo fecondo con il lavoro del giurista.

In questa sede mi sono proposto solo di indicare le ragioni che motivano la necessità di « reinventare la democrazia », in dialogo e con riconoscenza nei confronti del lavoro magistrale di Paolo Grossi. Non è qui possibile non solo argomentare, ma nemmeno esporre schematicamente le linee del tentativo di ripensare l'ordine politico. Si può solo dire che questo non si oppone alla innovazione che caratterizza la nostra costituzione democratica, ma va nella direzione del superamento di quelle procedure che producono effetti contraddittori nei confronti delle intenzioni e delle finalità che in essa sono espresse. Che un tale ordine costituzionale, e dunque un nuovo modo di intendere la democrazia, possa essere designato mediante il termine di *federalismo* forse non è l'aspetto più rilevante, ma può risultare illuminante, e anche giustificato dalla funzione centrale che in esso hanno la pluralità e il gesto dell'accordo, del patto ⁽⁵⁰⁾. In effetti a questo termine si richiamano anche quei filosofi e quei costituzionalisti che sono consapevoli che, per poter concepire politicamente e giuridicamente l'Europa, è necessario rintracciare una via diversa da quella dello Stato. Ma allora tale termine deve assumere un significato diverso nei confronti di quella tradizione che, muovendosi all'interno dell'alternativa tra Stato federale e confederazione di Stati, resta imprigionata nella logica dello Stato e della sovranità. Si tratta piuttosto di un nuovo modo di intendere la democrazia, nel quale la questione della giustizia — riemersa nella costituzione democratica — comporti un diverso ordine costituzionale, che superi le dinamiche legittimanti del potere rappresentativo mediante la presenza politica dei cittadini, sia attraverso una rappresentanza in cui si manifestano le diverse parti della società, sia una partecipazione al complessivo processo di governo che riguardi non tanto le loro opinioni, quanto piuttosto il concreto dei loro bisogni, desideri, esperienze e competenze.

(50) Alcune linee orientative per questo nuovo modo di intendere l'ordine politico sono presenti nell'arricchito tentativo in cui consiste la seconda parte del libro *Reinventare la democrazia*. Sulla rilevanza della figura del patto per un costituzionalismo diverso da quello statale si veda il recente volume di O. BEAUD, *Le pacte fédératif*, Paris, Dalloz, 2022.

LUCA MANNORI

REGIME DEL TEMPO E RUOLO DEL MODERNO NEL PERCORSO DI PAOLO GROSSI

1. Il 'giovane' Grossi: il moderno sul rovescio del medioevo. — 2. Negli anni della maturità: il moderno come presente dalla lunga gestazione. — 3. Il terzo stadio: la modernità messa a distanza. — 4. Per una conclusione.

Scopo di queste pagine è ricostruire quale sia stato il significato del moderno nell'opera di Grossi. Ciò implica non solo restituire l'immagine storica della modernità che egli ha inteso affidare consapevolmente alla sua produzione, ma prima ancora provare a mettere a fuoco la percezione implicita del moderno che ha in generale orientato tutto il suo itinerario di storico. Il moderno non è infatti soltanto una delle varie 'epoche' a cui tradizionalmente si è fatto e si fa ricorso per organizzare il passato. Ben prima di proporsi in questa veste, esso ha costituito, nel corso degli ultimi due secoli e mezzo, l'osservatorio obbligato dall'alto del quale su quel passato ci si è affacciati cercando di coglierne il senso e la direzione di marcia complessiva. Ogni variazione, dunque, nel modo di percepire la modernità e la sua collocazione relativa rispetto alle altre fasi del tempo, modifica il punto di vista dello storico e reagisce immediatamente sull'immagine che egli si costruisce di tutto ciò che è venuto prima di essa. Entrare in dialogo con Grossi su questo terreno, perciò, porta inevitabilmente a chiedersi quale sia il suo personale 'regime di storicità', cioè la relazione fondamentale che egli istituisce fra passato, presente e futuro e alla quale affida il proprio tentativo di comprensione retrospettiva.

Di seguito cercheremo allora di ripercorrere le principali tappe della biografia intellettuale di Grossi alla luce appunto dell'evolversi di questa sua sensibilità verso il moderno e la sua costruzione. Come andiamo subito a vedere, si tratta di un itinerario svoltosi all'insegna

di una forte coerenza concettuale, il cui denominatore comune è dato da un rapporto presente/passato baricentrato non tanto sulla ricerca dei nessi di derivazione del primo dal secondo quanto su una valorizzazione delle similitudini e delle differenze intercorrenti tra l'uno e l'altro, nel quadro di un continuo confronto tra le rispettive strutture portanti. Ciò non toglie che questa postura fondamentale sia stata declinata, nelle diverse fasi dell'esperienza scientifica di Grossi, in prospettive sensibilmente diverse, destinate a comporsi in un disegno definito solo al termine di un lungo processo di decantazione.

1. *Il 'giovane' Grossi: il moderno sul rovescio del medioevo.*

Com'è noto, la formazione iniziale di Paolo Grossi seguì più o meno le linee generali di quella correntemente prevista per gli storici del diritto dalla università presessantottesca italiana. Per più di quindici anni — dal conseguimento della laurea in giurisprudenza fino ai primi anni Settanta —, egli si dedicò pressoché esclusivamente alla esplorazione del medioevo, secondo quanto previsto dal canone di una disciplina allora interamente gravitante attorno ad esso. È al medioevo, in particolare, che sono dedicati tanto i contributi di tutta questa sua prima, fertilissima stagione scientifica quanto i corsi da lui allora tenuti a Macerata e a Firenze. E se fin dall'inizio le letture e le relazioni intellettuali di Grossi testimoniano un'apertura verso il diritto positivo, la filosofia politica e la teoria generale del diritto assolutamente non comuni tra i suoi compagni di strada ⁽¹⁾, la prima fase della sua esperienza di ricerca si svolse pressoché integralmente entro il perimetro di quella civiltà medievale che costituiva l'orizzonte obbligato di tutta la storia del diritto di allora.

Il modo tuttavia con cui Grossi impostò fin dagli esordi il suo rapporto col medioevo rivela già la presenza, nella filigrana del suo approccio, di quella certa immagine del moderno che avrebbe

⁽¹⁾ Come emerge dalla sua stessa testimonianza retrospettiva: *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, Bologna, il Mulino, Prima Lezione (tutte le citazioni in nota prive di indicazione del nome dell'autore si intendono riferite a contributi di Paolo Grossi).

costituito il motivo-guida di tutto il suo successivo percorso. Richiamata in maniera magari appena cursoria, quando non data semplicemente per acquisita, una tale immagine si basava comunque sul presupposto che la modernità non costituisse affatto il luogo destinato ad ospitare il compiersi di vocazioni o di tendenze già rintracciabili nelle pieghe dell'esperienza medievale ma, tutto all'opposto, che essa rappresentasse una sorta di universo rovesciato rispetto a quest'ultima, la cui evocazione risultava d'altra parte indispensabile proprio per riuscire a mettere in luce, per differenza specifica, i caratteri identificativi della prima. A stimolare cioè lo sforzo conoscitivo di questo primo Grossi non era (né sarebbe mai veramente divenuto in seguito) un medioevo concepito come 'radice' o remota origine del moderno, ma, al contrario, come un'età intensamente avvertita quale « paese lontano », luogo topico della alterità e del « mistero delle diverse esperienze giuridiche » (2).

Che il passato costituisca, secondo la celebre metafora di Lowenthal, « una terra straniera » (3), nella quale le cose funzionano in base a logiche così remote da quelle che ci sono familiari da renderne proficua la frequentazione non in quanto premessa genetica del presente, ma come un mondo attrattivo proprio in ragione della distanza che lo separa da noi — questa è da tempo divenuta una delle idee-cardine della pratica storica contemporanea nonché, secondo alcuni, addirittura il fondamento di un nuovo « senso comune storiografico » che avrebbe ormai rimpiazzato quello d'ispirazione evolucionista proprio dello storicismo (4). Ben diverso era però lo stato dell'arte nell'ambito della storiografia italiana degli anni Cinquanta. In particolare, in quello che Grossi avrebbe poi tante

(2) Ivi, p. 42.

(3) David LOWENTHAL, *The past is a foreign country*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985.

(4) Così, per tutti, Giorgio CHITTOLINI, *Un paese lontano*, in « Società e storia », XXVI (2003), 100, pp. 331-354, con gli interventi da esso stimolati a firma di Francesco BENIGNO (*Una discussione con Giorgio Chittolini, Paesi lontani e storici d'oggi*) e di Igor MINEO (*Una discussione con Giorgio Chittolini. Gli storici e la prospettiva neo-epocale*), entrambi in « Storica », X (2004), 28, rispettivamente alle pp. 127-137 e 138-150. Per Chittolini, l'adozione di questa prospettiva, tra i suoi meriti pur evidenti, sconta il limite di rendere la pratica storiografica ormai del tutto impotente a dar conto di ciò che siamo divenuti, e di qui appunto le ragioni della discussione originata dal suo intervento.

volte rievocato come il « panorama sconsolante » della storia giuridica dei suoi esordi ⁽⁵⁾, quest'ultima si presentava per lo più come una lunga catena di 'precedenti', nella quale le nuove soluzioni nascevano da un ininterrotto processo di perfezionamento e il cui punto d'arrivo, a sua volta, era immancabilmente costituito dalla odierna civiltà legale ⁽⁶⁾.

La prospettiva abbracciata da Grossi fu invece, fin dalle sue prime prove, diametralmente inversa. Pur imboccando la pista tradizionale di una storia 'per istituti', egli s'impegnò a valorizzare in essa tutto ciò che, lungi dal segnalare una naturale tensione verso il moderno, rivelasse piuttosto i tratti di una mentalità da recuperare nella pienezza dei suoi propri termini, secondo la lezione che egli aveva ricavato anzitutto da Bloch. L'apparente incapacità, così, della prima canonistica medievale di accettare il principio maggioritario diveniva non il sintomo di un'immatura coscienza collettiva, ma il riflesso di una ben consapevole scelta spirituale, che non poteva ammettere alcuna forma di divisione di fronte alla univocità della « veritas » ⁽⁷⁾; il fatto che un contratto in origine ad effetti meramente obbligatori, come la « locatio rei », avesse finito invece, nel corso del medioevo, per assumere una efficacia reale quando stipulato « ad longum tempus » non era indice di una cultura giuridica intellettualmente debole o immatura, ma rispondeva alla necessità di fornire una piena tutela a quella « partecipazione » del soggetto alla vita di un bene in cui la mentalità medievale individuava uno dei suoi valori primari ⁽⁸⁾; mentre la stessa assenza, in tutta quanta la

⁽⁵⁾ *Uno storico del diritto*, cit., p. 20.

⁽⁶⁾ Su questa concezione legittimante della storia del diritto, a lungo concepita un po' ovunque come « l'aboutissement d'un long travail des progrès de la raison juridique et d'une chronique multiséculaire des triomphes du droit sur la force », insisteva anni fa Antonio Hespanha in un intervento che non ha perso niente della sua incisività: Antonio Manuel HESPANHA, *Une "nouvelle histoire" du droit?*, in *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro*, a cura di Paolo Grossi, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 315-340 (la citazione è a p. 318).

⁽⁷⁾ 'Unanimitas'. *Alle origini del concetto di persona giuridica nel diritto canonico* (1958), ora in *Scritti canonistici*, a cura di Carlo Fantappiè, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 7-114.

⁽⁸⁾ *Locatio ad longum tempus. Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune*, Napoli, Morano, 1963.

dottrina medievale classica, di una nozione unitaria di proprietà non era tanto il prodotto di una inettitudine a distinguere il « *dominium* » dai romanistici « *iura in re aliena* » quanto l'espressione di una civiltà per la quale quel distinguo non rivestiva alcun rilievo né sul piano delle relazioni sociali né su quello economico ⁽⁹⁾. Il moderno veniva così retrocesso da punto di fuga dell'intero divenire ad una fase qualsiasi di quel divenire stesso, il cui sistema valoriale non poteva più costituire il filtro privilegiato per apprezzare ciò che una cultura diversa da esso aveva autonomamente prodotto. « *Storicità vale insularità* » — Grossi avrebbe scritto anni dopo, nel rendere esplicito fino in fondo ciò che aveva peraltro già chiarissimo nelle sue opere di esordio ⁽¹⁰⁾; e il medioevo, costituente un « pianeta giuridico » caratterizzato da una sua « straordinaria compiutezza » tanto rispetto al 'classico' che al 'moderno' ⁽¹¹⁾, non poteva che essere pensato e restituito (brunnerianamente) tramite i linguaggi e le categorie specifiche di cui gli attori della sua storia si erano serviti per metterlo in forma. Né questa ricollocazione si esauriva sul piano di una mera pulizia ermeneutica, volta soltanto a vaccinare lo sguardo dello storico dagli anacronismi o dai teleologismi più grossolani. Dalla lezione delle prime *Annales* e dal relativismo culturale di Henri Marrou (autore, quest'ultimo, in cui Grossi avrebbe continuato per tutta la vita ad indicare un punto di riferimento per lui tanto significativo da spingerlo ad inaugurare la collaborazione con ogni nuovo allievo facendogli dono di un esemplare de *La connaissance historique* ⁽¹²⁾) egli traeva il ben più radicale insegnamento per cui il presente stesso poteva rivelarsi in tutta la sua pienezza solo nel confronto col passato. Aderire ad una prospettiva isolazionista non implicava affatto « né fuga né elusione né divertimento dall'oggi », quanto piuttosto la ricerca della « identità essenziale » del presente, « al di là e al sopra della episodicità » degli

⁽⁹⁾ *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto*, Padova, CEDAM, 1968.

⁽¹⁰⁾ *L'ordine giuridico medievale*, Bari, Laterza, 1994, p. 10.

⁽¹¹⁾ *Ivi*, p. 9.

⁽¹²⁾ Paris, Seuil, 1954 (trad. it., Bologna, il Mulino, 1979). Sul ruolo-guida che Grossi riconosce a Marrou rispetto al proprio percorso, ancora *Uno storico del diritto*, cit., pp. 32-33.

eventi, tramite « la comparazione verticale tra le diverse maturità dei tempi » (13). Era in questo bergsoniano rivivere un'esperienza diversa dalla propria che lo storico scopriva fino in fondo quella specificità del suo tempo che nessun approccio di tipo derivazionista avrebbe mai potuto rivelargli con pari efficacia. Un atteggiamento, questo, di carattere prima ancora antropologico che storiografico, maturato grazie alle suggestioni di maestri come Bloch, Le Goff o Lévy-Bruhl, dei quali Grossi si serve fin dall'inizio per plasmare quell'immagine del medioevo giuridico come una specie di modernità invertita che lo avrebbe accompagnato per tutto quanto il suo percorso successivo. Le architravi di quell'ordine erano costituite infatti, prima ancora che dall'assenza di ogni dualismo del tipo pubblico/privato o Stato/società civile, dalla radicale inesistenza dell'individuo come soggetto capace di definirsi indipendentemente dalle formazioni sociali che lo inglobano, dalle cose che lo circondano e dalla natura che lo sovrasta. È proprio qui, in maniera speculare a questo assetto « reicentrico », che comincia ad emergere quell'idea dell'ordine dei moderni che resterà alla base di tutto il successivo cammino di Grossi: come un universo interamente edificato dall'uomo e per l'uomo e nel quale il diritto si converte, da manifestazione immediata della « natura rerum », a strumento per realizzare un progetto di convivenza artificiale del quale lo Stato è il massimo responsabile. La celebre immagine grossiana, perciò, dell'ordine giuridico medievale come « diritto senza Stato » (immagine che verrà esplicitata solo più tardi (14), ma che appartiene a tutti gli effetti a questa prima fase del percorso del nostro storico) evoca in modo immediato una modernità dai tratti rigidamente legicentrici e che si contrappone all'età precedente proprio in ragione di una visione « umanistica » della convivenza che Grossi non esita a dichiarare — in polemica con i « tanti incauti zelanti » sostenitori di posizioni più compromissorie — radicalmente estranea alla civiltà medievale (15).

(13) *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 12.

(14) Cfr. soprattutto *Un diritto senza Stato. La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale* (1996), ora in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 275-292.

(15) *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 73.

2. *Negli anni della maturità: il moderno come presente dalla lunga gestazione.*

Rispetto a questa evocazione meramente allusiva del moderno il 1972 marca una svolta. Con il varo del primo numero dei *Quaderni fiorentini*, infatti, Grossi si assegna l'obbiettivo di varcare i confini del medioevo, alla ricerca di un terreno propizio — la modernità, appunto — su cui rilanciare quel nuovo dialogo tra storici del diritto e cultori del diritto positivo che avrebbe poi costituito l'obbiettivo di tutta la sua successiva vicenda culturale. D'altro canto, l'avvio di questa avventura non si segnalò inizialmente per uno specifico impegno programmatico nel ripensare la modernità secondo categorie molto diverse da quelle di comune dominio. Nella *Pagina introduttiva* dedicata a tracciare il progetto della rivista, Grossi si limitò a dichiarare come la scelta di concentrarsi sul « pensiero giuridico *moderno* » fosse stata motivata, oltre che dall'urgenza di colmare un « deplorabile e umiliante vuoto storiografico », dalla necessità d'individuare uno spazio all'interno del quale storici e giuristi potessero incontrarsi attorno a un « banco comune di lavoro » e nel clima di una « comune operosità »⁽¹⁶⁾ — il che avrebbe consentito agli uni di uscire dal loro sterile isolamento erudito ed agli altri di liberarsi da quel « soffocante bavaglio della codificazione » che li aveva per tanto tempo incatenati ad un ruolo di meri esegeti.

Indagare il pensiero giuridico moderno significa per noi inoltrarsi fin dove ci è dato reperire un nesso ininterrotto con la nostra presenza attuale [...]. Noi scriviamo moderno per significare, senza impossibili identificazioni cronologiche, quanto ha diretta rilevanza per la comprensione del presente giuridico, dalla crisi della cultura giuridica medievale all'epoca nostra⁽¹⁷⁾.

A questa altezza, dunque, lo specifico del moderno di Grossi si risolveva nel suo porsi « quale tipico terreno di continuità... tra presente e passato ». Esso costituiva un terreno dai confini elastici, che si segnalava, su tutto, proprio per non condividere quella natura perfettamente 'insulare' che era stata e avrebbe continuato ad essere

⁽¹⁶⁾ « Quaderni fiorentini », I (1972), p. 3.

⁽¹⁷⁾ Ivi, p. 4.

il tratto più saliente del medioevo grossiano. E tale carattere, se per un verso ne faceva un oggetto sicuramente meno ‘puro’ agli occhi dello storico, consentiva però di proporlo come un ambiente molto più accessibile a quei cultori del diritto positivo immersi nella realtà del presente coi quali Grossi puntava adesso a stabilire un solido rapporto.

Una presentazione, insomma, relativamente convenzionale della modernità, ma proprio per questo suscettibile di offrirsi a storici e giuristi come un luogo propizio per collaborare fattivamente.

A guardar meglio, però, il profilo di questa prima modernità grossiana è meno prevedibile di quanto appaia a un primo esame: e ciò almeno sotto due profili.

Anzitutto, sul piano cronologico le sue origini risultano retrodatate ad una fase ben più risalente di quella indicata dalle periodizzazioni consuete. Ad inaugurare la modernità giuridica, infatti, non sono le tradizionali discontinuità che marcano il passaggio tra XV e XVI secolo, bensì la crisi che fin dalla prima metà del Trecento comincia a minare il castello delle certezze medievali. Più che il deciso erompere di un mondo nuovo, è lo sfilarsi del vecchio a generare il primo embrione del moderno (« nel vecchio organismo — avrebbe scritto più tardi in un’opera di sintesi — fanno capo le cellule tumorali che lentamente prenderanno sempre più campo e che in esso trovano ancora ospitalità e nutrimento. Il vecchio reca in sé il germe del nuovo, nutre la sua morte »⁽¹⁸⁾). I grandi squilibri demografici, la penuria alimentare, l’abbandono delle terre, l’endemico ritorno della peste, la drammatica conflittualità militare conseguente alla comparsa dei primi embrioni di Stati, creano un inedito clima di smarrimento, che si riverbera nella crisi di quella filosofia tomista costituente, per Grossi, la trascrizione intellettuale più fedele dell’ordine immanente su cui la società medievale aveva pensato fin lì di poggiare. E più di ogni altra spia, è la controversia sulla proprietà francescana — ripercorsa da Grossi, ancora nel ’72,

(18) *L’Europa del diritto*, Laterza, Bari, 2007, p. 68.

in un saggio magistrale ⁽¹⁹⁾ — a segnalare per lui il tragico naufragio del progetto di un'antropologia basata tutta sull'abbraccio tra uomo e natura:

nella delusione che ormai serpeggia verso le cose — quelle cose che hanno tradito l'uomo non garantendogli più la sopravvivenza..., si incrina la stabilità di un ordine che sulle cose aveva fondato il proprio edificio. Il soggetto, fortificato nelle sue interne capacità da secoli di altissima fioritura sapienziale, ha una sollecitazione duplice e doppiamente intensa, dall'interno e dall'esterno, a cercar fondazioni nuove e soprattutto a cercarle dentro di sé, facendo i conti esclusivamente con sé ⁽²⁰⁾.

D'altra parte (e siamo al secondo profilo), a questo così precoce annunciarsi del moderno non corrisponde certo un suo sollecito inveramento. Concepita nei termini di un radicale ribaltamento della civiltà in senso antropocentrico, « la ricerca di un nuovo ordine giuridico durerà secoli » ⁽²¹⁾, giungendo a compimento solo con gli inizi dell'Ottocento. Contrariamente al medioevo — che nonostante le sue segmentazioni interne costituisce per Grossi un tempo assolutamente compatto, in cui la stessa frattura tra 'alto' e 'basso' si risolve tutta, sotto il profilo giuridico, nella decantazione culturalmente consapevole di quelle stesse certezze spontanee che stavano fin dall'inizio alla base del suo edificio —, la modernità è pensabile solo come *processo*, e anzi come un processo così laborioso e complesso da impiegare ben cinque secoli per giungere a compimento. Benché infatti le premesse antropocentriche del nuovo ordine appaiano concettualmente ben definite fin dall'inizio (inizio nel quale le prime rivendicazioni di una autonomia giuridica individuale fanno da *pendant* all'affacciarsi dello Stato sulla scena politica), la loro maturazione incontra, nei fatti, una strenua resistenza da parte di un assetto precedente che ha innervato la società in modo così

⁽¹⁹⁾ *Usus facti. La nozione di proprietà nella inaugurazione della età nuova* (1972), ora in *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 613-665.

⁽²⁰⁾ *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico* (1988), in *Il dominio e le cose*, cit., pp. 649-650.

⁽²¹⁾ *L'Europa del diritto*, cit., p. 72.

profondo da opporre una inesausta azione di contrasto all'avanzata della nuova antropologia volontaristica.

L'ambito privilegiato per misurare questo lunghissimo braccio di ferro tra vecchio e nuovo è offerto ancora una volta, per Grossi, dal rapporto uomo-beni: al quale egli dedica, tra il '72 e i primi anni Novanta, una quantità di contributi orbitanti tutti attorno alla transizione dal medievale « *dominium rerum* » — a base squisitamente economica e quindi pronto a sfrangiarsi in tante posizioni reali quanti sono i modi di utilizzo delle cose — al « *dominium sui* » proprio della modernità, che eleva la proprietà individuale a massima manifestazione unitaria della nuova sovranità dell'uomo sul mondo, a partire da quella sulla sua stessa persona. Riunite in volume nel 1992 ⁽²²⁾, queste analisi disegnano un percorso spezzato, fatto di svolte, sì, ma anche di lunghe stasi e di persistenti incertezze, che solo con l'inizio del XIX secolo avrebbe trovato uno sbocco definitivo nella nuova proprietà codicistica; mentre in un famoso volume del 1977 lo sguardo di Grossi sorprende la stessa, trionfante stagione della modernità giuridica ottocentesca ad interrogarsi perplessa e non di rado affascinata circa la razionalità relativa di un « altro modo di possedere », corrispondente a tutte quelle forme di proprietà collettiva che il tornante rivoluzionario-napoleonico non era ancora riuscito a sradicare e che continuarono a offrirsi per parecchio tempo alla osservazione dei contemporanei come massi erratici di un'altra era geologica ⁽²³⁾.

Con ciò, beninteso, Grossi non manifesta mai il minimo dubbio circa la inevitabilità storica del passaggio al moderno. Diciamo anzi che l'avvento di quest'ultimo (riassumibile nel superamento di una percezione del reale a base ontologica a favore di una di segno volontaristico e soggettivistico) corrisponde senz'altro per lui ad una sorta di necessità manifesta, destinata ad investire presto o tardi ogni aspetto del vivere civile. Ma la transizione tra i due stadi,

(22) È l'or ora citato *Il dominio e le cose*, la nutrita raccolta di saggi che tiene luogo, nel percorso biografico dell'autore, di quella vasta monografia sulla nozione di proprietà tra medioevo ed età moderna già molti anni avanti progettata da Grossi, ma poi sostituita appunto dal volume in oggetto, d'impianto quasi altrettanto omogeneo.

(23) "Un altro modo di possedere". *L'emersione di forme alternative di proprietà nella coscienza giuridica post-unitaria*, Milano, Giuffrè, 1977.

proprio per la rilevanza della sua portata, da qualunque angolatura la si consideri, non potrà che distendersi lungo un periodo enormemente dilatato. Così tipicamente per quanto riguarda l'avvento dello Stato. Fin dal suo primo apparire — cioè dal principio di quel Trecento che « a noi spicca per una viva modernità » proprio in quanto « tempo di sfiducia » verso il vecchio ordine immanente e la sua dimensione comunitaria ⁽²⁴⁾ — esso si presenta come un soggetto del tutto estraneo alla cultura medievale. Portatore di quella nuova volontà irresistibile costituente l'essenza stessa della sovranità moderna (di contro ad un potere medievale ispirato a vocazioni univocamente ordinanti e dichiarative), esso appare animato *ab origine* dal lucido progetto di « falciare fin dalle radici la mala pianta della vecchia complessità, sopprimere le comunità intermedie, eliminare le disuguaglianze, restituire al singolo privato e conservargli una sfera di libertà unicamente dipendente dalla sua volontà » ⁽²⁵⁾. Questa diromponente vocazione volontaristica, tuttavia, è costretta a scendere a patti con la massiccia resistenza inerziale della vecchia « *societas societatum* »: la quale, pur votata ad una sconfitta annunciata, riesce a difendersi vigorosamente, per secoli, contro il duplice attacco convergente dell'individuo e dello Stato. Il risultato è appunto quello di una modernità strutturalmente *in itinere*, percepita e rappresentata come un tempo di contraddizione e di instabilità ed al quale solo l'ultimo, decisivo tornante di fine Settecento riuscirà a conferire finalmente quel carattere di età compiuta, di 'epoca' in sé definita, che il medioevo esibisce invece orgogliosamente, agli occhi di Grossi, fin dal suo primo profilarsi sulle rovine del mondo antico.

Insomma: il medioevo come 'blocco', la modernità come 'percorso'. Due ambiti cronologici differenti prima ancora che nei contenuti, per la stessa contessura del tempo che li caratterizza e che stimolano lo storico da un lato ad affinare al massimo i suoi

⁽²⁴⁾ Così in un saggio successivo alla fase a cui qui ci riferiamo, che tuttavia esprime convinzioni già da tempo acquisite: *Dalla società di società alla insularità dello Stato: fra medioevo ed età moderna* (2003), ora in *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 88.

⁽²⁵⁾ *Modernità politica e ordine giuridico*, in « Quaderni fiorentini », 27 (1998), p. 34.

strumenti di analisi sistemica, dall'altro a cogliere e a misurare invece il senso e le dinamiche del mutamento.

3. *Il terzo stadio: la modernità messa a distanza.*

A grandi linee, è questa la costruzione del moderno che già tra gli anni Settanta ed Ottanta del secolo scorso Grossi consegna, prima ancora che ai suoi contributi di ricerca, ai corsi che tiene regolarmente presso la facoltà giuridica fiorentina; dai quali i discenti (tra i quali anche il sottoscritto) ricavavano la sensazione nettissima di una modernità costruitasi tutta, dal cultismo in avanti, sullo sforzo tanto pervicace quanto laborioso di superare la coscienza giuridica medievale.

Si tratta di una immagine retrospettiva che rimarrà a grandi linee immutata anche nell'ultimo trentennio dell'esperienza intellettuale di Grossi, corrispondente alla stagione per lui più fertile e densa di pubblici riconoscimenti. Nel corso tuttavia di questo terzo, lungo periodo della sua carriera, pur confermando la linea di lettura prescelta, egli ne riorienterà sempre più esplicitamente il significato verso una nuova direzione. Si tratta della distinzione via via più marcata che Grossi introduce tra la sfera del moderno e quella del suo presente: diagnosticando in sostanza la fine della modernità e collocandola in uno spazio assolutamente non più contiguo rispetto al contemporaneo.

Questa percezione di un moderno precocemente invecchiato era già ben leggibile, in filigrana, in molta della produzione precedente di Grossi e qua e là non aveva mancato di affacciarvisi in modo esplicito. Tuttavia, la costruzione per così dire 'ufficiale' del discorso grossiano non aveva fatto fin qui di questo elemento un suo punto di forza (il progetto stesso dei *Quaderni*, lo si è visto di sopra, nasceva dall'esigenza di gettare un ponte tra lo storico ed un giurista 'vigentista' per il quale 'moderno' non poteva che equivalere ad 'attuale'). Verso la fine degli anni Ottanta, al contrario, Grossi comincia a denunciare in modo vibrante l'ormai avvenuto tramonto della civiltà giuridica che aveva fatto del codice e della sovranità della legge i propri vessilli, abbinando a questa diagnosi una critica virulenta di tutto il complesso di valori a cui quella civiltà si era tradizionalmente appellata. Come egli stesso avrebbe ricordato anni

dopo ⁽²⁶⁾, questo punto di svolta può essere indicato con una certa precisione in un saggio del 1988, pubblicato in margine di un congresso di amministrativisti promosso qualche anno avanti da Giorgio Berti ⁽²⁷⁾. In esso, per la prima volta si bollava tutto quanto l'ordine legale affermatosi dall'inizio dell'Ottocento in avanti con una locuzione che sarebbe poi divenuta celebre — « assolutismo giuridico » ⁽²⁸⁾ —; mentre per altro verso, preso atto dell'ormai irreversibile « impazzimento delle varie cellule legislative » ⁽²⁹⁾ un tempo costituenti le ordinate membrature di quell'ordine stesso, se ne constatava l'ormai sopravvenuta morte cerebrale. « Frutto storico temporalmente e spazialmente limitato, ignoto al diritto dell'antico regime prima della chiusura della cerniera codificatoria » ⁽³⁰⁾, quel sistema « legolatrico » era giunto al temine della sua breve parabola al più tardi a metà Novecento; e solo la miope inerzia intellettuale della cultura giuridica dominante continuava a impedirne quella franca storicizzazione che lo stesso Grossi, da questo momento in poi, si assunse per primo il compito di promuovere.

Non interessa soffermarci ora sulla curvatura fortemente ideologica che il discorso di Grossi sul moderno assunse a partire da questo momento, abbandonando non di rado il terreno propriamente scientifico per scendere su quello del dibattito pubblico e della militanza intellettuale. L'aspetto da segnalare qui è soltanto la rettifica che egli introdusse nel suo ordine del tempo: troncando di netto la durata della modernità e assegnando al proprio presente una identità non solo autonoma rispetto a quest'ultima, ma anche dialetticamente opposta ad essa — come se esso costituisse in sostanza il prodotto del fallimento o dello sgretolamento dell'altra. Si tratta di una riarticolazione che, benché costituente l'esito di un percorso assolutamente personale, risulta largamente in asse con la svolta a cui va incontro a questa altezza gran parte del panorama culturale tardo-novecentesco, sorpreso (da Harvey a Giddens, da Bauman a

⁽²⁶⁾ *Uno storico del diritto*, cit., p. 96.

⁽²⁷⁾ *Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro agli atti di un convegno milanese alla ricerca di segni)*, ora in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., pp. 13-31.

⁽²⁸⁾ Ivi, p. 21.

⁽²⁹⁾ Ivi, p. 20.

⁽³⁰⁾ Ivi, p. 21.

Beck) dalla repentina conclusione dei « trenta gloriosi », dall'impatto della rivoluzione digitale, dalla scossa tellurica provocata dalla caduta del Muro e dall'avvento della cosiddetta società globale ⁽³¹⁾. Dal punto di vista di Grossi, comunque, il sintomo più clamoroso (e in buona misura fin dall'inizio segretamente atteso) del prodursi di questo nuovo *cleavage* temporale è certo la perdita di centralità dello Stato: con l'impetuoso riaffacciarsi di un'autonomia del sociale che sembra riaprire scenari dati per scomparsi da moltissimo tempo. Di qui, il nuovo entusiasmo con cui, a partire dagli anni Novanta, egli s'immerge in quel ripensamento critico di tutta la vicenda intellettuale del Novecento giuridico che costituirà l'impegno forse più significativo della sua ultima stagione di ricerca.

Basta richiamare qualche testo d'esordio di questa lunga, ricchissima fase per verificare come il suo filo conduttore stia tutto, in effetti, in una sempre più decisa messa a distanza del moderno, come età rispetto alla quale il presente non può che rapportarsi in termini di alterità. È questo, ad esempio, il chiaro messaggio di quella storia della dottrina giuridica dell'Italia unita che Grossi licenzia nel 2000, presentandone tutta la vicenda come la progressiva decostruzione del paradigma individualistico e Stato-centrico del diritto sette-ottocentesco ⁽³²⁾. È ancora questa una delle indicazioni forti del celebre pamphlet dell'anno seguente, dedicato alle « mitologie giuridiche della modernità », dove a una durissima denuncia del carattere tutto ideologico della modernità giuridica si abbina già l'immagine di un Novecento inteso come « lento ma costante affioramento di una coscienza più ampia valevole a recuperare le forze collettive precedentemente represses » ⁽³³⁾. Ed è sempre lungo questa traccia che si colloca, nel 2003, la non meno nota *Prima lezione di diritto*, in cui il novizio che si affaccia per la prima volta in un'aula di giurisprudenza si sente dichiarare come tutti i caposaldi dell'edi-

⁽³¹⁾ Basti qui rinviare, per i contraccolpi di questi fenomeni sulla storiografia degli anni Novanta, alle considerazioni introduttive svolte da Francesco Benigno in Id., *Parole nel tempo. Un lessico per pensare la storia*, Roma, Viella, 2013, pp. 7-16.

⁽³²⁾ *Scienza giuridica italiana: un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000.

⁽³³⁾ *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001 (con edizioni successivamente ampliate del 2005 e del 2007), p. 61.

ficio liberale classico — identificazione di legge e diritto, rigidità della gerarchia delle fonti, carattere marcatamente autoritativo del sistema giuridico ecc. — appartengano inequivocabilmente al « paesaggio giuridico di ieri »⁽³⁴⁾. Gli anni seguenti non faranno che svolgere e precisare queste premesse: da un lato indicando nel primo dopoguerra, con il correlativo avvento della società di massa, il momento di una eclissi del moderno « strettamente consequenziale alla sua incapacità di ordinare una realtà politico-sociale sempre più complessa »⁽³⁵⁾ e dall'altro individuando la specificità del pieno Novecento nel riproporre una visione ordinamentale del diritto che, dopo essere stata preannunciata dagli sguardi lungimiranti dei Gény⁽³⁶⁾, dei Romano⁽³⁷⁾ o dei Capograssi⁽³⁸⁾ — per citare solo alcuni dei giuristi eterodossi d'inizio Novecento su cui Grossi avrebbe concentrato la propria attenzione nel corso di questi anni — si sarebbe imposta irreversibilmente sul piano della effettività nella seconda parte del secolo⁽³⁹⁾.

A livello lessicale, la spia più evidente di questa nuova scansione del tempo è il posto d'onore che il linguaggio dell'ultimo Grossi riserva alla nozione di 'post-moderno', così intensamente presente negli scritti di questa stagione da essere divenuto oggi uno

⁽³⁴⁾ *Prima lezione di diritto*, Bari, Laterza, 2003, p. 94.

⁽³⁵⁾ *L'Europa del diritto*, cit., p. 219.

⁽³⁶⁾ *Ripensare Gény* (1991), poi in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., pp. 143-192.

⁽³⁷⁾ Al quale più che a ogni altro, com'è notissimo, Grossi affida il ruolo di preoce coscienza critica della crisi del positivismo ottocentesco: *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti* (2005); *Il diritto tra potere e ordinamento* (2005); *Ordinamento* (2006), tutti e tre riprodotti ora in *Società, diritto, Stato*, cit., alle pp. 143-216; ma vedi almeno anche *Ricordando Santi Romano: in occasione dell'inaugurazione dei corsi dell'aa. 2010-2011 nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Pisa*, a cura di Eugenio Ripepe, Pisa University Press, 2013.

⁽³⁸⁾ *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 83 (2006), pp. 13-40.

⁽³⁹⁾ Questo il percorso ricavabile tipicamente dal volume *Introduzione al Novecento giuridico*, Bari, Laterza, 2012, contenente una serie di lezioni tenute nel biennio 2010-2011; ma la traccia verrà riproposta una quantità di altre volte fino agli ultimissimi anni.

dei maggiori tratti identificativi della sua figura intellettuale ⁽⁴⁰⁾. Si tratta di una nozione che, pur abbondantemente circolante nel dibattito pubblico fin dalla fine degli anni Settanta, quando Lyotard l'aveva traghettata dal campo artistico-letterario a quello socio-filosofico ⁽⁴¹⁾, non sembra avesse esercitato alcuna suggestione sul nostro storico prima dell'inizio del nuovo secolo. Evocativa di un genere di cesure legate soprattutto all'avvento della società postfordista, alla rivoluzione informatica e alla globalizzazione, essa si iscriveva in un ordine di coordinate che poco aveva a che vedere con quello grossiano; senza aggiungere che la sua forte polisemia e problematicità concettuale dovevano farne un termine quantomeno sospetto agli occhi di un personaggio di regola così refrattario alle mode linguistiche come Grossi. Eppure, fu proprio questa la parola a cui Grossi affidò il compito di esprimere il senso di quel superamento del moderno che egli aveva ormai ampiamente metabolizzato: e ciò forse a partire da un convegno di costituzionalisti a cui egli partecipò nel 2006, il cui titolo — « Virtù e torti del diritto nelle società post-moderne » — potrebbe aver funzionato davvero da primo catalizzatore del suo interesse per il vocabolo. In apertura della sua relazione, in effetti, dopo aver confessato di provare un istintivo « moto di insofferenza » verso un sintagma così abusato da renderlo ormai « privo di contenuti » in termini generali, egli aggiunse subito però che questa debolezza semantica non valeva per la storia giuridica. Qui il moderno si era dato a suo tempo un profilo così definito da non lasciar spazio ad equivoci su che cosa fosse il suo 'post'. « Cantiere freneticamente impegnato a disegnare certezze indiscutibili [...], concepite quale approdo ultimo e insuperabile dell'umana ricerca », quello della modernità aveva ceduto il posto, « dopo i rivolgimenti conseguenti alla prima guerra mondiale [...], a

⁽⁴⁰⁾ Basti ricordare i titoli di alcuni interventi e raccolte di saggi dei suoi ultimi quindici anni: *La legalità costituzionale nella storia della legalità moderna e pos-moderna*, in « Giornale di storia costituzionale », 16 (2008), pp. 13-28; *Novecento giuridico, un secolo pos-moderno* (2011), ora in *Introduzione al Novecento giuridico*, cit.; *Le comunità intermedie tra moderno e pos-moderno*, a cura di Michele Rosboch, Genova, Marietti 1820, 2015; *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 2021.

⁽⁴¹⁾ Mimmo PESARE, *Come nasce il postmoderno in filosofia?*, in « Dialettica e filosofia », num. monografico, gennaio 2016 (www.dialetticaefilosofia.it).

un periodo di discussioni e di ripensamenti, fino all'odierno momento, quando noi giuristi viviamo sulla nostra pelle la crisi profonda che investe il terreno delle fonti (o meglio, la corazza rigida entro la quale la modernità le aveva costrette) » (42). Nel dominio del giure, quindi, il post-moderno non solo costituiva una categoria assolutamente univoca sul piano contenutistico, ma anche dotata di una referenza cronologica ben più ampia di quella solitamente attribuitagli (e forse fu proprio per marcare questa specificità e prevenire ogni contaminazione col significato corrente che Grossi, negli anni seguenti, si appropriò del termine riscrivendolo per lo più nella curiosa e personalissima variante di 'posmoderno').

Così amputata quindi di tutti i suoi ultimi cento anni, la modernità si riduce, nella più tarda ridefinizione grossiana, ad « un adesso che si consuma in fretta, una sorta di aritmia o extrasistole incapace di rappresentare il cardiogramma del diritto », un « momento breve ed eccentrico » in cui la *lex* riesce sì a impadronirsi del *iuris*, ma per presto abdicare a questo suo effimero trionfo e restituirlo a quella dimensione orizzontale che è ad esso troppo intimamente connaturata (43). Il « posmoderno », infatti, non è tanto, per Grossi, un'età di crisi e di disorientamento (un 'post', appunto, in cui il moderno si sfilaccia e prosegue a strappi, ma senza mai uscire davvero da se stesso) e neppure un « presentismo » che vede il corso del tempo, deprivato della sua spinta dialettica, accasciarsi stancamente su se stesso (44), quanto piuttosto una netta inversione di rotta rispetto alla direzione precedente. In esso il diritto, volte le spalle senza rimpianti alla « semplicità perduta » del secolo decimonono (45), ritrova le sue antiche radici comunitarie, si immerge daccapo nel bagno rigeneratore del pluralismo e torna ad alzare lo sguardo « oltre la legalità » (46), riappropriandosi di tutto quel

(42) *Un recupero per il diritto. Oltre il soggettivismo moderno* (2006), ora in *Società, diritto, Stato*, cit., pp. 217-218.

(43) Così, con riferimento appunto al moderno di Grossi, Francesco DE SANCTIS, *Ritorno al diritto: ripresa e guarigione dal Moderno*, in « Rivista di filosofia del diritto », 2016, 1, p. 30.

(44) François HARTOG, *Regimi di storicità* (2003), trad. it. Palermo, Sellerio, 2007.

(45) Così già in un passaggio della *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 119.

(46) Questo il titolo di una delle ultime raccolte di saggi firmate da Grossi: *Oltre la legalità*, Bari, Laterza, 2020.

complesso di fonti extrastatali (consuetudinarie, giurisprudenziali, « sapienziali ») che lo hanno reso grande nel corso del medioevo. Il posmoderno, insomma come « ritorno al diritto »: « intendendo con ciò il ritorno a una visione profondamente diversa da quella moderna », segnata a fuoco « dalla predominanza del potere politico », dalla dimensione tutta coercitiva della norma statale e dall'assoluto primato dell'individuale sul collettivo ⁽⁴⁷⁾. La chiusura di questa pagina infelice riporta a galla l'unico, vero diritto degno di questo nome che la tradizione occidentale abbia mai tenuto a battesimo — quello iscritto nelle cose e destinato a svilupparsi autonomamente, grazie anzitutto all'incessante lavoro interpretativo della scienza giuridica. Ed è appunto il risorgere di questo diritto (post-, ma forse meglio, *non più* moderno) che permette a Grossi di recuperare in pieno il significato e il valore della Costituzione. Che non è ovviamente, per lui, quella di matrice illuministico-liberale, inficiata dalla stessa vertigine volontaristica e dalle medesime mistificazioni di classe che rendono inaccettabile tutta quanta la civiltà del codice e della legge, ma la sua pronipote weimariana e postweimariana. Una costituzione che non crea ma che riconosce, che pone al centro i diritti sociali, che rilancia ed esalta i corpi intermedi e che con l'introduzione del sindacato di costituzionalità e la proclamazione di un'assoluta indipendenza della funzione giudicante dalla politica riafferma la natura obbiettiva del diritto e permette di restituire fiato e spessore alla missione creatrice della giurisprudenza. Tutti i valori, cioè, che saranno alla base della sua esperienza di giudice costituzionale tra il 2009 e il 2018 ⁽⁴⁸⁾.

4. *Per una conclusione.*

Questa dunque, in breve, la traiettoria seguita dalla costruzione grossiana del tempo.

Nel suo nucleo elementare, essa si pone in asse con tutto quel *mainstream* storiografico che, rifiutandosi di continuare a pensare la storia come un unico, coerente processo evolutivo, tende a negare al

⁽⁴⁷⁾ *Ritorno al diritto*, Bari, Laterza, 2015, p. IX.

⁽⁴⁸⁾ Li troviamo per esempio riassunti nel compendio civico *Una Costituzione da vivere. Breviario di valori per gli italiani di ogni età*, Bologna, Marietti 1820, 2018.

moderno ogni forza proiettiva, trasformandolo così da una permanentemente promessa di futuro in una fase del passato come le altre, definita in un senso più cronologico che connotativo.

Questa decisa emancipazione dalla cultura della modernità costituisce lo strato più profondo della parabola intellettuale di Grossi, già presente ed operante in lui — lo si è visto — ben prima dell'avvio di un suo confronto diretto con i temi e con gli snodi propri del periodo che correntemente definiamo 'moderno'. Tutta la sua costruzione del medioevo, come esperienza in sé conchiusa e da ripensare nei suoi propri termini grazie ad un approccio tipico dell'antropologia storica, muove appunto dal rifiuto di quell'immagine del passato come fabbrica del presente che è il prodotto forse più tipico della coscienza moderna in campo storico.

Ma Grossi va al di là di una presa di distanza del genere. Egli non si accontenta di sganciare il moderno dal contemporaneo, d'indicare nel primo un'esperienza ormai chiusa e di rivendicare al secondo il diritto di viverci in un regime di totale autonomia. La sua critica al presunto tempo progrediente della civiltà illuminista è così radicale da postulare che, quantomeno nell'ambito giuridico, il tramonto del moderno coincida col riaffacciarsi di assetti e di dinamiche proprie di quello stesso mondo che la modernità stessa aveva dato per definitivamente sepolto. Il risultato finisce per dar luogo ad una specie di anaclosi, in cui il moderno si trova schiacciato tra un prima ed un dopo tipologicamente affini e convergenti nel tarparne le pretese progressive ed emancipatorie.

Tutto ciò acquisito, va però aggiunto che questo congedo dalla modernità non è, nei fatti, così radicale e definitivo come può suggerire un riepilogo del genere. Intanto, il distacco temporale che Grossi pone tra sé e il moderno non lo porta certo ad estendere ad esso quello stesso sguardo sereno e quasi etnografico che ne ha fatto un osservatore d'eccezione della civiltà medievale. Benché ormai tutta relegata nel «mondo di ieri», la modernità non cessa di costituire per il giurista una presenza ancora troppo incombente, invasiva e condizionante per essersi guadagnata il diritto alla *pietas* dello storico. La lotta per liberarsi dalle sue pesanti ipoteche è tuttora in corso, e non può essere fatta che di dure prese di distanza e di secche scomuniche. Il tempo del rivivere e del comprendere verrà forse un giorno, quando la cultura giuridica, finalmente libe-

ratasi da tutta la crosta di «mitologie» che deformano il suo sguardo, ritroverà il sentiero della vera giustizia. Finché però il moderno — trascorso sì, ma ancora vivo nella sua anacronistica pretesa di ipotecare il futuro — non sarà morto del tutto e per tutti, il linguaggio da tenere nei suoi confronti non potrà che esser quello dello smascheramento e della denuncia — lo stesso che si usa contro gli avversari di oggi.

Ma c'è anche un altro profilo sotto il quale la costruzione grossiana continua a riflettere una storicizzazione ancora imperfetta della modernità: ed è quello che riguarda la scansione dei suoi tempi genetici.

Nessun dubbio che, se per moderno s'intende qui la fase in cui esso raggiunge la sua piena maturità, la sua estensione si riduca ad una finestra di poco più di un secolo, compresa tra la fine del Settecento e il primo dopoguerra. Se però ci chiediamo quali siano state le sue origini e soprattutto quanto tempo sia occorso per partorire quel prodotto, il modello di Grossi pare evocare ancora una gestazione lunghissima ed impegnativa, distesa lungo tutto il periodo compreso tra il XIV e il XVIII secolo necessario a dissolvere la radicatissima antropologia medievale ed a rimpiazzarla con una di segno contrario. L'immagine complessiva che se ne ricava risulta così oggettivamente squilibrata. Un epocale processo di trasformazione civile avrebbe generato, come proprio esito, una modernità giuridica così fragile e breve da entrare in crisi al primo incrinarsi dell'ordine «borghese», lasciando il posto a sua volta ad uno scenario in cui riaffiorano irresistibilmente parecchi tratti del medioevo perduto. Per dar conto di un esito del genere, sarebbe stato certamente più funzionale abbandonare decisamente l'idea dell'età moderna come tipica fase di transizione e adottare piuttosto una prospettiva che consentisse di recuperarla nella sua 'insularità', cioè di farne un'«epoca»: per esempio come sezione terminale di un 'lungo medioevo' alla Le Goff, oppure nei termini di un più o meno esteso 'antico regime', intermedio tra medioevo e moderno e governato da un suo autonomo sistema di valori e di coordinate concettuali. Una presentazione di questo tipo avrebbe permesso per un verso di rendere più credibile il rapido tramonto della modernità liberale, e per un altro avrebbe liberato tutto il periodo ad essa antecedente da quella tensione obbligata verso i traguardi ottocenteschi che oramai

appare davvero un ingombrante legato dello storicismo, aprendo invece la possibilità di fornirne una rilettura in asse con gli orientamenti della storiografia generale più recente.

Ora, nella produzione dell'ultimo Grossi si può cogliere certamente una certa disponibilità ad accogliere una prospettiva siffatta: e ciò non solo per l'accentuazione sempre più forte ora attribuita alla frattura culturale pieno e tardo-settecentesca quale momento decisivo (secondo una periodizzazione di sapore koselleckiano) per la nascita della vera e propria modernità giuridica, ma anche per la tendenza a considerare tutto il blocco storico immediatamente precedente a tale *cleavage* come un periodo a sé stante, ora talvolta abbracciato nella sua interezza col termine di « posmedievale ». Al tempo stesso, però, Grossi non sembra mai autonomizzarsi del tutto dall'idea che l'età moderna — per intendersi, quella per lui corrispondente al Quattro, Cinque, Sei e Settecento — continui a costituire intrinsecamente il luogo della produzione del moderno. Che essa si presenti ai suoi occhi anzitutto come una imponente sedimentazione di residui medievistici, ciò è indubbio; ma è altrettanto certo che appunto di residui e di sedimenti si tratta. Il fatto che esso sia tutto cosperso dalle ingombranti macerie di una cultura precedente non basta né a fare di quel mondo un segmento vitale del 'vero' medioevo né a generare una civiltà diversa e culturalmente autosufficiente, frutto di una sintesi originale tra certi tratti del mondo di prima ed alcune nuove istituzioni e mentalità collettive. La presenza dello Stato, soprattutto, anche nelle sue forme più embrionali e ancora modeste, costituisce per Grossi un elemento di discontinuità decisiva, che preannuncia fin dall'inizio i traguardi assegnatigli dal suo destino e trasforma il paesaggio all'interno del quale esso si muove nel sempre più sdrucito fondale di una sua inarrestabile marcia verso la monopolizzazione del diritto.

Il fatto è che la modernità, concepita fin dall'inizio come l'antitesi del medioevo, non può mettersi con quest'ultimo fino al punto da generare una terza epoca, titolare di una identità realmente autonoma da ciò che la precede e da ciò che la segue. Il moderno deve seguire fino in fondo il proprio destino contrapponendosi senza mezzi termini alla civiltà medievale; per pagare poi interamente il fio del suo peccato d'orgoglio grazie ad un Novecento giuridico chiamato a destrutturare pezzo a pezzo ciò che esso ha

costruito con tanta fatica. La contrapposizione frontale medioevo/moderno è insomma la precondizione irrinunciabile della nemesi novecentesca, che, come nel copione di una tragedia, interviene a chiudere i conti e a rendere all'eroe una giustizia quantomeno retrospettiva.

Il risultato è un costruito di forte impatto e di grande suggestione: che però sconta la fatica di conciliare due percezioni del tempo di segno opposto. Da un lato stanno le fasi in cui la storia, raggiunta ciò che Grossi definisce la « maturità dei tempi », si offre all'osservazione dello storico come se fosse — parafrasando Jakob Grimm — « in stato di quiete »⁽⁴⁹⁾ ed accetta quindi di venire compresa in quelle sue strutture portanti divenute qui perfettamente visibili e coerenti (a questa specie di periodi appartengono tanto il grande blocco medievale quanto la pur tanto più breve modernità realizzata sette-ottocentesca, tra i quali è possibile stabilire quella « comparazione diacronica » che costituisce per Grossi la forma più produttiva e più nobile di conoscenza storica). Ma esistono poi anche lunghe e tormentate fasi di mutamento, in cui i profili degli ordinamenti si fanno fluidi, i loro contenuti contraddittori ed ogni comprensione in termini strutturali è ostacolata dalla stessa corsa del tempo. La storia di Grossi sembra quindi presentarsi come una specie d'irregolare alternarsi di periodi forti a 'fermo immagine' con altri di transizione, inevitabilmente più sfocati e difficili da tipizzare. Al termine di un esame come quello che abbiamo tentato in queste pagine, ci si può chiedere però se questo dualismo abbia davvero una sua giustificazione obbiettiva o non sia invece il frutto di una scelta dell'osservatore, che privilegia su tutti alcuni momenti apicali e derubrica gli altri a fungere da passerelle tra questi ultimi. E a conforto indiretto di questa seconda opinione, si può richiamare conclusivamente un'affermazione del linguista austriaco Hugo Schuchardt che Grossi stesso scelse, nel 2006, come esergo di una sua raccolta di scritti, forse a ribadire la sua presa di distanza radicale da qualsiasi forma di storicismo: « solo il movimento è reale, ma solo il riposo è percepibile »⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁹⁾ Traggo la citazione dalla presentazione di Gerhard Dilcher della sua *Deutsche Rechtsgeschichte*, pubblicata su « Scienza e politica », 12 (2000), p. 8.

⁽⁵⁰⁾ *Società, diritto, Stato*, cit., p. VII.

per la storia
del pensiero
giuridico
moderno

52

T.II

2023

IL DIRITTO COME FORMA
DELL'ESPERIENZA

Per Paolo Grossi

QUADERNI
FIORENTINI

UNIVERSITA' DI FIRENZE
CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO



QUADERNI FIORENTINI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO
Fondati nel 1972 da PAOLO GROSSI

Registrato il 29.11.1983 al n. 3176 presso
la Cancelleria del Tribunale Civile e Penale
di Firenze.

Dir. Responsabile: GIOVANNI CAZZETTA

Stampato da Galli Edizioni S.r.l. - Varese

QUADERNI FIORENTINI

QUADERNI FIORENTINI

PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

Fondati nel 1972 da PAOLO GROSSI

Redattore: GIOVANNI CAZZETTA

Consiglio di Redazione:

FEDERIGO BAMBI, VITTORIA BARSOTTI,
PAOLO CAPPELLINI, PIETRO COSTA,
MICHELE PIFFERI, GIOVANNI ROSSI, LUCA
MANNORI, BERNARDO SORDI, IRENE
STOLZI, GIOVANNI TARLI BARBIERI,
RAFFAELE VOLANTE – FRANCESCO
VERTOVA (Segretario di Redazione)

Consiglio Scientifico:

ALEJANDRO AGÜERO (Cordoba); CLARA
ÁLVAREZ ALONSO (Madrid); PIO CARONI
(Bern); ARNO DAL RI JR. (Santa Catarina);
THOMAS DUVE (Frankfurt am Main); RAFAEL
ESTRADA MICHEL (Ciudad de México);
RICARDO MARCELO FONSECA (Curitiba);
JEAN-LOUIS HALPÉRIN (Paris); CARLOS
HERRERA (Paris); TAMAR HERZOG (Harvard);
RICHARD HYLAND (Camden); LUCIEN
JAUME (Paris); LUIGI LACCHÈ (Macerata);
MARTA LORENTE SARIÑENA (Madrid);
MICHELE LUMINATI (Luzern); LAURENT
MAYALI (Berkeley); STEFANO MANNONI
(Firenze); MASSIMO MECCARELLI (Macerata);
JEAN-LOUIS MESTRE (Aix-En-Provence);
DAG MICHALSEN (Oslo); FRANCESCO
PALAZZO (Firenze); CLAES PETERSON
(Stockholm); CARLOS PETIT (Huelva); HEIKKI
PIHLAJAMÄKI (Helsinki); JOACHIM RÜCKERT
(Frankfurt am Main); MICHEL TROPER
(Paris); JOSEPH WEILER (New York); JAMES
WHITMAN (New Haven); LIHONG ZHANG
(Shanghai)

I testi inviati alla redazione sono sottoposti
a referee anonimo da parte di due esperti
selezionati dal Consiglio di Redazione.
Responsabile del processo di valutazione è
il Redattore.

La Sede della Redazione è in FIRENZE
(50129) - piazza Indipendenza, 9
quaderni.fiorentini@centropgm.unifi.it
www.quadernifiorentini.eu

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

52
(2023)

Il diritto come forma dell'esperienza

Per Paolo Grossi

TOMO II

ISBN 9788828857648

ISSN 0392-1867

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. Milano - 2023
Via Monte Rosa, 91 - 20149 MILANO - www.giuffrefrancislefebvre.it

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

Stampato da Galli Edizioni S.r.l. - Varese

L'officina dello storico II

La Codificazione e l'« assolutismo giuridico »

PIO CARONI

DA DOVE L'ASSOLUTISMO GIURIDICO NON FU MAI DI CASA

Il passato, quando lo si pensa, lo si presentifica.
L'uomo non coglie che il presente: il passato resuscita
e torna presente. È la teoria del continuo del vissuto.
Francesco Biamonti, *Scritti e parlati*, Torino, Einaudi,
2008, p. 230.

1. Un ricordo personale. — 2. E un libro 'fascinoso'. — 3. Legiferare in uno Stato federale. — 4. Unificare codificando: una transizione armoniosa. — 5. C'è un diritto privato democratico? — 6. Un legislatore talvolta (o forse spesso) indeciso — 7. Tirare le somme.

1. *Un ricordo personale.*

Quando lo incontrai per la prima volta, esattamente mezzo secolo fa, nell'ottobre del 1973 ⁽¹⁾, Paolo Grossi conosceva poco del mio paese. Ma poi, affascinato dall'« emersione di forme alternative di proprietà » ⁽²⁾ e dunque a lungo preso dall'elaborazione di un libro di successo, l'aveva più volte incrociato. Se nell'« *Altro modo di possedere* » concesse spesso udienza anche ad autori attivi nella Confederazione ⁽³⁾, alla mia patria ticinese rinviava addirittura il titolo del libro, tolto di peso da un rapporto di Carlo Cattaneo del

⁽¹⁾ Ci conoscemmo in occasione del III Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto, che ebbe luogo a Firenze.

⁽²⁾ P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffrè, 1977.

⁽³⁾ Ad esempio Andreas Heusler (pp. 107, 236, 239, 258, 291, 334), August v. Miaskowski (pp. 108, 239), Maksim Kowalewski (pp. 107, 108, 141, 169, 172, 180, 183, 291), Johann Caspar Bluntschli (pp. 258, 384), senza dimenticare i numerosi rinvii alle Allmenden svizzere (pp. 101, 103, 266, 369).

1851 su *La bonificazione del Piano di Magadino* ⁽⁴⁾. A tutto ciò seguirono ripetute incursioni sia a Berna, che a Bellinzona. Le tre lezioni tenute nell'Università di Berna fra il 1978 e il 2003 ⁽⁵⁾, come anche i successivi interventi nel Liceo economico-sociale, nella Biblioteca e nell'Archivio cantonali di Bellinzona, gli permisero, anno dopo anno, di capire, con sempre divertito stupore, come funzionasse questo paese 'diverso'.

Lo dimostrò sorprendentemente il 9 novembre 2000, rivolgendosi ai miei studenti che, letto il suo *'Assolutismo giuridico'*, avevano desiderato discuterne in un seminario durante tutto il semestre invernale 2000-2001. Dopo le presentazioni di rito, Paolo ringraziò e subito aggiunse: « Vi parlerò dunque dell'assolutismo giuridico, ossia di un fenomeno provocato dall'arroganza dei codici e che io considero una deriva, ma che fortunatamente nel vostro paese non attecchi ». Questa affermazione, tanto perentoria quanto inattesa, ebbe per gli studenti un effetto liberatorio. Non era loro, infatti, sfuggito il silenzio quasi assoluto del libro su una eventuale connivenza elvetica; un silenzio interrotto solo da qualche sommaria citazione di Eugen Huber ⁽⁶⁾. Dalle quali traspariva comunque schietta ammirazione per il ruolo di avveduto legislatore da lui svolto con innegabile successo. Ora la chiarificazione iniziale liberava il campo da dubbi, equivoci e malintesi, scagionava definitivamente il paese e permetteva così al relatore di riassumere le molteplici ragioni della sua denuncia. E di farlo oramai senza riguardi per nessuno e

⁽⁴⁾ Pubblicato da ultimo in C. CATTANEO, *Saggi di economia rurale*, a cura di L. Einaudi, Torino, Einaudi, 1975, pp. 173-199, la citazione a p. 183. Sull'influsso concreto esercitato dai due rapporti di Cattaneo sulla bonifica del piano vedi G. CAMOZZI, *Il piano di Magadino*, Tesi presentata all'Università di Zurigo, Lugano, Tipografia Basilio Bianchi, 1949, pp. 136-143.

⁽⁵⁾ Il 30 maggio 1978 Paolo discusse con un gruppo di studenti italo-foni *'Un altro modo di possedere'*; il 9 novembre 2000 ragionò sull'assolutismo giuridico nel diritto privato; finalmente il 4 giugno 2003 mi accompagnò, commentando ad alta voce e in un francese perfetto, una delle mie ultime lezioni. Concluso l'impegno didattico, il giorno successivo fu sempre dedicato ad una nostra escursione, la cui destinazione sceglievo secondo i gusti di Paolo, comunque affini ai miei: dapprima la Certosa della Valsainte, dipoi l'Abbazia agostiniana di Saint Maurice nel Vallese e per finire l'Ile Saint-Pierre nel lago di Biemme, sulla quale J.-J. Rousseau si era rifugiato nel 1765.

⁽⁶⁾ P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 30, 175, 225, 235, 309.

come sapeva fare solo lui. Ossia con magniloquenza ed eleganza, ma anche senza peli sulla lingua.

Fu una serata memorabile. Trascorsa la quale chiesi a Paolo le ragioni di quella sua iniziale drastica esclusione. Che io in fondo dividevo, ma che egualmente mi sorprese. Poiché non mi risultava che Paolo avesse studiato il lento emergere della strategia codificatrice nei Cantoni svizzeri del XIX secolo, o la sua definitiva affermazione a livello federale con i codici unitari del 1881 e del 1907. Fatto sta che ne nacque fra noi una lunga e serena discussione. Che Paolo riassunse silenziosamente qualche anno più tardi, dedicando al codice huberiano un commovente ‘ricordo speciale’ (7). E spiegandone la singolarità sia con il carisma del legislatore, che con l’eccezionalità del contesto politico: « alle spalle dei codificatori sta la realtà politica di una democrazia diretta ormai consolidata nella sua forma di Stato » (8).

Ecco, in questo mio intervento mi propongo di ragionare, forse per un’ultima volta, proprio solo su questo codice fortunatamente (o fortunatamente) refrattario, perché — a detta di Paolo — capace di sottrarsi alle derive innescate, o forse solo favorite, dall’assolutismo giuridico. Ma non potrò arrivarci senza aver prima tentato di mettere a fuoco quest’ultimo concetto. L’ho già fatto, brevemente, anni fa, ragionando sul codice come messaggio, senza nascondere mie perplessità (9). Che ora tento preliminarmente di esplicitare.

2. *Un libro ‘fascinoso’.*

La silloge del 1998 fu indubbiamente un libro fascinoso, cioè « che avvince e seduce per le sue attrattive » (10). O, se si vuole, una trovata geniale, in tedesco si direbbe un *Wurf*, che di colpo provocò

(7) P. GROSSI, *L’Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 179.

(8) *Ibidem*.

(9) P. CARONI, *E se anche il codice fosse un messaggio?*, in « Quaderni fiorentini », 47 (2018), pp. 57-109, specialmente p. 71 e già prima P. CARONI, *Privatrecht im 19. Jabrbundert. Eine Spurensuche*, Basel, Helbing Lichtenhahn, 2015, pp. 48-49.

(10) Come suggeriscono G. Devoto e G.C. Oli nel loro *Vocabolario della lingua italiana*.

un ribaltone e corresse opinioni da tempo omologate e saldamente celebrative sul tema codificatorio. Nel quale anche Grossi vide « l'evento più significativo e più impegnativo della storia giuridica europea continentale »⁽¹¹⁾; ma del quale appunto propose una lettura tutt'altro che trionfale. Una lettura che ai codici, e per essi esemplarmente a quello civile francese del 1804, rimproverò l'artificialità dell'origine⁽¹²⁾ e l'ambizione totalizzante⁽¹³⁾, come anche l'inconfessata brama di distruggere la società prerivoluzionaria, con il suo vitale pluralismo giuridico⁽¹⁴⁾, ad esempio monopolizzando la produzione del diritto⁽¹⁵⁾. E a farlo non proprio nell'interesse generale, ma unicamente in quello del terzo stato⁽¹⁶⁾. Ritenendosi logicamente completo ed autosufficiente, il codice aveva detronizzato il giurista, abituato finora ad interpretare criticamente reperti storici in vista di una loro applicazione concreta. In merito l'accusa ribadita più volte è addirittura violenta, evoca un avvenuto brutale esproprio⁽¹⁷⁾, denuncia una mortificante condanna del giurista « sempre più ridotto al rango passivo di aggiustatore tecnico di meccanismi alla cui produzione egli è e si sente totalmente estraneo »⁽¹⁸⁾.

Possiamo fermarci qui. L'istantanea appare indiscutibilmente geniale, il quadro che ne risulta è coerente ed appagante. Provoca un capovolgimento di prospettiva a dir poco audace. Il che non mi turba. Ma proporrei ugualmente di moderarne lievemente la dirompenza.

a) Sugerendo ad esempio di non accontentarsi delle parole del codice, di non rifugiarsi nel loro freddo ed immobile laconismo, di non bloccarle così come la marmorea mano destra della Duchessa Maria Luigia aveva tentato a suo tempo di fare con una copia del

(11) P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 59.

(12) GROSSI, *Absolutismo giuridico*, cit., p. 3.

(13) Ivi, p. 146.

(14) Ivi, pp. 4, 21.

(15) Ivi, pp. 4, 17, 128-129.

(16) Ivi, p. 359.

(17) In merito una vera folla di citazioni, ivi, pp. 3, 9, 10, 21, 128, 129, 130, 266.

(18) Ivi, pp. 33-34.

Codice civile parmense del 1820 ⁽¹⁹⁾, ma di accompagnarle nel loro percorso per appurare come il destinatario le metabolizza, come dunque la società, alla quale finalmente sono destinate, concretamente se ne avvalse. Ma per vederle all'opera urge spostare l'obiettivo, puntarlo sul dopo-codice ⁽²⁰⁾, verificare come i giudici le leggono e le applicano. Dando comunque sempre per scontato, che molti cambiamenti di rotta avvennero senza cambiarle, proprio solo modificandone *in casu* — dilatandola o restringendola, secondo le esigenze del momento — la valenza. Come è stato recentemente illustrato proprio in ordine al *Code civil* del 1804 ⁽²¹⁾.

b) La scelta di descrivere la transizione al nuovo sistema delle fonti usando metafore drastiche (ad es. codice come cippo confinario, atto di rottura, cerniera, tabula rasa ecc.) ha forse propiziato la tentazione di descriverla anche quale procedura fulminea ed automatica; dunque, di ritenere che il diritto del codice si insediasse subito ed integralmente e proprio sempre — si ignora in forza di quale magia — come l'aveva inteso il legislatore storico. Appare perciò utile ricordare come in realtà il cambiamento fu lungo, laborioso, controverso. Molte cose frenarono lo spiegarsi del nuovo sistema: reticenze, resistenze, fughe, ricadute, come anche la sor-

⁽¹⁹⁾ La scultura di Tommaso Bandini è riprodotta sul frontespizio del libro di S. NOTARI, *Nel laboratorio parmense. La redazione del codice civile di Maria Luigia (1814-1820)*, Canterano, Aracne, 2020. Ma è bene non dimenticare che la 'fissazione marmorea' del codice era stata un'invenzione francese e aveva dapprima 'immobilizzato' il *code civil* del 1804, vedi la splendida rassegna di C. SCHOTT, *Der Code Napoléon. Das Marmor-Monument*, in *Forschungen zur Rechtsarchäologie und rechtlichen Volkskunde*, a cura di L. Carlen, 19, Zürich, Schulthess, 2001, pp. 27-48.

⁽²⁰⁾ Disponibilità ripetutamente segnalata da Paolo Grossi, massime commentando scelte di autori come Saleilles, Gény o Ascarelli, vedi GROSSI, *Assolutismo giuridico*, cit., pp. 23-24, 65, 140, 171, 177, 201, 234-236, 250, 334-335, 342-343, come anche in ID., *Il diritto civile in Italia fra moderno e postmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 2021, p. 45.

⁽²¹⁾ Ne ho da ultimo ragionato in CARONI, *Codice come messaggio*, cit., pp. 93-98, specialmente le note 121 e 123, ove mi premeva sottolineare i meriti di Alfons Bürge nel decifrare la controversa storia della penetrazione del *Code civil* nella società francese del XIX secolo, già perché il suo libro (*Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert. Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus*, Frankfurt a.M., Klostermann, 1991) rimase a lungo inspiegabilmente sconosciuto in Italia.

prendente, ripetuta conferma di vecchi istituti e la disponibilità dei tribunali a tutelarla. Occorre tenerne conto, perché tutto ciò documenta il desiderio del vecchio mondo di accostarsi, silenzioso ma tutt'altro che remissivo, al nuovo (22).

c) In terzo luogo, sembra ragionevole non tacere o mettere in ombra che il codice, quello francese del 1804 come tutti i suoi innumerevoli 'derivati', abbia pure realizzato riforme destinate magari a corrispondere anzitutto a sollecitazioni del terzo stato, ma poi, e innegabilmente, anche di generale fruizione (23). Il che dovrebbe avere il suo peso al momento di tirare le somme e formulare un giudizio conclusivo. Penso, per ricordare qualche esempio, a come il codice poté, nel corso degli anni, diventare altresì l'epicentro di un nuovo sistema normativo votato a garantire non solo esclusività e completezza, ma anche certezza, calcolabilità e reperibilità costante e diuturna del diritto vigente. Tutte cose, queste, che le *consuetudines* del vecchio regime né seppero, né poterono mai garantire (24). Oppure ad altre riforme, che per la loro natura non potevano venir conseguite dalla legislazione ordinaria, ma solo in ambito codicifichatorio; *in primis* alla sanzione dell'uguaglianza giuridica delle persone e delle cose, che modificò di colpo le strutture sociali e apriva a grandi manovre economiche (25).

d) L'ultimo ritocco è forse anche l'unico davvero urgente, destinato com'è a chiarire le responsabilità del 'disastro' più volte descritto e denunciato da Paolo Grossi. Dopo tutto quanto ricordato sembrerebbe ovvio accollarle al codice, alla sua antistorica e volgare irruenza, che Grossi ha descritto in mille modi, uno più suggestivo dell'altro (26), dando ovunque per scontata la puntuale

(22) CARONI, *Codice come messaggio*, cit., pp. 90-93. Ma è altresì doveroso aggiungere che Paolo Grossi conosce talune di queste « ipotesi continuistiche », ma ne relativizza (fino a distruggerla) la valenza effettiva, vedi P. GROSSI, *Code civile: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, in *Accademia nazionale dei Lincei*, Atti dei Convegni Lincei 221, *Il bicentenario del Codice napoleonico*, Roma 20 dicembre 2004, Roma, Bardi Editore commerciale, 2006, pp. 19-41, specialmente 37 e ss.

(23) GROSSI, *Assolutismo giuridico*, cit., pp. 4, 127.

(24) CARONI, *Codice come messaggio*, cit., pp. 95-96.

(25) GROSSI, *Assolutismo giuridico*, cit., p. 94. All'ambiguità di questo 'regalo' si rinvia in CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 120 e ss.

(26) GROSSI, *Assolutismo giuridico*, cit., pp. 4, 127-128, 264-265, 328, 359-360, ecc.

realizzazione delle promesse, rispettivamente delle previsioni, del codice. Ma se è vero che anche il codice non è che un messaggio, l'intensità effettiva dell'impatto che sarà per provocare, il suo successo concreto, tutto ciò non può venir prefigurato da nessuno. Sarà piuttosto necessario attendere e verificare dapprima come le cosiddette società codificate lo metabolizzano ed implementano. Sono loro, queste società, il vero protagonista della nostra avventura, non il codice. Diversamente dalla società chiusa dell'Ancien Régime, avevano rimosso tutti i muri, le pareti, le separazioni e gli steccati, quelli cetuali come quelli altrimenti protettivi. Concorrenza e dunque antagonismo ne erano diventati il motore, dal codice stillavano quanto serviva a mantenerlo acceso e farlo funzionare così, come il mercato auspicava. Nelle pieghe della loro storia vanno semmai individuate le responsabilità così drammaticamente denunciate da Grossi. Il codice colpiva, certo, ma solo se qualcuno, nel contesto sociale, intendeva e sapeva servirsene. Allo stato inerme, bloccato com'era dalla gelida mano del legislatore, non era operativo, ragione per cui va scagionato (27).

Detto questo riprendo il filo del discorso e tento di capire come e perché il Codice civile svizzero del 1907, attorniato com'era da veri monumenti della strategia codificatoria continentale, dei quali pur condivideva il retroterra sociale ed economico, rimase però sostanzialmente estraneo alle involuzioni provocate dall'assolutismo giuridico. Ragionando dapprima sulla titolarità della *facultas legiferandi* in uno Stato federale.

3. *Legiferare in uno Stato federale.*

Nel 1848 l'Europa conobbe ovunque agitazioni politiche finalmente decise (o forse solo momentaneamente sopite) dalla reazione degli storici titolari della sovranità. Nella Svizzera, finora una confederazione di Stati sovrani, questa sollevazione continentale conobbe eccezionalmente uno sbocco coronato da successo (28). Forti della

(27) CARONI, *Codice come messaggio*, cit., pp. 63-65, 73, 89-90.

(28) E. FUETER, *Die Schweiz seit 1848. Geschichte, Wirtschaft, Politik*, Zürich-Leipzig, Orell Füssli, 1928, p. 37 e ss.; E. DÜRR, *Arthur de Gobineau und die Schweiz in den Jahren 1850-1854*, in « Basler Zeitschrift für Geschichte und Altertumskunde », 25

vittoria conseguita sul campo, ai politici liberali riuscì infatti il gran colpo, ossia il rinnovamento delle strutture politiche nazionali. La Costituzione del 1848 concluse il passato confederativo del paese, sempre più inviso per il suo immobilismo economico e sociale (29). Creò lo Stato federale, istituì autorità centrali, costrinse i Cantoni ad allinearsi, quindi a rinunciare in parte alla sovranità finora esercitata esclusivamente, ma non — almeno per il momento — alla competenza legislativa in ambito civile e penale. Che presto comunque apparve problematica ed in contrasto con l'evoluzione economica del paese, come anche di quella in atto negli stati limitrofi.

Il nuovo Stato federale aveva finalmente creato un accogliente spazio discorsivo che ora, per mezzo secolo, diventò la piattaforma ideale per ragionare sull'interrogativo qui all'esame. Che era complesso, variegato, provocatorio. Toccava l'economia, che reclamava — oramai conclusa la rivoluzione industriale — un diritto consono alle attese del mercato. Lambiva la politica, irritata dalle rivendicazioni dei Cantoni democratici, poco disposti com'erano a rinunciare alle loro prerogative legislative senza una corrispondente compensazione democratica. Sforava per di più il plurilinguismo del nuovo Stato, che postulava testi inappuntabili nell'idioma dei tre gruppi linguistici. A tutti i protagonisti di questo interminabile ed acceso dibattito la democrazia offrì l'occasione di giustificare rivendicazioni, avanzare proposte di mediazione, confessare paure e altro ancora. Solo in capo a questo dibattito semisecolare il popolo accettò, nel 1898, di attribuire alla Confederazione la *facultas legiferandi* in campo civile e penale (30).

Arrivarono anche stavolta buoni ultimi, gli svizzeri. Quando tutti gli stati limitrofi avevano da tempo codificato il loro diritto privato. Il che si può agevolmente spiegare, ricordando l'accidenta-

(1926), pp. 137-271, specialmente 162, 166, 191, 239; G.A. CRAIG, *Geld und Geist. Zürich im Zeitalter des Liberalismus 1830-1869*, München, C.H.Beck, 1988, pp. 11-13.

(29) Pungente, ma calibrata, la denuncia di Giuseppe Mazzini in una lettera alla madre dalla Svizzera, del 13 ottobre 1834, in ID., *Scritti editi e inediti di Giuseppe Mazzini*, volume X, *Epistolario*, vol. III, Imola, Cooperativa tipografica-editrice Paolo Galeati, 1911, pp. 150-151.

(30) Ho riassunto questo dibattito in CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 21-22.

tissima *corvée* democratica conclusasi con successo nel 1898 ⁽³¹⁾. Fra le cui tappe ricordo dapprima il cosiddetto *movimento democratico* degli anni Sessanta, che intendeva rafforzare la democrazia diretta in parecchi Cantoni della Svizzera tedesca realizzando mirate riforme costituzionali, a cominciare proprio da Zurigo ⁽³²⁾. Poi, uno dopo l'altro, il rifiuto di aggiudicare la competenza esclusiva alla Confederazione nel 1872, il conferimento di una competenza solo parziale due anni dopo e finalmente l'attribuzione della *facultas legiferandi* completa ed esclusiva nel 1898. Ossia dopo ben tre consultazioni popolari, con tutto il polverone che immancabilmente sollevavano e gli strascichi polemici che ne seguivano. Cinquant'anni per affrontarsi e misurarsi, confessare timori, fugare dubbi, appianare contrasti e prospettare vie d'uscita. Tanti ne aveva consumati l'itinerario democratico, come fu ripetutamente ribadito durante il leggendario dibattito parlamentare conclusivo degli anni 1897-1898 ⁽³³⁾. Di tanti faceva ovviamente a meno la monarchia, abituata com'era a progettare, decidere, implementare e approntare senza più o meno infelici interferenze ⁽³⁴⁾. Nel paese però, « wo selbst ein Irrtum nicht von oben herab und oft im Gegensatz zur Volksansicht, sondern nur mit

⁽³¹⁾ Anch'essa riassunta ivi, pp. 22-35.

⁽³²⁾ Sempre ancora fondamentale M. SCHAFFNER, *Die demokratische Bewegung der 1860er Jahre. Beschreibung und Erklärung der Zürcher Volksbewegung von 1867*, Basel-Frankfurt a.M., Helbing & Lichtenhahn, 1982; ha recentemente ricostruito la drammaticità dello scontro ideologico dando voce ai due periodici direttamente coinvolti A. GROSS, *Landbote vs. NZZ. Die Auseinandersetzung zwischen den beiden Zeitungen um die direkte Demokratie und deren Ausgestaltung in der demokratischen Zürcher Revolution von 1867-1869*, Saint-Ursanne, Editions le Doubs, 2022.

⁽³³⁾ « L'œuvre que nous voulons entreprendre doit être une œuvre démocratique. Elle devra par conséquent sortir pour ainsi dire des entrailles du peuple, et elle devra surtout être conforme aux aspirations de tous. De là une très grande difficulté d'exécution et de réalisation »: così riassunse il momento storico nel Consiglio degli Stati il deputato Richard il 17 Marzo 1897 (« Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale suisse », VII, 1897, p. 26).

⁽³⁴⁾ All'osservatorio elvetico non era sfuggito che altrove, in regimi monarchici, anche riforme giuridiche di grande spessore venissero realizzate rapidamente, il tema era insomma ricorrente e pure preoccupava, vedi in merito P. CARONI, *Rechtseinheit. Drei historische Studien zu Art. 64 BV*, Basel-Frankfurt a.M., Helbing & Lichtenhahn, 1986, p. 45 e ss.

dem Volk und durch das Volk berichtigt werden kann »⁽³⁵⁾ queste cose si sapevano⁽³⁶⁾, a nessuno perciò il ‘ritardo’ (se per una volta conveniamo di chiamarlo così) accumulato nel corso degli anni forniva motivo di vergogna o di scorno.

4. *Unificare codificando: una transizione armoniosa.*

La riforma costituzionale del 1898 si era accontentata di attribuire la competenza legislativa alla Confederazione, senza indicare però *come* dovesse venir concretamente esercitata. In teoria molte strade potevano contribuire a unificare il diritto privato; non erano mancate proposte concrete nell'Ottocento⁽³⁷⁾, a metà secolo si tentò l'arma del concordato⁽³⁸⁾, con esiti poco più che deludenti. Alla fine, la spuntò l'unica modalità capace di corrispondere agli umori del tempo, quella della codificazione. Fu in realtà una scelta ampiamente scontata, favorita da almeno tre ordini di cose.

Dal fatto anzitutto, che già a partire dagli anni Venti del secolo i Cantoni allora sovrani avevano iniziato, l'uno dopo l'altro, a codificare il proprio diritto privato⁽³⁹⁾. E l'avevano fatto libera-

⁽³⁵⁾ Così esplicitamente il Messaggio del Consiglio federale sulla revisione della Costituzione federale, del 1 Luglio 1865, in « Bundesblatt », 1865, III, p. 40.

⁽³⁶⁾ In uno scritto del 1871 favorevole alla revisione della Costituzione federale e dunque alla competenza legislativa dello stato centrale, il grande giusprivatista Munzinger lo ribadì bonariamente: « In unserer volksthümlichen Republik muss auch das Beste mit Mühe von unten herauf erarbeitet werden » (W. MUNZINGER, *Studie über Bundesrecht und Bundesgerichtsbarkeit. Beitrag zu der schweizerischen Verfassungsrevisionsfrage*, Bern, Dalp, 1871, p. 9).

⁽³⁷⁾ Rinvio alle strategie unificatrici alternative, comunque mai così estreme come la codificazione, in CARONI, *Codice come messaggio*, cit., p. 95.

⁽³⁸⁾ Emanata che fu la Costituzione federale del 1848, tre concordati fra i Cantoni tentarono di avviare una almeno parziale unificazione di concreti ambiti del diritto privato: in punto alla garanzia sui vizi del bestiame (1852), alla protezione della proprietà letteraria ed artistica (1856) e al diritto cambiario (1854). Fallirono poiché la loro tendenza di fondo, che era la mediazione fra interessi e punti di vista plurimi, non conveniva all'egemonia, alla quale aspirava la classe borghese, così ad es. R. PINNA, *Les concordats de droit privé et leurs rapports avec l'unification du droit privé en Suisse*, in *L'unification du droit privé suisse au XIXe siècle*, a cura di P. Caroni, Fribourg Suisse, Editions universitaires, 1986, pp. 39-55.

⁽³⁹⁾ Rassegna dei codici civili cantonali in P. LIVER, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Einleitungsband*, Bern, Stämpfli, 1962, *Einleitung*, pp. 20-28.

mente, non condizionati da ipoteche, quindi anche senza una traumatica resa dei conti con un passato ingombrante. Come poteva permetterselo un paese finora né conquistato né dominato dalla scienza giuridica, dove dunque la gestione del giuridico era sostanzialmente rimasta popolare, a lungo ancora saldamente tributaria della prassi consuetudinaria ⁽⁴⁰⁾. Su di essa maturò l'istanza codificatrice nell'Ottocento, ragione per cui la transizione fu armonica, lineare ⁽⁴¹⁾. Non provocò nessun colpo di cannone, nessun traumatico cambiamento di prospettiva, ovviamente anche nessun esproprio. La dimensione sapienziale del diritto — affermatasi altrove dal XIII secolo in poi — ovunque tendenzialmente respinta, il codice non poteva minacciarla, men che meno rimuoverla. Potremmo anche dire, per tentare di riassumere una situazione leggermente anomala: il codice, in ognuno di questi Cantoni, sopraggiunse e convisse silenziosamente con quanto ancora vigeva ⁽⁴²⁾.

Accorto interprete del messaggio implicitamente proposto da questa situazione, Eugen Huber, nel 1892 incaricato dal Governo elvetico di elaborare primi progetti di un codice civile unitario, non attese che il popolo dapprima cambiasse la costituzione, per conferire alla Confederazione la necessaria competenza legislativa ⁽⁴³⁾. Si mise piuttosto subito al lavoro, accettando il rischio di venir semmai sconfessato. Perché sapeva che il popolo sovrano si poteva convincere non tanto ragionando sulla supremazia teorica della strategia codificatrice, quanto presentando progetti concreti, che permettes-

⁽⁴⁰⁾ Su questa decisiva singolarità P. CARONI, *Ius romanum in Helvetia: a che punto siamo?*, in *Europa e Italia. Studi in onore di Giorgio Chittolini*, a cura di P. Guglielmotti, I. Lazzarini, G.M. Varanini, Firenze, Firenze University Press, 2011, pp. 55-79.

⁽⁴¹⁾ CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 37-38.

⁽⁴²⁾ Il diritto consuetudinario (non però quello « creato dalla giurisprudenza », ma « dai costumi e dalle credenze popolari », secondo la *Vulgata di Savigny, La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, cap. 2) convisse perciò a lungo con il diritto dei codici cantonali in una simbiosi interrotta solo dal codice unitario del 1907, vedi ora P. CARONI, *Svizzera: La storia di un diritto 'fresco'*, in *Storici del diritto allo specchio. Sei racconti contemporanei*, a cura di I. Birocchi, P. Caroni, Pisa, Edizioni ETS, 2022, pp. 93-137, specialmente 107-115.

⁽⁴³⁾ L'*iter* dei diversi progetti fu allestito con la consueta precisione da Huber stesso in un documento del 1900, che si legge in E. HUBER, *Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes*, Bern, Bührler & Co., 1914², pp. 678-684. In merito anche LIVER, *Einleitung*, cit., pp. 31-39.

sero ai cittadini di conoscere e valutare in anticipo l'impatto del proposto cambiamento. Una previsione, che il plebiscito del 13 novembre 1898 confermò pienamente ⁽⁴⁴⁾.

Va comunque ricordato, per concludere, che non solo nel minuscolo universo elvetico, ma anche in ambito continentale, il successo della strategia codificatoria corrispondeva specularmente alle attese del mercato. Non di uno qualunque, ma di quello fiorito (rispettivamente esploso) nell'Ottocento. Che proprio tutti (tutti essendo oramai titolari della capacità giuridica) convocava e spingeva a mettersi in gioco, solo così potendosi anche sperare di valorizzare in modo ottimale tutte le energie. La totalità del mercato e la sua leggendaria voracità postulavano ovunque quella completezza giuridica, che solo una codificazione era in grado di garantire ⁽⁴⁵⁾.

5. *C'è un diritto privato democratico?*

Nella logica di questa rassegna era inevitabile, prima o poi, tentare di appurare se il diritto privato codificato in un contesto democratico si distinguesse da quello ordinato nell'Ottocento dalle monarchie parlamentari europee. Fermo restando che, in un certo senso, tutti i codici civili corrispondevano ad una istanza democratica, già perché garantivano a tutti i destinatari un più agevole accesso alla conoscenza del diritto vigente ⁽⁴⁶⁾. Detto questo, sembra utile distinguere.

a) Anzitutto va ritenuto realmente democratico solo il diritto privato di quei codici, che vennero elaborati, discussi e sanzionati direttamente dal popolo nella sua doppia posizione di legislatore e destinatario. Il che nell'Ottocento fu possibile solo in quei minuscoli Cantoni della Svizzera centrale, nei quali tutti i cittadini aventi diritto di voto si riunivano periodicamente a discutere e deci-

⁽⁴⁴⁾ Il 13 novembre 1898 la riforma costituzionale fu approvata da 264.914 voti positivi, avversata da 101.762 voti negativi, vedi « Bundesblatt », 1898, V, pp. 461-464.

⁽⁴⁵⁾ CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 33-35, 37, 130 e ss.

⁽⁴⁶⁾ E. HUBER, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, IV, *Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, Basel, R. Reich, 1893, p. 182; CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 62-63.

dere (47). Quando nel corso dell'Ottocento l'evoluzione demografica, oltre a quella economica e sociale, impose la transizione dapprima ad un regime di democrazia parlamentare, poi alla competenza legislativa federale, i popoli così 'defraudati' rivendicarono una compensazione 'democratica' e l'ottennero con l'istituto del *referendum*, introdotto con la revisione costituzionale del 1874 (48). Sebbene solo facoltativo, imponeva moderazione, dissuadeva spesso il legislatore da voli troppo arditi, lo condizionò notoriamente anche al momento di elaborare i progetti del codice unitario, costringendolo a tener conto (magari anche controvoglia) di opinioni divergenti minoritarie (49), come anche dell'occasionale desiderio popolare di opporsi ad ogni cambiamento dello *status quo* (50).

(47) Da citare qui, a più convincente illustrazione di questo fenomeno, l'affirma di un grande storico svizzero, Karl Meyer (1885-1950): « Demokratie und Partikularismus sind ein Geschwisterpaar », che ricordo in P. CARONI, *Gesetz und Gesetzbuch. Beiträge zu einer Kodifikationsgeschichte*, Basel-Genf-München, Helbing und Lichtenhahn, 2003, p. 279. Il rinvio all'elaborazione popolare di testi legislativi va comunque inteso *cum grano salis*, perché generalmente i partecipanti si accontentavano di aderire, più o meno rumorosamente, alle proposte loro presentate da chi dirigeva l'assemblea, come ricordo in CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 62. Nessuna meraviglia perciò nell'ammettere, che anche in merito alla 'democraticità' delle odierne *Landsgemeinden* possano venir ragionevolmente formulati dubbi, vedi ad es. H.-P. SCHAUB, *Landsgemeinde oder Urne — was ist demokratischer? Urnen- und Versammlungsdemokratie in der Schweiz*, Baden-Baden, Nomos, 2016. Dello stesso autore vedi pure il recente intervento sulla « Neue Zürcher Zeitung » del 4 maggio 2023, p. 18.

(48) CARONI, *Rechtseinheit*, cit., pp. 48 e ss., 88-89; ID., *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 29; FUETER, *Die Schweiz seit 1848*, cit., p. 105 e ss.

(49) CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 90, 95. Istruttivo il comportamento dell'autore del progetto di Codice civile del Cantone dei Grigioni, Peter Conradin von Planta: avrebbe desiderato elaborare un progetto molto più moderno di quello poi realmente consegnato, ma vi rinunciò temendo di venir sconfessato dall'incombente voto popolare: *Bündnerisches Zivilgesetzbuch. Mit Erläuterungen des Gesetzesredaktors Dr. P.C. Planta*, Chur, Leonh. Hitz, 1863, *Vorwort* del redattore, pp. XI-XIII. Altre volte proprio il desiderio del legislatore di scoraggiare il ricorso popolare al *referendum* lo indusse a interpretare la storia del paese come poteva servire, ossia insistendo sulla continuità fra passato e presente, ne parlo in CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 20, 39, 185.

(50) In un contesto costituzionale democratico il *referendum* venne spesso accusato di frenare il progresso sociale. I riferimenti bibliografici in merito sono numerosi e noti, perciò ricordo qui un autore poco noto ai giuristi, ossia un socialista della cattedra tedesco, attivo nell'Università di Berna dal 1871 al 1877: « Im allgemeinen

b) In secondo luogo, sarebbe da considerare democratico (rispettivamente repubblicano) unicamente quel codice che — quale autentico *Volksbuch* ⁽⁵¹⁾ — si esprimesse in una lingua semplice, concreta, colorita ⁽⁵²⁾, così come la parla e la intende il popolo minuto, fatto anche di padri di famiglia, casalinghe e giudici non togati ⁽⁵³⁾. Una lingua che, anche per questo motivo, evita geroglifici verbali, zavorre sapienziali, circonlocuzioni e fiocchi decorativi, ma si accontenta di tener per fermi con espressioni prescientifiche i principi generali ⁽⁵⁴⁾, potendo solo così sovvenire al giudice laico e metterlo nella condizione di operare senza ricorrere all'aiuto di professionisti (avvocati, notai, consiglieri, uomini di mestiere dunque) e anche senza far capo ai suggerimenti dei giudici togati ⁽⁵⁵⁾. Il

darf man vielleicht behaupten, dass die grösste Zähigkeit der gesellschaftlichen Zustände in derjenigen politischen Verfassungsform gegeben ist, welche den grössten Theil der Interessen unmittelbar zur Geltung und Mitwirkung bringt. Dies ist, wenigstens theoretisch, die reine Demokratie, und die geschichtlichen Erfahrungen scheinen diese Theorie zu bekräftigen. Es gibt wol keine conservativere Gesellschaft als diejenige der schweizerischen Demokratien, und zwar gerade in denjenigen Kantonen, wo die Demokratie schon alt ist; und die dort theils von alters her bestehende, theils neuerdings eingeführte Institution des Referendums: der Volksabstimmung über alle Gesetze, hat namentlich in der wirtschaftlichen Gesetzgebung einen conservativen Sinn des Volkes gezeigt, der den Neid der Conservativen anderer Länder erwecken, aber reformeifrige Staatsmänner zur Verzweiflung bringen könnte » (H. v. SCHEEL, *Unsere socialpolitischen Parteien*, Leipzig, F.A. Brockhaus, 1878, p. 5).

⁽⁵¹⁾ Così fu battezzato il Codice civile grigionese dal suo redattore, il già ricordato P.C. v. Planta, *Vorwort*, p. VII. Vedi in merito anche P. LIVER, *Rechtsgeschichtliche Aufsätze. Neue Folge*, Chur, Calven Verlag, 1982, pp. 481-483.

⁽⁵²⁾ Elegante e addirittura 'cosmico' anche il ragionamento di Eugen Huber sull'importanza della lingua, svolto in parlamento al momento di presentare il progetto di codice: « Der Gesetzgeber arbeitet mit der Sprache, und Sprache ist nicht nur Logik, Sprache ist Gemüt und Laune, Klang und Farbe, Musik und Zeichnung, Leidenschaft und Wohlbehagen, ist alles, was überhaupt in Menschenherzen lebt. Sprache ist der Ausdruck der ganzen menschlichen Existenz und die Logik kommt bei der Sprache nur als eine ihrer vielen Eigenschaften in Betracht » (« Bulletin sténographique », cit., 1905, p. 442).

⁽⁵³⁾ La citazione in CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 89, nota 109.

⁽⁵⁴⁾ Riproduco un esempio concreto di quanto afferma il testo ivi, p. 89, nota 111.

⁽⁵⁵⁾ Nei ragionamenti del legislatore storico la semplicità del testo legale era una premessa per garantire anche in futuro la collaborazione del giudice non togato, si veda come tenta di spiegarlo ad un membro del Governo svizzero in una notevolissima comunicazione epistolare del 9 marzo 1896 (O. GAUYE, *Lettres inédites d'Eugen Huber*, in « Rivista di diritto svizzero », NS 81 (1962), pp. 91-120, la citazione a p. 101).

tema, va aggiunto, ricorre spesso anche nella storia giuridica europea, basterebbe a documentarlo il disagio provato dal legislatore prussiano quando si accorse che il suo codice, folto come un bosco sacro e oramai in dirittura d'arrivo, non avrebbe mai incontrato i favori del popolo minuto ⁽⁵⁶⁾. Dopo di che dominò letteralmente l'affermarsi della strategia codificatrice nella Svizzera ottocentesca.

c) Resta ora da appurare se, oltre all'*origine* e alla corrispondente *forma linguistica*, sia possibile parlare anche di un *contenuto specifico* delle regole proposte dal codice in un contesto democratico. A regole suggerite dalla coscienza sociale e democratica del legislatore si allude qui ⁽⁵⁷⁾, perciò anche alla corrispondente disponibilità dei codici che elabora di intervenire — attivando strategie diverse — a correggere talvolta l'esito di trattative contrattuali o più in generale a mitigare occasionalmente le conseguenze negative provocate dalle diseguaglianze materiali e culturali di chi vive ed opera nella società dominata dal mercato. Nella storia giuridica svizzera il tema è ovviamente di rigore, venne da sempre studiato con grande impegno, ma rimane ugualmente scabroso. Perché? Perché se è relativamente agevole elencare le (numerose) regole del codice che permettono al giudice di modificare in via compensativa situazioni materiali; oppure che restringono occasionalmente il con-

⁽⁵⁶⁾ Nella riunione periodica della cosiddetta *Mittwochgesellschaft* dell'11 giugno 1788 Carl Gottlieb Svarez ragionò sulle insidie del tema: « In wie fern können und müssen Gesetze kurz seyn ». Il testo della sua relazione si legge nella *Berlinische Monatsschrift* dell'agosto 1788, p. 89 e ss. Sul tema v. anche C.G. SVAREZ, *Die Kronprinzvorlesungen 1791/1792*, Erster Teil, Staatsrecht, Herausgegeben von Peter Krause, Stuttgart-Bad Cannstatt, 2000, pp. LXXI-LXXIII.

⁽⁵⁷⁾ Ho tentato spesso di ragionare sul nesso fra l'ispirazione democratica del codice e la sua disponibilità ad ammettere e promuovere la funzione *anche* sociale del diritto privato, riassumo nel testo l'esito di queste ricerche. Vedi ad es. CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 67-68; ID., *Il mito svelato: Eugen Huber*, in « Rivista di diritto svizzero », NS 110 (1991), I, pp. 381-419, specialmente 405-406; ID., *Quando Saleilles dialogava con Eugen Huber (1895-1911)*, in « Quaderni fiorentini », 40 (2011), pp. 265-302, specialmente p. 268; ID., *Das demokratische Privatrecht des Zivilgesetzbuches (A. Menger und E. Huber zum Wesen eines sozialen Privatrechts)*, in *Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux, Professeur à l'Université de Fribourg*, Fribourg, Editions universitaires, 1977, pp. 37-62.

tenuto di diritti soggettivi ⁽⁵⁸⁾, resta pur sempre problematico appurarne l'incidenza concreta e dunque sapere quante e quali di queste belle promesse furono mantenute e sfociarono per davvero in documentabili interventi compensativi. In parte perché ancora difettano analisi concrete ⁽⁵⁹⁾, in parte perché esse non sono sempre esperibili ⁽⁶⁰⁾, ragione per cui la prudenza appare più che indicata. Anche perché sullo sfondo domina — purtroppo mai fugato — il dubbio di sempre: fino a che punto appare realistico ammettere che una società borghese proceda di sua iniziativa a correggere situazioni provocate dal corretto funzionamento del suo sistema ⁽⁶¹⁾?

6. *Un legislatore talvolta (o forse spesso) indeciso.*

Nel gennaio del 1902 Raymond Saleilles, che aveva da poco fondato la *Société d'études législatives*, esortò François Géný a studiare la situazione giuridica « des biens réservés de la femme » nel BGB tedesco — da poco entrato in vigore — in vista di pubblicarne poi l'esito nel primo numero del periodico della società. Géný accettò e decise poi di estendere l'esame all'Avamprogetto del codice svizzero, pubblicato nel 1900 ⁽⁶²⁾. Si mise subito al lavoro, poco dopo confessò però a Saleilles di non riuscire ancora ad afferrare « le système de l'Avant-projet » ⁽⁶³⁾. Ribadì poco più tardi la stessa confessione e sco-

⁽⁵⁸⁾ Elenco di queste modalità di intervento secondo il codice del 1907 in P. CARONI, *Anton Menger e il Codice civile svizzero del 1907*, in « Quaderni fiorentini », 3-4 (1974-1975), pp. 273-318, specialmente pp. 302-308.

⁽⁵⁹⁾ Una mancanza spiegabile con le difficoltà che deve affrontare lo storico quando decide (finalmente) di dedicarsi alla *Wirkungsgeschichte*, vedi CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 9, 96.

⁽⁶⁰⁾ Come accertare ad esempio la vitalità dell'art. 4 CCS senza conoscere i motivi, che nel caso concreto inducono il giudice a *non* far capo alla libertà di apprezzamento, che questo disposto gli conferisce? Sulle perplessità provocate da queste situazioni singolari v. P. CARONI, *La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inerzia di una disciplina* altra, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 141-142.

⁽⁶¹⁾ In questo senso già CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 9.

⁽⁶²⁾ Lettera di Géný a Saleilles del 21 gennaio 1902, in *Lettres de François Géný à Raymond Saleilles. Une trajectoire intellectuelle 1892-1912*, a cura di C. Jamin, F. Audren, S. Bloquet, Issy-les-Moulineaux, LGDJ Lextenso éditions, 2015, p. 368. Impegno confermato da Géný nella lettera a Saleilles del 5 febbraio 1902, ivi, p. 372.

⁽⁶³⁾ Lettera a Saleilles del 7 marzo 1902, ivi, pp. 376-377.

pri la causa del proprio disagio nella « méthode législative de M. Huber » (64). Che descrisse poi con precisione chirurgica:

Pour lui, le droit n'est vraiment complet que par son application aux faits de la vie. Le juge coopère donc nécessairement à sa création et le législateur ne peut que donner des directions, qui, forcément et sciemment incomplètes, doivent donc rester imprécises. Cela me paraît absolument exact, scientifiquement parlant, et, je pense, aussi, pour la vie pratique. Mais une pareille conception interdit toute prétention à comprendre pleinement le droit avec les textes, puisqu'il ne sera vraiment réalisé que par son application (65).

Poche, ma misurate parole. Vergando questo eccezionale giudizio Gény dimostrò di aver finalmente accertato l'origine del metodo seguito dal legislatore svizzero, quindi anche le ragioni della sua brevilocuquenza, delle sue calcolate indecisioni, anche della sua occasionale latitanza. Era un legislatore che non aspirava a fare tutto da solo, preferiva piuttosto « *partager la compétence* », sempre com'era alla ricerca di collaboratori, consiglieri, sodali, tutti disposti a continuare e concludere il suo lavoro, tutti fedeli alle sue « *directions générales* », pronti perciò ad operare, ovvio risultando che « *le droit ne se réalise complètement qu'en s'incorporant aux faits dans les espèces concrètes* » (66).

(64) Lettera a Saleilles del 16 marzo 1902, ivi, p. 381.

(65) *Ibidem*. In teoria si potrebbe obiettare, che questa descrizione si riferisce solo alle regole del codice da Gény concretamente analizzate, ossia quelle sui beni riservati della moglie. Ma in realtà il testo riprodotto sembra piuttosto esprimere un giudizio generale. Lo conferma Gény stesso poco dopo, quando scrive a Saleilles: « *Au surplus, notre science peut-elle prétendre à autre chose qu'à fixer des directions, et ne faut-il pas, à l'exemple des Suisses, tenir que le droit ne se réalise complètement qu'en s'incorporant aux faits dans les espèces concrètes?* » (lettera del 14 maggio 1902, in *Lettres*, cit., p. 399). Comunque sia: lo scritto di F. GÉNY, *Biens réservés de la femme mariée d'après le Code civil allemand de 1896 et l'avant-projet de Code civil suisse de 1900* si legge ora nel « *Bulletin de la Société d'études législatives* », 1901-1902, pp. 155-182, 304-336.

(66) Lettera di Gény a Saleilles del 14 maggio 1902, in *Lettres*, cit., p. 399. Sostanzialmente analogo il giudizio formulato vent'anni più tardi dal civilista tedesco Max Rümelin, che dai tempi delle comuni esperienze didattiche nell'Università tedesca di Halle amava intrattenersi con l'amico svizzero anche sui problemi affrontati nell'ambito della codificazione svizzera. La tecnica del codice, ricordò dunque Rümelin, « *beruht auf selbständigen und tiefgehenden gesetzgebungspolitischen Erwägungen des*

Sono riflessioni, queste, che se da un lato consolano chi vede nel codice dapprima solo un messaggio affidato all'elaborazione del destinatario, irridono nel contempo ai grandi discorsi sulla completezza, che la recente configurazione del BGB tedesco aveva fatto fiorire. Il codice di Huber brilla piuttosto per la sua quasi ostentata lacunosità, ricorda esplicitamente quel *code très peu codifié*, che pochi anni prima Saleilles, osservando da vicino l'impegno di Huber, aveva per così dire preannunciato ⁽⁶⁷⁾. Chi poi aspirasse a conoscere l'impatto concreto di questo metodo legislativo, farà bene a soffermarsi su tre diverse situazioni.

a) A ragionare dapprima sui numerosi casi, ove la discrezione del legislatore chiamò in causa il giudice, suo '*auxiliaire indispensable*' ⁽⁶⁸⁾, esplicitamente incaricato di «decidere secondo il diritto e l'equità» ⁽⁶⁹⁾, poiché era finalmente anche l'unico, che non conoscesse solo l'astratta regola del codice, ma altresì la concreta valenza degli interessi in gioco, caso dopo caso. Ne risultò l'innegabile tendenza del codice di limitare con rigore l'ambito del diritto imperativo, ossia dell'equità imposta dalla legge, a tutto vantaggio di quella predisposta dal giudice ⁽⁷⁰⁾. Una tendenza indiscussa e che va registrata per quello che è, anche se appare tutt'altro che indiscutibile ⁽⁷¹⁾.

Verfassers über die notwendige Ergänzung des geschriebenen Rechts durch die Rechtsanwendung des Richters und über die Anpassungsfähigkeit der Gesetzesnormen an den Wechsel der Zeiten» (M. RÜMELIN, *Eugen Huber*, Rede gehalten bei der akademischen Preisverteilung am 6. November 1923, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1923, pp. 46-47).

⁽⁶⁷⁾ «Code très peu codifié» sarebbe per Saleilles quello «qui se contente des points fondamentaux et qui laisse une place considérable au développement des usages particuliers»: così in una lettera a Huber del 14 dicembre 1896, riprodotta in A. ARAGONESI, *Recht im Fin de siècle. Briefe von Raymond Saleilles an Eugen Huber (1895-1911)*, Frankfurt a.M., Klostermann, 2007, p. 77.

⁽⁶⁸⁾ Così F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Seconde édition revue et mise au courant, Paris, LGDJ, 1919, II, p. 328.

⁽⁶⁹⁾ Come vuole l'art. 4 CCS, ma vedi anche gli artt. 2, 27, 28.

⁽⁷⁰⁾ P. CARONI, *Philipp Lotmar und Eugen Huber zur sozialen Frage*, in *Forschungsband Philipp Lotmar (1850-1922)*. Colloquium zum 150. Geburtstag, Bern 15./16. Juni 2000, a cura di P. Caroni, Frankfurt a.M., Klostermann, 2003, pp. 165-193, specialmente 170-171, 187-188; Id., *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 92.

⁽⁷¹⁾ Se fu di regola preferita all'intervento imperativo del legislatore, certamente anche perché ritenuta più conforme allo spirito liberale ovunque sotteso alle regole

b) A non dimenticare tutte quelle situazioni, che la struttura federalistica del paese permetteva, e spesso incoraggiava, nelle quali il legislatore 'restituiva' singoli frammenti della propria competenza esclusiva ai Cantoni (72). Le ricordo qui, già perché rafforzavano il pluralismo delle voci e delle fonti. Ma sbagliremmo, se tutte indistintamente le considerassimo quale segno di moderazione, rispetto o benevolenza nei confronti della realtà locale. Ripristinare una parziale competenza cantonale era piuttosto una strategia dai mille colori, percorribile con *chances* variabili in contesti molto variegati. Poteva così servire sia a confermare consuetudini locali ancora condivise, che ad evacuare dall'ambito 'sacro' del codice richieste minoritarie invise alla maggioranza borghese, eccezioni alle sue scelte saldamente liberali, che il legislatore preferiva confinare nell'ambito più discreto del diritto cantonale. Come, ad esempio, le plurime rivendicazioni del ceto contadino. Deferirle all'autorità locale (cantonale o comunale) significò spesso delegittimarle; dunque anche — come purtroppo documentano primi accertamenti di una *Wirkungsgeschichte*, che comunque stenta a decollare (73) — agevolarne la sconfitta (74).

c) E finalmente appare utile, persino urgente, ricordare un'ultima propensione del legislatore svizzero, quella di non imporre sempre le proprie scelte ai lettori del codice, silenziosi ed invisibili destinatari delle sue regole, ma di stimolarli piuttosto a scegliere loro, in prima persona. Ragione per cui si accontentò spesso di

giusprivatistiche. Ma questa scelta fu spesso accompagnata da esiti problematici, dei quali si dirà. Affidare invece il giudizio di equità al legislatore, come in Italia aveva notoriamente sostenuto Vittorio Scialoja, poteva sembrare scomodo, ma anche — per altri motivi — preferibile, v. ad es. CARONI, *Il mito*, cit., p. 408; ID., *Lotmar und Huber*, cit., pp. 187-188; ID., *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 42, 65; R. STEPPACHER, *Die Berücksichtigung der bäuerlichen Postulate bei der Entstehung des ZGB und der Revision des OR. Ein Beitrag zur schweizerischen Kodifikationsgeschichte (1893-1912)*, Rechtshistorische Reihe Band 102, Frankfurt a.M., Peter Lang, 1992, p. 283.

(72) Come prevedeva l'art. 5 cpv. 1 del CCS.

(73) I Commentari all'art. 5 cpv. 1 del CCS, che autorizza i Cantoni « ad emanare ed abrogare disposizioni di diritto civile nelle materie riservate al diritto cantonale » generalmente non appurano in quali situazioni concrete i Cantoni hanno fatto uso della libertà loro concessa dal testo legale. Esempio perciò STEPPACHER, *Die Berücksichtigung*, cit., p. 254.

(74) Ivi, pp. 244-292.

aprire varchi, prospettare itinerari, ventilare opportunità. E di farlo tenendo conto della molteplicità delle situazioni concrete come anche del residuo vigore delle tradizioni locali: così ad esempio in ambito successorio, in tema di pegno immobiliare o in ordine al regime patrimoniale della famiglia ⁽⁷⁵⁾. Era questa, in un certo senso, una strategia prevedibile: non solo perché sottolineava la centralità dell'autonomia negoziale del soggetto giuridico fortemente voluta dal legislatore ⁽⁷⁶⁾, ma anche perché conveniva all'estrema varietà del paese e secondava l'urgenza di accontentare tutti, solo così potendosi conseguire il (sempre utile e talvolta necessario) consenso generale. Così almeno sembrano segnalare le parole, delle quali ci serviamo per rendere l'idea. Che però, risucchiate dal vortice dell'agonismo economico, furono spesso vistosamente relativizzate, come tento ora di segnalare nell'ultimo capitolo.

7. *Tirare le somme.*

È l'ora di concludere, di tirare le somme. Ma come cavare da tutte queste storie, che sono tutte un po' episodiche ed apparentemente sconnesse, argomenti decisivi per valutare la risposta di Paolo Grossi alla mia interrogazione? Forse è preferibile lasciar libero il lettore di concludere per conto suo, scegliendo fra i temi lambiti nel testo o fra le varie proposte di lettura quelli e quelle, nel caso, più afferenti. Ed io, da parte mia, tenterò di accompagnarne la selezione formulando qualche suggestione conclusiva.

a) Ricordo dapprima, quale aspetto comune a tutti i codici civili entrati in vigore sul continente a partire dal 1804, l'inevitabile embricarsi di regole in realtà antitetiche, ad esempio della generalizzazione della capacità giuridica (che è formalmente una acquisi-

⁽⁷⁵⁾ CARONI, *Il mito*, cit., pp. 408-409; ID., *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 31-32, 232-240.

⁽⁷⁶⁾ L'unificazione del diritto privato nella Confederazione fu sempre giustificata adducendo la necessità, per non dire l'urgenza, di rimuovere tutte quelle situazioni, ancora contemplate dal diritto privato cantonale, che frenavano lo sviluppo economico del paese, fra cui molti ostacoli corporativi e cetuali dell'autonomia negoziale del singolo, vedi CARONI, *Il mito*, cit., pp. 406-407.

zione democratica) (77) con il funzionamento ottimale della società di mercato che, grazie alla libertà di concorrenza, favorisce automaticamente il giocatore più scaltro o robusto, sfrutta cioè senza eccessivi riguardi scarti, disequaglianze e insufficienze. Può ben darsi allora, che in un contesto repubblicano, quale fu nel XIX secolo quello elvetico, le discutibili conseguenze di questa embricazione abbiano provocato qualche comprensibile disagio. Il che spiega allora l'emergere di strategie finalmente destinate a nascondere taluni spiacevoli aspetti della realtà. Quella, ad esempio, di opporsi alla duplicazione dei codici (civile e commerciale), preferendole l'ingannevole soluzione del *code unique*, solo in apparenza comune a tutta l'indistinta società (78). Come anche quella di tener conto delle disequaglianze, ma solo se travestite, ossia camuffate da rivendicazioni cantonali, secondo il problematico motto: « Der Bund steht nicht den Klassen, sondern den Kantonen und Landesgegenenden gegenüber » (79).

b) Accanto a questi aspetti, almeno in parte comuni, altri vanno però ricordati, che sono intimamente legati al passato repubblicano della Svizzera e ne strutturano in modo corrispondente anche la codificazione. Alludo dapprima alla centralità del contributo popolare, ossia al fatto che il popolo fu sempre direttamente coinvolto nell'emergere e nel farsi delle regole giuridiche. Quando il diritto era ancora consuetudinario il popolo lo elaborava; non appena divenne legislativo lo dettava; e oggi, in regime di democrazia parlamentare, come ho già ricordato, lo controlla tramite il *referendum*. Che è un'arma sempre ancora temuta dall'odierno legislatore, al punto che preferisce consultare preventivamente tutte le istanze presumibilmente interessate da una nuova legge, per poter tener conto di eventuali opposizioni o proposte di cambiamento già formulando il progetto. Ma va altresì ricordata

(77) Come sia raccomandabile interpretare quest'ultimo predicato ho tentato di spiegare in CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 59-60, 120-128.

(78) Vedi in merito ivi, pp. 110-119, con correzioni e sviluppi in P. CARONI, *Il codice unico della Repubblica*, in 'Non più satellite'. *Itinerari giuscommercialistici fra Otto e Novecento*, a cura di I. Birocchi, Pisa, ETS, 2019, pp. 333-357.

(79) Ho citato qui da una lettera di Eugen Huber ad un membro del Governo svizzero, del 9 marzo 1896, vedi GAUYE, *Lettres inédites*, cit., p. 107. V. però anche CARONI, *Il mito*, cit., p. 415 e ss.

l'eccezionale prossimità fra il legislatore e i diversi destinatari dei suoi messaggi. Visibile, ad esempio, dove il primo è cosciente dell'incompletezza del codice e cerca collaboratori pronti a sopprimerli. Regolarmente trovandoli nella persona del giudice, del legislatore cantonale, dei diversi e numerosi partecipanti a quell'interminabile e inesorabile 'gioco', che chiamiamo mercato.

Eppure, anche qui, il controcanto non si fa attendere. E ricorda impietosamente la struttura notoriamente oligarchica dei Cantoni, di quelli cittadini, come di quelli campagnoli. Si era da tempo delineata in epoca moderna ⁽⁸⁰⁾, quando la 'democrazia' dei cosiddetti Cantoni sovrani coesisteva utilmente con l'esistenza di sudditi e paesi soggetti in terre subalpine ⁽⁸¹⁾. Nell'Ottocento si rafforzò ovunque, complice l'evoluzione economica e specialmente l'industrializzazione. Così che in conclusione anche da noi la democrazia poté occasionalmente sembrare solo una maschera dell'oligarchia ⁽⁸²⁾.

c) Forse allora, per arrivarne a una, sarà utile risalire alla radice, al fatto che la storia dell'epoca moderna visse nella Svizzera anche un costante rifiuto di abbandonare il giuridico nelle mani di specialisti, poi esclusivamente dediti ad amministrarlo ⁽⁸³⁾. Potrà, per qualcuno, essere una storia scomoda o indigesta, ma rimane innegabile. Solo essa spiega allora la tendenziale inattualità della scienza del diritto comune, la cui notoria *pièce de résistance* era l'*interpretatio* delle fonti del diritto classico. In altre parole, qui mancava il tradizionale bersaglio dei codici 'assolutisti'. Quando in

⁽⁸⁰⁾ R. BRAUN, *Das ausgehende Ancien Régime in der Schweiz. Aufriss einer Sozial- und Wirtschaftsgeschichte des 18. Jahrhunderts*, Göttingen-Zürich, Vandenhoeck & Ruprecht, 1984, pp. 25-26, 218-219, 257, 273-274; in merito ai cosiddetti 'cantoni primitivi' della Svizzera centrale vedi ad es. U. KÄLIN, *Die Urner Magistratenfamilien. Herrschaft, ökonomische Lage und Lebensstil einer ländlichen Oberschicht 1700-1850*, Zürich, Chronos, 1991.

⁽⁸¹⁾ Un primo approccio ad un tema comprensibilmente spinoso in P. CARONI, *Sudditi subalpini a confronto*, in « Archivio storico ticinese », 38 (2001), pp. 293-298; ovviamente senza dimenticare il corso professato all'*Académie* ginevrina da Pellegrino Rossi nel 1831-1832, meritoriamente curato e introdotto da Alfred Dufour, P. ROSSI, *Cours d'histoire suisse*, Bâle-Genève-Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2000, p. 305 e ss.

⁽⁸²⁾ Sul tema generale ora L. CANFORA, G. ZAGREBELSKY, *La maschera democratica dell'oligarchia*, a cura di G. Preterossi, Roma-Bari, Laterza, 2014.

⁽⁸³⁾ V. *supra*, nota 40.

queste terre si codificò, l'ho già ricordato, lo si fece non per eliminare un approccio 'laico' oramai improponibile, nemmeno per recuperare di colpo ritardi secolari, ma per *aggiornare* un discorso, anche per aprirlo a quanto di nuovo una società tuttora gelosa della propria autonomia poteva desiderare. Queste però sono cose, che Savigny aveva capito al volo. A conoscenza dell'iniziativa codificatrice di qualche suo eccellente discepolo svizzero, né condannò, né squalificò, ma capì ed incoraggiò⁽⁸⁴⁾. Perché? Perché si era accorto della *distanza* fra la realtà giuridica svizzera e quella (ad esempio) del suo paese e ne aveva tratto le conseguenze del caso. Una *distanza* innegabile, che va percepita e sottolineata con determinazione, poiché spiega anche il percorso così anomalo tracciato dal Codice del 1907. Il che mi induce a concludere recuperando un *topos* tradizionale di questi discorsi, in realtà sempre un po' congetturali, ossia il dialogo fra Eugen Huber e François Géný sul ruolo del giudice quale legislatore.

d) I fatti sono noti. Il destino volle che i due, che ancora non si conoscevano, ragionassero nello stesso tempo su come il giudice dovesse decidere in mancanza di una esplicita regola legale. Géný l'aveva fatto in tante pagine della sua *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, uscita dapprima nelle ultime settimane del 1899⁽⁸⁵⁾, Huber più o meno contemporaneamente, intento come era ad elaborare la versione definitiva degli articoli iniziali del CCS. Avevano usato analoghe parole, ambedue avvicinando la figura del giudice a quella del legislatore. Il che provocò la nota e mai sopita diatriba a sapere, chi dei due avesse per primo escogitato questa celebre formula.

Già anni fa me ne occupai⁽⁸⁶⁾ e tentai di dimostrare come i due, benché esaminassero contemporaneamente lo stesso tema e lo facessero per di più servendosi delle stesse parole, in realtà non

⁽⁸⁴⁾ CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 36-38, 60, 69.

⁽⁸⁵⁾ Corrispondendo ad un invito di Saleilles, Géný recapitò un esemplare dell'opera ad Huber nel novembre del 1899. Huber lesse subito il testo e ringraziò con lettera del 27 dicembre 1899, alla quale Géný rispose in data 11 gennaio 1900. Le due lettere si leggono in O. GAUYE, *François Géný est-il le père de l'article premier*, 2. *Alinéa, du Code civil suisse?*, in « Rivista di diritto svizzero », NS 92 (1973), I, pp. 271-281, specialmente 276-277.

⁽⁸⁶⁾ CARONI, *Quando Saleilles dialogava*, cit., specialmente pp. 283-293.

concorrevano, procedevano piuttosto in direzioni contrarie, dicendo cose diverse. Huber cercava una soluzione partendo da lontano, sbucava letteralmente da una situazione storica che garantiva al giudice grande libertà di apprezzamento, più ampia comunque di quella concessa allora ai giudici tedeschi e francesi. Leggi recenti, fra cui anche il Codice delle obbligazioni del 1881, l'avevano confermata, non c'era dunque ragione di rinnegarla proprio ora, di non anteporla anche al nuovo Codice civile⁽⁸⁷⁾. Che questa regola però non si proponeva di dominare, ma al quale intendeva piuttosto umilmente servire. L'ordine del primo articolo del codice, che ingiunge al giudice di decidere *modo legislatoris*, lo costringe perciò a tener conto di tutto quanto anche il codice avesse già disposto. La direzione di marcia era indubbia: né prevedeva, né permetteva di « *élargir les pouvoirs du juge* »⁽⁸⁸⁾, ma si accontentava piuttosto di *confermare* quanto s'era istintivamente fatto finora⁽⁸⁹⁾. Come del

(87) Così esplicitamente la lettera di Huber a Gény del 27 dicembre 1899, in GAUYE, *François Gény est-il le père*, cit., p. 276.

(88) Come invece riteneva Gény, vedi la lettera ad Huber dell'11 gennaio 1900, ivi, p. 277, confermato anche nella *Méthode d'interprétation et sources*, cit., II, p. 310. Ma vedi pure CARONI, *Quando Saleilles dialogava*, cit., p. 292, nota 130.

(89) Nella seconda (incompleta) edizione di E. HUBER, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts*, I, seconda dispensa, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1933, p. 188, si legge questo apprezzamento: « Das hohe Amt bleibt dasselbe, wie es nach alter Überlieferung glücklichlicherweise bei uns immer anerkannt worden ist. Was uns als neu entgegentritt, ist nur der bewusste Ausdruck für das, was bishin vielfach unbewusst geübt worden ist ». La frase è certamente del curatore di questa seconda edizione, ossia dello storico del diritto Paul Mutzner, ma non per questo è anche meno affidabile, se è lecito credere a quanto in merito ha ricordato un confidente di Huber, ossia RÜMELIN, *Eugen Huber*, cit., p. 50. Vedi pure CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 46-47, soprattutto la nota 72. Ha aderito a questa versione un testimone tutt'altro che marginale, W. YUNG, *François Gény et la jurisprudence en Suisse*, in *Le Centenaire du Doyen François Gény*, Recueil de conférences prononcées les 26 et 27 octobre 1962, Paris, Dalloz, 1963, pp. 85-99, specialmente 86: « François Gény et Eugène Huber se sont efforcés, chacun de son côté, de persuader leurs contemporains des bienfaits d'une législation largement ouverte aux autres éléments de formation du droit. La tâche de Huber était à cet égard moins lourde à remplir que celle de Gény [...] Car en Suisse le juge a toujours joui, au moins dans les cantons alémaniques, d'une grande liberté à l'égard de la loi, ainsi que Huber l'a exposé lui-même dans une lettre à Gény, de sorte que l'art. premier apparaissait moins comme une innovation révolutionnaire que comme la conséquence d'une tradition juridique ».

resto Huber stesso aveva esplicitamente attestato a membri del Governo elvetico ⁽⁹⁰⁾ e come anche l'odierna dottrina instancabilmente ribadisce ⁽⁹¹⁾. Analogo fu anche l'ulteriore desiderio di *confermare* la latitudine della libertà del giudice « quando la legge si rimette al suo prudente criterio o fa dipendere la decisione dall'apprezzamento delle circostanze, o da motivi gravi » ⁽⁹²⁾. Badando comunque anche in questo caso a propiziarne un esercizio costantemente « endigué et limité par la loi » ⁽⁹³⁾.

Quanto a Gény, usciva lui pure da una storia, ma da una — e qui sta la differenza — vissuta male, all'insegna della sottomissione del giudice ad una legge onnivora e ripetitiva, quindi desideroso di liberarsene. Quando, dopo aver indagato a lungo come cambiare registro, e dopo aver tracciato una ridda di sentieri alternativi, si era imbattuto nel progetto svizzero, l'aveva ritenuto subito quale ulteriore, percorribile itinerario. Non a caso Huber, nella lettera di fine 1899, glielo aveva in un certo senso anticipato: « Im schweizerischen Material würden Sie überhaupt gar vielfach eine Unterstützung Ihrer Auffassungen haben antreffen können » ⁽⁹⁴⁾.

Riassumendo: i francesi, reduci dalle secche dell'esegesi e stanchi di averne subito a lungo il discutibile fascino, aspiravano ora a imboccare nuove strade, a restituire al giudice una libertà nel corso dell'Ottocento viepiù smarrita. Nella Svizzera invece, « pays

⁽⁹⁰⁾ Testo delle due lettere di Huber al consigliere federale E. Brenner del 15 e 27 maggio 1904, in GAUYE, *Lettres inédites*, cit., pp. 115-120.

⁽⁹¹⁾ Così esplicitamente anche uno dei più recenti commentari del titolo preliminare del CCS, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, I, *Einleitung und Personenrecht*, 1. Abteilung, *Einleitung (Art. 1-9 ZGB)*, Bern, Stämpfli, 2012, N. 438, 447, 452 del commento all'art. 1 CCS.

⁽⁹²⁾ Così l'art. 4 CCS. Sulla storia di questa regola vedi D. MANAI, *Le juge entre la loi et l'équité. Essai sur le pouvoir d'appréciation du juge en droit suisse*, Lausanne, Payot, 1985, pp. 45-56; CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 39-42.

⁽⁹³⁾ MANAI, *Le juge entre la loi et l'équité*, cit., pp. 52-53. La stessa autrice riassunse poi il concetto in altra sede con queste parole: « Pour les juristes, le grand apport d'Huber a consisté à *endiguer* [corsivo mio P.C.] l'activité créatrice du juge en énonçant d'autres sources de droit en dehors de la loi (coutume, doctrine, jurisprudence) » (D. MANAI-WEHRLI, voce *Huber Eugen* nel *Dictionnaire historique de la Suisse*, Version 27.9.2022, consultato il 15 aprile 2023).

⁽⁹⁴⁾ Lettera di Huber a Gény del 27 dicembre 1899, in GAUYE, *François Gény est-il le père*, cit., p. 276.

fédéral à mœurs simples et à tendances égalitaires » ⁽⁹⁵⁾, bastò confermare una pratica, che il passato aveva consegnato tendenzialmente intatta ⁽⁹⁶⁾.

⁽⁹⁵⁾ Come propone la descrizione miniaturizzante, perciò leggermente civettuola, di GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources*, cit., II, p. 324.

⁽⁹⁶⁾ CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 41.

JEAN-LOUIS HALPÉRIN

L'ABSOLUTISME JURIDIQUE DE LA CODIFICATION EST-IL RELATIF?

1. Le contexte d'émergence de l'absolutisme juridique. — 2. La relativité du schéma par rapport à la codification. — 3. La relativité du schéma par rapport à d'autres types idéaux.

1. *Le contexte d'émergence de l'absolutisme juridique.*

En 1988, dans le volume 17 des *Quaderni fiorentini*, Paolo Grossi publiait un article au titre intrigant et provocateur *Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli 'atti' di un convegno milanese, e alla ricerca di segni)* ⁽¹⁾. La forme même de cet article avait des aspects surprenants. La référence au chant funèbre de l'épécède, sans doute parlante pour des savants italiens avec une forte culture antique, pouvait paraître énigmatique à bien des lecteurs étrangers à la littérature gréco-romaine. Ce titre indiquait la mort, et une sorte de déploration, d'une abstraction présentée sous la forme d'un syntagme inédit, « l'absolutisme juridique ». Le début de l'article, issu d'une leçon donnée à Ferrare la même année, était aussi déconcertant: Paolo Grossi regrettait de n'avoir pu participer à un colloque intitulé *Autorità, consenso e prassi nella creazione e nella attuazione delle norme giuridiche* organisé à Milan par son collègue et ami Giorgio Berti. Comme le colloque appelait à de nouvelles analyses du phénomène normatif et concluait à l'éclipse d'un ordre juridique dominé par le législateur étatique, Paolo Grossi en profi-

⁽¹⁾ Par commodité, nous renvoyons au volume 52 de la collection *Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno, Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998 qui incorpore, avec d'autres, cet article fondateur aux pages 13-31. Dans l'introduction de ce volume, p. 5, Paolo Grossi avouait le caractère polémique de l'expression « absolutisme juridique ».

tait pour saluer un affranchissement des juristes italiens à l'égard d'une pensée trop formaliste et « légalistique » (*legalistico*). En y associant d'autres textes parus au milieu des années 1980, Paolo Grossi y voyait des signes de la fin d'une époque qui avait commencé avec Muratori et Beccaria, celle de l'asservissement (*plagio*) des juristes à l'exégèse de la législation positive. Ici encore, pour les lecteurs non-italiens, l'emploi du terme *plagio* (et de la forme adjectivée *plagiata* très utilisée par Paolo Grossi dans cet article), faisant référence en droit romain à la vente comme esclave d'un homme libre, puis à un crime instauré par le Code Rocco en 1930 et écarté pour inconstitutionnalité par la Cour constitutionnelle en 1981, avait de quoi surprendre. Et le tableau de ce tournant intellectuel du milieu des années 1980 servait, quelques pages après, pour présenter l'absolutisme juridique qualifié de sinistre et suffoquant (*bieco e soffocante*).

Dans cet article de 1988 Paolo Grossi ne donnait pas, à proprement parler, une définition de l'absolutisme juridique et ne précisait pas la nature de cette abstraction. Pour autant, ces lecteurs pouvaient parfaitement comprendre que la monopolisation de la création du droit, notamment sous la forme de la codification civile dont le Code Napoléon était le modèle, avait constitué un événement majeur conduisant le « pouvoir bourgeois » dirigeant l'État à « exproprier » les juristes et plus généralement les personnes privées de la définition des rapports interindividuels. Paolo Grossi mettait l'accent, pour en prononcer une sorte d'éloge funèbre, sur la passivité psychologique des exégètes des codes et sur la mythologie juridique qui avait conduit à cette passivité. C'est dans l'introduction au volume de 1998 sur ce thème que Paolo Grossi précisa la fonction de « schéma interprétatif » de l'absolutisme juridique et son rôle pour mettre en lumière les « conséquences négatives » de ce grand processus de codification et de légicentrisme (pour utiliser, comme analogue à l'italien *pan-legificazione*, un terme français qui s'est répandu dans les mêmes années 1980). Nous espérons ne pas trahir la pensée de Paolo Grossi en voyant dans l'absolutisme juridique un idéal-type, ou un outil méthodologique pour caractériser une « expérience juridique » qui, du XVIII^e au XX^e siècle, a associé des transformations majeures de la normativité (le monopole étatique de la création du droit, un monopole réalisé au profit de la bourgeoisie

au pouvoir organisant ainsi la libéralisation des marchés qui lui était profitable) à un état d'esprit des juristes en tant qu'interprètes des règles juridiques (2).

Le choix du terme « absolutisme », associé au qualificatif de « juridique » (et non de politique ou de monarchique), a été un des coups de maître de Paolo Grossi pour faire apparaître l'originalité de sa pensée et le paradoxe que constitue l'idée d'un absolutisme juridique créé sur les ruines de l'absolutisme de la monarchie d'Ancien Régime et développé dans le cadre du libéralisme, puis de l'État de droit. L'utilisation d'un mot plutôt péjoratif comme « absolutisme » a donné du relief à ce que d'autres appelaient « monisme » ou légicentrisme par rapport au « pluralisme » ou au *jus commune* en tant que *Juristenrecht* (toutes ces expressions étant par ailleurs employées par Paolo Grossi). On peut penser aussi que ce syntagme inédit était, pour Paolo Grossi qui ne négligeait pas les « aspects positifs » de la codification (3), une manière de se distancier des historiens du droit nostalgiques du *jus commune* qui, à la même époque, dénonçaient la codification comme une parenthèse malheureuse de nationalisme dans l'histoire du droit en Europe, une parenthèse que le développement de la jurisprudence des cours européennes aurait été en train de fermer à la fin du XX^e siècle (4). Il s'agissait explicitement de réagir aussi aux manifestations d'enthousiasme patriotique (Paolo Grossi parle plusieurs fois d'une

(2) P. GROSSI, *Ancora sull'assolutismo giuridico (ossia: della ricchezza e della libertà dello storico del diritto)*, in ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato, op. cit.*, p. 1 (avec le sous-titre « un sintagma da chiarire » et p. 3. « uno schema interpretativo »).

(3) P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato nel secolo XIX*, in ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato, op. cit.*, p. 127.

(4) Nous faisons référence aux travaux de M. BELLOMO, *L'Europa del diritto comune*, Lausanne, 1988¹ (traduit en anglais sous le titre *The Common Legal Past of Europe 1000-1800*, Washington, 1995) et de R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1990 et *Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, in « *Juristenzeitung* », 1992, pp. 8-20. Il est significatif que Paolo Grossi n'ait pas cité ces travaux dans ses études sur l'absolutisme juridique et se soit distingué du courant néo-pandectiste, dénoncé par notre éminent collègue, Pio Caroni, si proche des *Quaderni fiorentini* (notamment dans *Der Schiffbruch der Geschichtlichkeit. Anmerkungen zum Neo-Pandektismus (Diskussion)*, in « *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* », 16 (1994), pp. 85-100 et *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, 1998).

« Marseillaise » juridique) auxquelles donnait lieu la commémoration du Bicentenaire de la Révolution française. Au même moment, chez les juristes français qui étaient bien peu nombreux à connaître Paolo Grossi, les débats portaient sur « l'éloge de l'Exégèse » publié en 1985 par Philippe Rémy (et jugé excessif par Paolo Grossi ⁽⁵⁾) et sur les premiers travaux de Xavier Martin qui remettaient en cause la mythologie d'un Code Napoléon individualiste et libéral ⁽⁶⁾. Ces nouvelles interprétations de la codification et de ses effets sur la pensée juridique pouvaient rejoindre, sans se confondre avec elles, les réflexions de Paolo Grossi sur l'absolutisme juridique.

Le « schéma interprétatif » de l'absolutisme juridique appliqué à l'âge des codifications du XVIII^e au XX^e siècle a, sans aucun doute, survécu au contexte de son invention et convaincu de son caractère heuristique pour une relecture de la codification comme un *instrumentum regni* (expression employée par Paolo Grossi dès 1988) et pour une meilleure compréhension des positions doctrinales relatives à l'interprétation de la loi et au rôle des juristes au cours des XIX^e et XX^e siècles. Pour rendre hommage à un historien du droit incomparable, avec lequel les relations de respect et d'amitié étaient si fortes, cette contribution n'entend pas discuter les fondements idéologiques de la conception de l'absolutisme juridique de Paolo Grossi. Il ne s'agit pas ici de confronter des postulats du normativisme juridique avec les idées de droits naturels des personnes privées que la codification aurait « expropriées » selon l'expression utilisée dans ces textes. En suivant la voie si richement explorée par Paolo Grossi des rapports entre normes, idées juridiques et expériences sociales, nous voudrions prolonger le débat sur le caractère « relatif » de l'absolutisme juridique. Si absolutisme et relativité paraissent antinomiques, Paolo Grossi savait, plus que tout autre, que le célèbre article 544 du Code Napoléon définit la propriété comme « le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on en fasse pas un usage prohibé

⁽⁵⁾ GROSSI, *Absolutismo giuridico e diritto privato nel secolo XIX*, *op. cit.*, p. 131; PH. RÉMY, *Éloge de l'Exégèse*, in « Droits », 1985, pp. 115-123.

⁽⁶⁾ Pour citer l'un de ses premiers travaux, X. MARTIN, *L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme*, in « Revue historique de droit français et étranger », 60 (1982), pp. 589-618.

par les lois et les règlements ». De même qu'un droit prétendu absolu a un caractère relatif par rapport à un encadrement législatif et réglementaire, Paolo Grossi caractérisait l'absolutisme juridique comme un « fruit historique » limité dans le temps et dans l'espace (7). C'est des limites de ce schéma que nous voudrions parler en analysant successivement sa relativité appliquée à la codification, puis sa relativité par rapport à d'autres types idéaux concernant la structuration de l'ordre juridique.

2. *La relativité du schéma par rapport à la codification.*

Tout en accordant une place de premier plan au *Code civil des Français*, Paolo Grossi a naturellement développé sa conception de l'absolutisme juridique au regard du « profil historique » de la codification italienne (il parle de « l'excellent » code de 1942 tout en critiquant l'article 12 des *preleggi* sur l'interprétation de la loi (8)) et de la science civiliste des juristes italiens de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle (étudiés en parallèle avec les français Saleilles et Gény (9)). La perspective de l'absolutisme juridique part d'un point de vue d'un « pays de droit civil » et des liens entre la codification française et la vision étroitement légaliste du rôle des juristes.

La question de la subjectivité du regard historique porté sur ces phénomènes est encore plus prégnante pour les Français. Nourris d'une tradition et d'un enseignement qui nous a longtemps vanté sans nuances les qualités et le rayonnement international du Code Napoléon, nous avons encore, après quatre décennies de travaux qui ont relativisé cette vision trop flatteuse pour la nation française, à nous interroger sur les biais avec lesquels nous abordons la place de la codification dans l'histoire du droit en France et en dehors de France. La France est aujourd'hui un pays avec plus de soixante-dix codes, dont plus de 60 % des articles de lois sont codifiés, et environ

(7) P. GROSSI, *Epicedio per l'assolutismo giuridico*, in ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, op. cit., p. 21.

(8) GROSSI, *Ancora sull'assolutismo giuridico*, op. cit., p. 9.

(9) Réunis dans le même volume, les deux articles de 1991 et 1995 sur Gény et Saleilles sont des références inégalées sur la pensée de ces deux juristes français.

36 % des articles réglementaires ⁽¹⁰⁾. Si la codification dite « à droit constant » (ce qui peut apparaître comme un oxymore avec le renouvellement perpétuel de ces codes), résultant d'une compilation ordonnée de textes législatifs sur un même thème comme les *testi unici* italiens, a remplacé la codification *ex novo* (dont le dernier exemple est le Code pénal de 1992), la France reste la championne du monde du droit codifié. Dans un pays caractérisé par l'ancienneté de la centralisation étatique et par des conceptions monistes, laissant apparemment peu de place au pluralisme des sources du droit, le risque existe que les historien(ne)s du droit considèrent le droit étatique et la codification comme des phénomènes juridiques indépassables.

Il nous semble cependant que l'essor de l'histoire comparée du droit, auquel Paolo Grossi a participé, est de nature à objectiver notre perspective sur l'histoire de la codification. Les travaux récents, bien représentés au sein du volume *Codici. Una riflessione di fine millennio* dont Paolo Grossi fit la conclusion ⁽¹¹⁾, ont montré à la fois combien le Code Napoléon avait représenté une rupture par rapport aux compilations ou codifications antérieures, quelles avaient été les effets et les limites de son exportation (souvent imposée) et comment le mouvement de codification s'inscrivait dans une large perspective européenne et mondiale. Mieux informés des aspects autoritaires du Code Napoléon, nous sommes guéris de tout complexe de supériorité sur la codification française et mieux en mesure de l'insérer dans un tableau plus nuancé du droit et de la pensée juridique dans la France du XIX^e siècle. Pour une large part, cette relecture de la codification française a bien mis en valeur son caractère absolutiste. Napoléon a imposé la codification, par la

⁽¹⁰⁾ Le site www.legifrance.gouv.fr recense 78 codes en 2023 et le rapport au Premier ministre, *Indicateurs de suivi de l'activité normative*, février 2022 donne ces pourcentages de 61, 78 % des articles de lois qui sont codifiés et de 36, 56 % pour les articles de règlements.

⁽¹¹⁾ P. GROSSI, *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, a cura di P. Cappellini, B. Sordi, Milano, 2002, pp. 579-599. Cette conclusion ne reprend pas directement le thème de l'absolutisme juridique (sinon pour renvoyer à l'étude de 1998 sur Chironi, Coviello et Ferrara), mais relie la codification et l'exégèse (avec une nouvelle critique de l'article de Philippe Rémy, p. 594).

domestication des assemblées qui l'ont votée et par l'utilisation des pères de famille comme relais du pouvoir étatique, dans une perspective aussi absolutiste que les despotes éclairés de Prusse et d'Autriche à l'origine de l'ALR et de l'ABGB. Le maintien en France de conquêtes révolutionnaires, comme la sécularisation du droit et l'égalité successorale, n'empêche pas des points de contact entre ces diverses législations qui prétendaient faire le bonheur des peuples selon les prescriptions du souverain. D'ailleurs, les monarchies restaurées en France, mais aussi en Italie (nous pensons particulièrement à l'œuvre codificatrice de 1819 dans le royaume des Deux-Siciles ⁽¹²⁾) n'ont pas eu de difficultés à adopter le modèle français qui se conciliait facilement avec des régimes autoritaires, sous réserve il est vrai de l'abandon de la sécularisation.

Sans abandonner le débat sur les parts révolutionnaire et réactionnaire de la codification, il nous semble que le schéma proposé par Paolo Grossi doit être nuancé, précisément à partir de l'exemple français, par ce que nous savons de l'essor précoce de la jurisprudence des tribunaux, particulièrement de la Cour de cassation. Dès sa création à la fin de l'année 1790 et son entrée en action dans l'année 1791, sans solutions de continuité sous les régimes successifs de la France, le Tribunal (puis Cour à partir de 1804, le changement de nom étant dû seulement au passage au régime impérial) de cassation a créé de véritables normes jurisprudentielles et développé un pouvoir d'interprétation de la loi finalement reconnu par la loi du 1^{er} avril 1837 supprimant le référé législation ⁽¹³⁾. Par des arrêts de cassation, pour fausse application ou fausse interprétation de la loi, la Cour de cassation a « fait parler » les lois, particulièrement les codes, et donné naissance à un droit vivant qui a non seulement explicité les dispositions codifiées, mais

⁽¹²⁾ D. NOVARESE, *Istituzioni e processo di codificazione nel regno delle due Sicilie*, Milano, 2000; sur les codes civils de l'Italie pré-unitaire et leurs aspects « absolutistes », nous pensons également au livre de M. CAVINA, *Il potere del padre*, Milano, 1995.

⁽¹³⁾ J.-L. HALPÉRIN, *Le Tribunal de cassation sous la Révolution française (1790-1799)*, thèse droit Université Paris II, 1985, notamment le volume 2 sur la jurisprudence disponible sur HAL <https://hal.archives-ouvertes.fr/tel-03223389/document> et, plus récemment, *La jurisprudence de la chambre civile, sa précocité et son enracinement*, in *Deux siècles de jurisprudence. La Cour de cassation au service du droit et du justiciable*, J. Barthélemy, P. Galanopoulos et X. Prétot (dir.), Paris, 2022, pp. 19-26.

les a complétées par de nouvelles normes, dans certains cas éloignées de la lettre de la loi ⁽¹⁴⁾. Diffusés par le *Bulletin officiel des arrêts de la Cour de cassation* (avec ses deux séries civile et criminelle) et plus encore par les recueils périodiques de jurisprudence apparus dès le début du XIX^e siècle (*Journal du Palais*, Sirey, Dalloz), les arrêts de la Cour de cassation et des cours d'appel ont, de manière précoce, infléchi l'absolutisme de la codification ⁽¹⁵⁾. Alors que Paolo Grossi qualifiait, en 1986, l'histoire de la jurisprudence et de la doctrine française au XIX^e siècle de « conquêtes pénibles, tourmentées et tourmentantes » (*conquista faticosa, tormentate e tormentanti*) du temps de Géný et de Saleilles ⁽¹⁶⁾, nous pouvons affirmer aujourd'hui que le droit privé (et même pénal) français s'est développé, dès le début du XIX^e siècle, sur les deux jambes de la codification et de la jurisprudence. Si l'on ajoute l'essor de la jurisprudence du Conseil d'État, au caractère fondateur pour le droit administratif français, le monopole de la création du droit accordé en apparence au législateur a masqué l'avènement d'un droit jurisprudentiel plusieurs décennies avant les textes de Saleilles et Géný, dont le caractère novateur cachait aussi les résultats d'une évolution bien antérieure.

De cet apparent aveuglement de la doctrine juridique française face aux progrès de la jurisprudence ⁽¹⁷⁾, l'on pourrait conclure qu'elle est restée enfermée dans l'Exégèse et passive par rapport aux commandements du législateur. Mais là aussi les travaux récents ont montré qu'à côté de la littérature très superficielle des professeurs, notamment parisiens, qui commentaient le Code civil, toute une

⁽¹⁴⁾ Par exemple, en admettant l'adoption d'un enfant naturel par l'un de ses parents (un point laissé dans l'ombre par les dispositions du Code civil) ou la légitimation par mariage des enfants incestueux (contrairement à la lettre de l'art. 331 du Code civil): J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, 2012³, pp. 94 et 97.

⁽¹⁵⁾ P.-N. BARÉNOT, *Les recueils de jurisprudence, miroirs de la pensée juridique française (1789-1914)*, Paris, 2022.

⁽¹⁶⁾ GROSSI, *Ancora sull'assolutismo giuridico*, op. cit., p. 7.

⁽¹⁷⁾ Un aveuglement qui continue chez certains civilistes croyant toujours que les juges ont été réduits à un pouvoir mécanique d'application de la loi depuis la Révolution française, que le Tribunal de cassation était un instrument aux ordres du Corps Législatif et que les professeurs de droit du XIX^e siècle ignoraient la jurisprudence.

série de publications dans les revues ou sur des matières spécialisées (droit commercial, droit pénal, propriété intellectuelle, « droit industriel » sans oublier les études d'histoire du droit) ont pu alimenter des réflexions nouvelles, souvent en rapport avec les débats animés dans d'autres pays d'Europe, notamment en Allemagne ⁽¹⁸⁾. Il ne s'agit pas de réhabiliter les exégètes, comme l'avait proposé Philippe Rémy et rejeté Paolo Grossi, mais de souligner la part de voix, longtemps considérées comme « dissidentes », de juristes français (plus souvent avocats ou magistrats que professeurs ⁽¹⁹⁾) qui ont saisi dès le milieu du XIX^e siècle les transformations sociales et économiques susceptibles de réduire l'empire de la codification. Le fait que certains des textes de ces praticiens aient été traduits en langue étrangère ⁽²⁰⁾ et que les recueils de jurisprudence française aient été imités en Italie, en Espagne ou en Allemagne montre que même dans les pays de droit civil l'absolutisme juridique n'a pas annihilé toute création du droit par des normes jurisprudentielles ni toute créativité de la doctrine.

Paolo Grossi avait concédé lui-même que l'absolutisme juridique avait des limites temporelles et spatiales et qu'il avait été ignoré de la tradition authentique du *common law*. S'il n'y a pas de doute que la vague codificatrice n'a pas atteint le Royaume-Uni (sous réserve cependant de la codification pénale pour les colonies britanniques, avec notamment l'*Indian penal code*), il n'est pas impossible de relier certaines transformations du droit anglais, comme la création en 1865 de l'*Incorporated Council of Law Reporting* (donnant lieu à une publication régulière et quasi-officielle du *case law*), les *Judicature Acts* de 1873 et 1875 (fusionnant les juridictions de *common law* et d'*equity*)

⁽¹⁸⁾ A. BÜRGE, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 1995² sur l'influence de l'École historique allemande et l'idée d'une inflexion « libérale » de l'interprétation du Code civil à partir des années 1830. M. GLÄSER, *Lehre und Rechtsprechung im französischen Zivilrecht des 19. Jahrhunderts*, Frankfurt am Main, 1996.

⁽¹⁹⁾ Par exemple, l'essor lui aussi précoce d'un droit de la « responsabilité » a été saisi d'abord par le magistrat M.-A. SOURDAT, *Traité général de la responsabilité*, Paris, 1852 qui traite de la responsabilité civile et des débuts de la responsabilité administrative.

⁽²⁰⁾ À titre d'exemple, la traduction dès l'année de parution du *Traité de droit international privé* de J.-J. G. FOELIX, *Trattato del diritto internazionale privato* par B. Montuoro, Napoli, 1843.

ou les lois de consolidation (comme le *Sale of Goods Act* de 1893) ⁽²¹⁾, à un mouvement de « standardisation » des règles de droit qui comporte quelques similitudes avec les évolutions associant jurisprudence et législation dans les pays de droit civil.

Le rejet de la pan-codification dans les pays de *common law* amène à les exclure, comme l'avait voulu Paolo Grossi, du schéma de l'absolutisme juridique, mais qu'en est-il, à des périodes plus anciennes, pour le droit romain de l'empire tardif et pour l'ancien droit impérial chinois ? N'est-on pas en présence dans les deux cas d'un pouvoir absolu qui voulait monopoliser la création du droit au profit de la source législative et dans un cadre codifié ?

Paolo Grossi ne pouvait bien évidemment pas ignorer l'histoire des codifications théodosienne et justinienne et les dispositions présentes dans ces codes qui réservaient l'interprétation de la loi à l'empereur (C. Théod. 1, 1, 5 et 6 ainsi que 1, 2, 3; CJ 1, 14, 1 et 12, *Si imperialis majestas*; CJ 7, 45, 13, *Nemo iudex*) et interdisaient tout commentaire des textes anciens (CJ 1, 17, 1, 7 *Deo auctore*) ⁽²²⁾. Ces codifications, spécialement celles de Justinien, avaient clairement pour but d'intégrer dans un corpus placé sous l'autorité de l'empereur une législation proliférante (appliquée depuis l'édit de Caracalla à tous les habitants libres de l'empire) et, dans le Digeste, les extraits sélectionnés des jurisconsultes romains qui étaient élevés au rang de *lex*. Il est ainsi possible de parler de monopolisation du droit par une autorité absolue qui prétendait agir au nom de Dieu, y compris dans les matières ecclésiastiques. Plusieurs caractéristiques de ces codifications diffèrent de celles des codifications des Lumières au tournant du XVIII^e et du XIX^e siècle: la « jurisprudence » est largement associée aux lois impériales dans cette consolidation du droit romain et une place est laissée à la coutume (et peut-être à des règles propres aux soldats barbares). L'on sait par ailleurs la distance qui sépare, aux IV^e, V^e et VI^e siècles, le droit officiel et le droit vulgaire, dans la

⁽²¹⁾ J.-L. HALPÉRIN, *Five legal Revolutions since the 17th century. An Analysis of a Global Legal History*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2014, pp. 58-59.

⁽²²⁾ G.G. ARCHI, *Studi sulle fonti del diritto nel tardo impero romano Teodosio II e Giustiniano*, Cagliari, 1987, pp. 111 et 202. Du même auteur, *Interpretatio iuris — interpretatio legis — interpretatio legum*, in « Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung », 87 (1970), pp. 1-49.

partie occidentale de l'empire, comme dans la partie orientale ⁽²³⁾. Le droit romain des compilations a conservé quelques aspects du pluralisme juridique qui existait antérieurement au développement de la législation impériale et à l'édit de Caracalla. S'y est ajouté le droit concédé à l'Église de développer sa juridiction, mais aussi sa législation avec les premières décrétales des papes et le pouvoir d'interprétation des règles du droit canonique. Enfin, cette expression de l'absolutisme juridique a eu, particulièrement en Occident, des effets très limités dans le temps avant, ce qui n'est pas le moindre paradoxe, de servir de base à l'œuvre des glossateurs et des commentateurs, c'est-à-dire à la manifestation la plus achevée de création du droit par les juristes.

Il n'en reste pas moins que l'absolutisme juridique puise en Occident ses racines dans ces codifications qui ont fourni aux papes puis aux souverains séculiers tous les arguments pour prétendre à la monopolisation du droit. La fameuse interprétation de la constitution *Sicut igitur* (CJ 6, 23, 19, 1) selon laquelle le prince a toutes les lois dans sa poitrine (*in scrinio pectoris sui*) a servi à tous les pouvoirs qui prétendaient à l'absolutisme dans la création du droit. Si Paolo Grossi relevait les liens entre l'absolutisme juridique, l'École du droit naturel moderne et la philosophie des Lumières, l'on peut aussi voir dans les compilations de Justinien et du droit canonique les prémices d'un dogmatisme qui s'est développé dès le Moyen Âge pour faire en sorte que les juristes aiment la loi et le pouvoir auxquels ils sont soumis. Telle était l'approche de Pierre Legendre ⁽²⁴⁾ qui, comme le notait Danièle Hervieu Léger ⁽²⁵⁾, « exclut toute approche de la dynamique historique concrète des institutions », à l'opposé de la démarche de Paolo Grossi.

En élargissant la comparaison au-delà de l'Occident, ce que l'histoire du phénomène de la codification n'a guère envisagé jusqu'à nos

⁽²³⁾ L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volkrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreiches: mit Beitrage zur Kenntnis des griechischen Rechts und der spätrömischen Rechtsentwicklung*, Leipzig, 1891; E. LEVY, *West Roman Vulgar Law: the Law of Property*, Philadelphia, 1952.

⁽²⁴⁾ P. LEGENDRE, *L'amour du censeur*, Paris, 1974.

⁽²⁵⁾ D. HERVIEU-LÉGER, *Legendre (Pierre), L'amour du censeur [compte rendu]*, in « Archives de sciences sociales des religions », 39 (1975), pp. 237-238.

jours, l'ancien droit chinois offre, dans la très longue durée de l'empire (du III^e siècle avant l'ère chrétienne à la révolution de 1911) un sujet de réflexion sur l'absolutisme juridique. S'il faut attendre le code de la dynastie Tang (737) pour que nous ayons, par des manuscrits plus tardifs, le texte même des 502 articles qui composait cette systématisation du droit impérial ⁽²⁶⁾, les historiens du droit chinois s'accordent à penser que la codification a débuté plusieurs siècles auparavant en Chine. Les fouilles archéologiques effectuées depuis les années 1970, notamment la découverte de la tombe d'un agent de l'empereur enterré avec sa bibliothèque juridique de 10 000 lattes de bambou à Shuihudi vers 217 avant notre ère, n'ont pas permis d'affirmer l'existence d'un code du premier empereur Qin Shi Huang (ayant « unifié » la Chine de -227 à -221) ⁽²⁷⁾. En revanche, les textes découverts ont attesté l'ancienneté du pouvoir législatif de l'empereur et son emploi à la fois pour systématiser et faire évoluer le droit. Ce recours à une législation massive a continué sous la dynastie des Han (-202 à 220) et même, dans une période d'affaiblissement du pouvoir impérial, au sein de royaumes rivaux comme celui des Jin Occidentaux vers 268 ⁽²⁸⁾. Il y a une quasi-certitude de l'existence de codes de la dynastie Sui (un premier code de 1 537 articles en 581 et un second de 500 articles en 583) ⁽²⁹⁾ qui ont servi de modèle au code Tang, comme celui-ci a été la matrice des codes des dynasties suivantes jusqu'à la chute de l'empire (code Song de 962-963, code Jin de 1201, code Yuan de 1271, code Ming de 1397, code Qing de 1644, révisé plusieurs fois, notamment en 1740).

Tous les codes chinois présentent des traits communs. Ils émanent de l'autorité de l'empereur comme seul législateur, bien sûr

⁽²⁶⁾ W. JOHNSON, *The Tang Code*, Princeton, 1979.

⁽²⁷⁾ Y. LIU, *Origins of Chinese Law. Penal and Administrative Law in its Early Development*, Hong Kong-Oxford-New York, 1998; E. CALDWELL, *Writing Chinese Law. Form and Function of Legal Statutes founded in the Qin Shuihudi Corpus*, London-New York, 2018.

⁽²⁸⁾ Une « préface » de Zhang Fei correspondrait à un code perdu de cette dynastie: B.E. WALLACKER, *Chang Fei's Preface to the Chin Code of Law*, in « T'oung Pao », 72 (1986), 4-5, pp. 229-268, J. BOURGON, *Le rôle des schémas divinatoires dans la codification du droit chinois. À propos du commentaire du Code des Jin de Zhang Fei*, in « Extrême-Orient, Extrême Occident », 21 (1992), pp. 131-145.

⁽²⁹⁾ E. BALAZS, *Le traité juridique de Souei-chou*, Leiden, 1954.

assisté d'experts qualifiés, mais sans recours à une autorité divine ou à des règles émanées de la société. Ils se présentent comme une liste de délits et de pénalités, avec le complément de lois administratives et d'ordonnances (relatives notamment aux impôts et à l'armée) donnant souvent lieu à d'impressionnantes compilations. Les codes, élaborés à chaque changement de dynastie en s'inspirant des codes précédents, font l'objet de révisions périodiques, notamment pour intégrer, à côté des règles les plus stables (*lü* autour de 500 articles) des règles complémentaires (*substatutes* dépassant le millier en 1740) s'inspirant des décisions judiciaires et témoignant de volontés réformatrices. La question de savoir s'il a existé, notamment au XVIII^e siècle, un embryon de « droit civil » à côté de ce code pénal et du droit administratif est controversée⁽³⁰⁾. Mais il n'y a pas de doute que les empereurs chinois entendaient traiter tous les sujets d'intérêt général dans les codes (les devoirs de famille étaient ainsi abordés sous l'angle pénal) et qu'il n'y avait aucune place pour des « droits coutumiers » dans un système n'ayant connu le concept de coutume qu'à travers l'influence occidentale au tournant du XIX^e et du XX^e siècle⁽³¹⁾. N'est-on pas alors en présence d'une forme, ancienne et durable, d'absolutisme juridique d'une codification impériale qui prétendait absorber tout le droit chinois ? La question mérite à notre avis d'être posée, comme celle des formes, exégétiques ou jurisprudentielles, d'une littérature juridique chinoise, longtemps négligée, dont on s'est aperçu récemment qu'elle comprenait des milliers de titres. Ce qu'apporte l'histoire comparée du droit en matière de relativisation (mais aussi d'élargissement) de l'idée d'absolutisme juridique nous amène aussi à considérer la portée heuristique de ce schéma interprétatif par rapport à d'autres qui ont été utilisés pour la codification.

⁽³⁰⁾ En faveur de cette émergence d'un droit civil, PH. C. HUANG, *Civil Justice in China*, Stanford, 1996; *contra* J. BOURGON, *Uncivil Dialogue: Law and Custom did not merge into Civil Law under the Qing*, in « Late Imperial China », 23 (2002), 1, pp. 50-90.

⁽³¹⁾ J. BOURGON, *Le droit coutumier comme phénomène d'acculturation bureaucratique au Japon et en Chine*, in « Extrême-Orient, Extrême-Occident », 23 (2001), pp. 125-143.

3. *La relativité du schéma par rapport à d'autres types idéaux.*

Deux autres types-idéaux paraissent associés à celui de l'absolutisme juridique. Il s'agit, d'abord, de la figure de l'État moderne qui n'est pas le propre des juristes et a suscité beaucoup de réflexions des historiens au XX^e siècle. Nous pensons ensuite à ce que les théoriciens du droit, notamment à partir de Kelsen, ont présenté comme le « monisme juridique ». S'agissant du premier idéal-type, le schéma de l'absolutisme juridique vient s'inscrire dans une réflexion, débutée en Allemagne et en Italie au XIX^e siècle et dans la première moitié du XX^e siècle, sur les rapports entre ordre juridique et État. La conception à travers l'expression d'une *Rechtsordnung* (donnant lieu à la traduction italienne d'*ordinamento giuridico* plus rapidement que l'emploi du syntagme *ordre juridique* par les juristes français) d'un ordonnancement du droit à une époque donnée sur un territoire déterminé a conduit progressivement à porter plus d'attention à l'emploi du terme État en histoire du droit. En 1877, Jhering définit le droit comme « l'ensemble des normes en vertu desquelles dans un État s'exerce la contrainte » (*Recht ist die Inbegriff der in einem Staat Zwangsnormen*)⁽³²⁾. Il allait jusqu'à dire que « l'État est l'unique source du droit » (*der Staat ist die einzige Quelle des Rechts*)⁽³³⁾. Toutefois, le romaniste était trop attentif aux différences entre l'État de son époque et l'organisation du pouvoir sous l'Antiquité pour ne pas envisager, notamment dans la Rome archaïque, un droit et une justice qui ont précédé l'État⁽³⁴⁾. Alors que les juristes allemands n'hésitaient pas à parler d'État pour l'ensemble de l'Antiquité romaine, dans la lignée de Mommsen, Kelsen nous paraît avoir tiré toutes les conséquences des idées de Jhering dans une phrase peu remarquée de la première édition de sa *Reine Rechtslehre*: « L'État est un ordre juridique, mais tout ordre

(32) R. von JHERING, *Der Zweck im Recht*, Leipzig, 1877, vol. 1, p. 318.

(33) *Ibid.*, p. 317.

(34) R. von JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, § 11, 2 Leipzig, 1852¹, vol. 1, pp. 115-117 et 1866², p. 120. Ce passage sur le recours à l'auto-défense (*Selbsthülfe*) à l'époque de la loi des XII tables a été remanié de la première à la seconde édition: après avoir laissé entendre qu'il ne pouvait pas y avoir d'ordre juridique sans une justice organisée au sein de l'État, Jhering envisage qu'il y ait eu des juges, et des formes archaïque de droit, avant l'État.

juridique n'est pas un État » (*aber nicht jede Rechtsordnung wird schon als Staat bezeichnet*)⁽³⁵⁾. L'État n'est qu'une forme centralisée d'ordre juridique, celle où le droit est créé par un législateur parvenant à identifier l'ordre juridique et l'État.

Paradoxalement il nous semble que Paolo Grossi, en dépit de son aversion pour la pensée de Kelsen, a été l'héritier de cette conceptualisation de l'ordre juridique et de l'État. Il a voulu montrer combien l'expérience médiévale était celle d'ordres juridiques et d'un droit sans l'État (*l'ipotesi suggestiva di un diritto senza la Stato, essendo quest'ultimo null'altro che uno dei mille ordinamenti manifestatisi nel corso della storia umana*)⁽³⁶⁾. Dans ses textes, Paolo Grossi a associé l'absolutisme juridique à l'État moderne de droit (*cosiddetto Stato moderno di diritto*)⁽³⁷⁾ et il savait bien évidemment qu'il y avait lieu de distinguer entre les origines médiévales de l'État et les transformations de l'État aux Temps modernes.

Du point de vue du vocabulaire, il y a aujourd'hui un relatif consensus pour considérer qu'il y a eu, sous l'Antiquité et au Moyen Âge, des ordres juridiques sans État (le qualificatif de « pré-étatiques » pourrait donner l'impression qu'ils étaient tous destinés à se transformer en État) et que l'État moderne à la fois se différencie de formes étatiques plus anciennes et se décline selon diverses configurations, dont l'absolutisme juridique serait un exemple à l'âge de la codification dans les pays de droit civil. La question est donc de savoir ce qui distingue l'espèce « absolutisme juridique » dans le genre « État moderne ».

Sur ce terrain, force est de constater que chacun utilise le vocable « État moderne » selon ses propres convictions, voire en fonction du contexte de l'argumentation. Pour se limiter à quelques exemples, Santi Romano, dans sa fameuse *prolusione* de Pise en 1909, considère l'État moderne comme un produit de la Révolution française ayant établi le monopole de la souveraineté nationale sur les individus en supprimant tous les corps intermédiaires⁽³⁸⁾. En

(35) H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien, 1934, p. 117.

(36) P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, 1996², p. 30.

(37) *Ibid.*, p. 20 et GROSSI, *Epicedio per l'assolutismo giuridico*, *op. cit.*, p. 21 (*lo Stato c. d. di diritto*).

(38) S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Pisa, 1909, p. 6.

France, c'est Lucien Febvre qui a popularisé l'expression « État moderne » en 1935, se contentant d'en fixer la naissance au XVI^e siècle, avec l'apparition d'une terminologie innovante, celle du *stato* de Machiavel ou de la *République* de Bodin ⁽³⁹⁾. Si beaucoup d'historiens se sont ralliés à l'idée de l'apparition de l'État moderne au XVI^e et au XVII^e siècle (autour des figures de Hobbes et de Louis XIV) ⁽⁴⁰⁾, les débats se sont développés sur la genèse de cet État moderne dans les grands royaumes de la fin du Moyen Âge (Sicile, France, Angleterre, Espagne et Portugal). Après les travaux des historiens du droit italien sur la souveraineté au Moyen Âge (de Francesco Calasso à Pietro Costa), l'attention s'est portée en France vers la genèse de l'État moderne dans le cadre d'un programme de recherches initié en 1984 par Jean-Philippe Genêt. Ce dernier a proposé de définir l'État moderne comme un « État dont la base matérielle repose sur une fiscalité publique acceptée par la société politique [...] et dont tous les sujets sont concernés » ⁽⁴¹⁾. En dépit de cette définition ne faisant pas appel à des critères juridiques, ce programme de recherches a suscité des travaux importants, notamment ceux d'André Gouron et Albert Rigaudière ⁽⁴²⁾, qui ont profondément renouvelé notre connaissance de la législation et du pouvoir royal dans les derniers siècles du Moyen Âge en France.

Alors que Paolo Grossi s'est toujours montré opposé à l'utilisation du terme État pour les pouvoirs politiques du Moyen Âge (en faisant de l'État une création des Temps modernes et en critiquant

⁽³⁹⁾ L. FEBVRE, *De l'État historique à l'État vivant*, in *L'Encyclopédie française. L'État moderne*, Anatole de Monzie, Henry Puget, Pierre Tissier (dir.), tome X, Paris, 1935, p. 100803.

⁽⁴⁰⁾ A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *The Notion of the State*, London, 1967; G. POGGI, *The Development of the Modern State*, Stanford, 1978; Q. SKINNER, *The Foundations of Modern Political Thought*, Cambridge, 1978.

⁽⁴¹⁾ J.-PH. GENÊT, *La genèse de l'État moderne. Les enjeux d'un programme de recherche*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 118 (1997), pp. 3-18.

⁽⁴²⁾ A. RIGAUDIÈRE, *Penser et construire l'État dans la France du Moyen Âge (XIII^e-XV^e siècle)*, Paris, 2003, a regroupé de nombreuses contributions de cet éminent historien du droit en les faisant précéder d'une très utile « rétrospective » sur ce programme de recherche relatif à la genèse de l'État moderne.

Calasso sur ce point ⁽⁴³⁾), les historiens français du droit ont tendu, durant ces dernières décennies, à réévaluer les progrès du pouvoir législatif des rois de France à partir du XIII^e siècle et à reconnaître l'existence de soubassements de l'État moderne depuis Philippe le Bel ⁽⁴⁴⁾. Cette utilisation diverse du terme « État » n'empêche pas un accord sur l'interprétation des textes relatifs au roi de France comme *legibus solutus*: tandis qu'Albert Rigaudière nuance la portée pratique de cette affirmation ⁽⁴⁵⁾, Paolo Grossi reconnaît que la centralité du pouvoir étatique en France a commencé sa carrière sous Philippe le Bel pour aboutir à Louis XIV, puis à Napoléon ⁽⁴⁶⁾. L'absolutisme juridique n'est donc pas déjà en puissance dans l'usage médiéval de l'adage romain *princeps legibus solutus est* et il est encore absent de l'État d'Ancien Régime qui, en dépit du pouvoir prétendument absolu du monarque, se heurte aux droits et privilèges de la société d'ordres ⁽⁴⁷⁾. Pour autant, la discussion demeure ouverte sur le rôle attribué à la rupture de la Révolution française dans l'émergence de l'absolutisme juridique de la codification face aux éléments de continuité avec les grandes ordonnances de Louis XIV ou avec les premières tentatives de codification du droit des despotes éclairés en Autriche et en Prusse.

Par la caractérisation de l'absolutisme juridique comme une des figures (mais non la seule possible, si l'on songe par exemple aux Provinces-Unies ou à la Grande-Bretagne qui ont été des États modernes sans codification du droit) de l'État moderne, l'on revient à la question de la « monopolisation de la création du droit » et des

⁽⁴³⁾ P. GROSSI, *Un diritto senza Stato (la nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)*, in ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, op. cit., pp. 275-295 et *Dalla società di società alla insularità dello Stato: fra Medioevo ed età moderna*, in ID., *Società, Diritto, Stato*, Milano, 2006, pp. 75-95.

⁽⁴⁴⁾ Parmi un grand nombre d'études, *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'État*, A. Gouron et A. Rigaudière (dir.), Montpellier, 1988 et J. KRYNEN, *Le concept d'État dans les textes constitutionnels français: sommaire mise en perspective pour une brève analyse*, in *Formes et doctrines de l'État*, P. Bonin, P. Brunet, S. Kerneis (dir.), Paris, 2018, pp. 91-102.

⁽⁴⁵⁾ RIGAUDIÈRE, *Penser et construire l'État dans la France du Moyen Âge (XIII^e-XV^e siècle)*, op. cit., pp. 52-55.

⁽⁴⁶⁾ GROSSI, *Dalla società di società alla insularità dello Stato*, op. cit., pp. 94-95.

⁽⁴⁷⁾ GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato nel secolo XIX*, op. cit., p. 128.

rapports entre le schéma de l'absolutisme juridique et le concept de « monisme ».

Paolo Grossi a présenté l'absolutisme juridique comme un *monismo rigidissimo* ⁽⁴⁸⁾. Opposé au « vieux pluralisme juridique », ce terme de monisme évoque à la fois l'unité de l'ordre juridique et l'exclusivité du droit étatique assimilé à l'époque moderne à l'ordre juridique national. Si l'on s'en tient au premier critère de l'unité du droit, l'on peut se demander si, en théorie, tout ordre juridique n'est pas nécessairement moniste. Joseph Raz a ainsi proposé de caractériser un système juridique par le triple fait d'être « *comprehensive, supreme and open* » ⁽⁴⁹⁾. La suprématie est la prétention du droit à réguler toutes les institutions subordonnées dans la même communauté. De ce point de vue, on peut comprendre que tout système juridique se conçoive comme suprême et moniste: qu'il s'agisse du droit romain dont Ulpien érigeait la science du droit en « vraie philosophie » et en connaissance des choses divines et humaines (Dig. 1, 1, 1, 2 et Dig. 1, 1, 10, 2), des débuts du *common law* quand Henry II limitait la compétence des juridictions ecclésiastiques par les constitutions de Clarendon en 1164 ou du droit royal français quand Philippe le Bel interdisait les guerres privées en 1302. Cette prétention à la suprématie du droit sur d'autres systèmes normatifs n'a pas empêché, pour autant, la coexistence des ordres juridiques. Joseph Raz l'admet tout en considérant cette coexistence instable, probablement dans le droit contemporain des États ⁽⁵⁰⁾. Même Kelsen, théoricien du monisme par excellence, ne réservait pas à l'État le monopole de l'ordre juridique, du moins dans une perspective historique. Dans un passage souvent négligé de son *Allgemeine Staatslehre*, il reconnaît qu'une Église peut imposer ses normes par la contrainte et ainsi constituer un ordre juridique, susceptible d'être appelé État ⁽⁵¹⁾, que les théocraties catholique et

⁽⁴⁸⁾ GROSSI, *Ancora sull'assolutismo giuridico*, op. cit., p. 5.

⁽⁴⁹⁾ J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, 1979, pp. 116-121.

⁽⁵⁰⁾ *Ibid.*, p. 118.

⁽⁵¹⁾ H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Tübingen-Wien, 2019 (réédition de l'édition de 1925 par M. JESTAEDT), pp. 322-330 (pp. 133-136 dans l'édition originale). Dans ce passage Kelsen affirme que le fait de réserver le terme « État » au pouvoir séculier et d'en distinguer l'Église serait une convention de langage contenant une forme

juive ont pu avoir cette prétention de supériorité sur les pouvoirs séculiers, même si l'évolution a conduit à faire triompher la suprématie de l'État sur les Églises, que ce soit dans les régimes de collaboration ou dans les régimes dit de « séparation »⁽⁵²⁾. Le monisme ne signifie pas, d'un point de vue théorique, nécessairement l'existence du seul ordre juridique étatique, mais un point de vue qui, dans une situation historiquement donnée, considère l'unité du droit.

Pour penser l'ordre juridique médiéval comme une expérience unifiée mais pluraliste, Paolo Grossi s'est inspiré, quant à lui, du modèle de Santi Romano de coexistence d'une multitude d'ordres juridiques correspondant chacun à une institution et entrant en relation les uns avec les autres, mais pas nécessairement sous la forme d'un rapport de supériorité⁽⁵³⁾. En affirmant que l'autonomie de toute institution juridique pouvait être relative et non absolue⁽⁵⁴⁾, Romano nous paraît avoir recherché à concilier certains caractères du monisme (liés à l'identification entre ordre juridique et institution qui suppose la complétude et l'unité) et du pluralisme, de même que son concept de « relevance » (*rilevanza*) s'est inspiré de la théorie de la reconnaissance de Bierling amorcée dès 1876 pour défendre le droit des églises et développée dans ses *Juristische Prinzipienlehre* (1894)⁽⁵⁵⁾. Malgré les différences entre les conceptions de Romano et celle de Kelsen (notamment le fait que Romano ne limite pas le droit aux normes), il n'y a pas de frontière étanche entre monisme et pluralisme si l'on admet dans les deux théories une

d'arbitraire. Ne peut-on pas considérer la théocratie pontificale comme une première forme d'État moderne, doté d'un pouvoir législatif fort et d'un appareil judiciaire s'appliquant aux fidèles, mais n'ayant pas de territoire déterminé ?

⁽⁵²⁾ *Ibid.*, p. 328: le terme de « séparation » serait mal choisi dans la mesure où l'Église serait dans ce type de régime une association jouissant d'une liberté concédée par l'État. Kelsen refusait également l'idée d'une coordination qui supposerait un ordre supérieur à l'État et à l'Église, ce qui le ramenait au monisme avec seulement deux possibilités: la théocratie ou la suprématie de l'État.

⁽⁵³⁾ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Macerata, 2018 (réédition du texte de 1946 par M. Croce), pp. 38-44.

⁽⁵⁴⁾ *Ibid.*, p. 46.

⁽⁵⁵⁾ E.R. BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, Freiburg-Leipzig, 1894, vol. 1, pp. 2-70; R. SEINECKE, *Das Recht des Rechtspluralismus*, Tübingen, 2015, pp. 74-85.

part de relativisme. Dans les débats développés depuis les années 1980 sur le *legal pluralism*, ce relativisme est aussi celui de ce que John Griffiths a appelé le « *weak pluralism* »⁽⁵⁶⁾ mis en œuvre dans les empires coloniaux (à une époque qui était pourtant celle de l'absolutisme juridique dans les pays de droit civil) pour reconnaître une place aux lois personnelles ou coutumes locales.

Si nous reprenons la discussion sur l'évolution historique de la structuration des ordres juridiques, nous pouvons parler de différences de degré plutôt que de nature entre monisme et pluralisme. L'expérience médiévale a connu une pluralité de groupes institutionnels créateurs de droit sur le même territoire, aussi bien que les prétentions de l'Église à la suprématie puis de certains princes séculiers à penser l'ordre juridique autour de leur pouvoir, notamment par la « reconnaissance » des coutumes. Les monarchies d'Ancien Régime ont accentué cette centralisation de l'ordre juridique autour du pouvoir royal, tout en maintenant des corps dotés de privilèges et une relative autonomie du droit privé. Le monisme a encore progressé avec la codification sous des formes différentes allant du caractère subsidiaire (en réalité de façade) de l'*Allgemeines Landrecht* prussien à la prétention du Code Napoléon à réduire les usages à la portion congrue. Pour autant l'État libéral ne cherchait pas à intervenir dans tous les domaines de la vie sociale et économique, avant que l'interventionnisme étatique ne donne naissance à l'État-providence et que des régimes dictatoriaux n'établissent des États totalitaires. En comparaison avec les conceptions de l'ordre juridique qui l'ont précédé (ou ont été aussi ses contemporains dans les États sans codification), l'absolutisme juridique de la codification a été assurément un monisme plus rigide, mais il l'a moins été que l'État total et a laissé une place à un pluralisme des sources qui a pu s'épanouir dans les démocraties constitutionnelles de la seconde moitié du XX^e siècle. L'on songe notamment à la fonction des juridictions, à leur utilisation de l'interprétation pour créer des normes jurisprudentielles, puis plus tardivement dans certains pays au rôle donné au contrôle de constitutionnalité des lois. Si Paolo Grossi considérait le texte de Bülow, *Gesetz und*

⁽⁵⁶⁾ J. GRIFFITHS, *What is legal pluralism?*, in « Journal of legal pluralism and unofficial law », 18 (1986), pp. 1-56.

Richteramt (1885) comme ambigu ⁽⁵⁷⁾, l'on peut aussi y voir une précoce reconnaissance du pouvoir de dernier mot des juges et du caractère factice de l'absolutisme de la loi. L'absolutisme juridique n'a-t-il pas été une représentation faussée que la doctrine du XIX^e siècle se faisait de l'ordre juridique et non l'analyse objective d'une réalité moins moniste ? Comme tout idéal-type, selon les conceptions de Max Weber, celui de l'absolutisme juridique résulte d'une exagération volontaire de traits correspondant à des phénomènes historiques insérés dans des configurations complexes et variées d'un pays à un autre. En cela sa relativité ne diminue en rien sa valeur heuristique.

(57) GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato nel secolo XIX*, *op. cit.*, p. 133.

STEFANO SOLIMANO

ASSOLUTISMI, CODIFICAZIONE CIVILE E WIRKUNGSGESCHICHTE NEL XIX SECOLO

1. Premessa. — 2. Assolutismo legislativo. Napoleone, Bentham e Portalis. 3. — Assolutismo legislativo e *Wirkungsgeschichte* del *code civil* in Francia e in Italia negli anni del rodaggio applicativo. — 4. Il tramonto dell'impostazione portalisiana. Demolombe versus Marcadé. — 5. François Laurent, ovvero dell'uso positivistico del *livre préliminaire*. — 6. Assolutismo legislativo e assolutismo giuridico nell'Italia dell'Ottocento. — 7. Assolutismo legislativo e giuridico in Austria.

1. *Premessa.*

Trattare del concetto di assolutismo giuridico, sintagma coniato più di trent'anni fa da Paolo Grossi ⁽¹⁾, Maestro della storia del diritto che ha lasciato in me un'impronta indelebile e un sentimento di profonda gratitudine, non è semplice. In questa sede tenterò di riflettervi facendo tesoro delle ricerche compiute sino ad oggi. Venticinque anni or sono mi sono occupato del processo di codificazione napoleonico ⁽²⁾; successivamente ho avuto modo di approfondire il problema del rapporto giudice e legge nella scienza giuridica francese e italiana dall'epoca napoleonica all'età postunitaria ⁽³⁾; nell'ultimo lustro ho affrontato lo studio dell'applicazione

⁽¹⁾ P. GROSSI, *Epicedio per l'assolutismo giuridico*, in « Quaderni fiorentini », 17 (1988), ora in Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 13-31; Id., *Ancora sull'assolutismo giuridico (ossia: della ricchezza e della libertà dello storico del diritto)*, nel cit. *Assolutismo giuridico*, pp. 1-11.

⁽²⁾ S. SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon. Il progetto di codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-1799)*, Milano, Giuffrè, 1998.

⁽³⁾ S. SOLIMANO, *Tra esegesi e sistema? Cultura giuridica e metodo scientifico di Francesco Saverio Bianchi (1827-1908)*, in « Jus », 2010, pp. 203-248; Id., *Tendenze della civilistica postunitaria*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, 2012, pp. 381-388; Id., *Un secolo giuridico*

del *Code civil* del Regno d'Italia con riferimento al matrimonio ⁽⁴⁾ e alle successioni ⁽⁵⁾. Ebbene, continuo a essere persuaso che con l'età della codificazione prenda forma un modo del tutto nuovo di concepire la produzione del diritto ⁽⁶⁾. Questa si viene a assidere nella volontà di un legislatore che vuole certo liquidare la dottrina e la giurisprudenza (si è parlato a ragione di monopolio legislativo), ma che soprattutto intende riprogrammare dall'alto la società ⁽⁷⁾, lasciando sostanzialmente privo di reti di protezione l'individuo ⁽⁸⁾ (al quale, invero, in virtù del codice stesso, per la prima volta è riconosciuta l'uguaglianza formale di fronte alla legge). Insomma, nel codice si possono cogliere, in pari tempo, bagliori e zone d'ombra ⁽⁹⁾. Ciò detto, per segnalare il trapasso dal sistema giuri-

(1814-1916). *Legislazione, cultura e scienza del diritto in Italia e in Europa*, in *Tempi del diritto. Età medievale, moderna, contemporanea*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 335-338, pp. 373-377.

(4) S. SOLIMANO, *Amori in causa, Strategie matrimoniali nel Regno d'Italia napoleonico (1806-1814)*, Torino, Giappichelli, 2017.

(5) S. SOLIMANO, *'Il buon ordine delle private famiglie'. Successioni e donazioni nell'Italia Napoleonica*, Napoli, Jovene, 2021.

(6) SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon*, cit., pp. 7-8; A. CAVANNA, *Mito e destini del Code Napoléon in Italia*, in «Europa e diritto privato», 1 (2001), pp. 85-129; P. CAPPELLINI, *Codici*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2004, pp. 102-127; P. GROSSI, *Code civil: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, in *Il bicentenario del Codice napoleonico*, Roma, Bardi, 2006, pp. 19-42; G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, Torino, Giappichelli, 2018², p. 2.

(7) V. J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, Paris, PUF, 1992, n. 113, p. 212. V. P. CAPPELLINI, *Codificazione*, in Id., *Storia di concetti giuridici*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 119-120.

(8) P. CARONI, *Saggi sulla storia delle codificazioni*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 113 e ss., p. 148 e ss.

(9) Sul *code civil* v. J. L. HALPÉRIN, *Le code civil*, Paris, Dalloz, 2003²; in contrappunto X. MARTIN, *Mythologie du Code Napoléon, Aux soubassements de la France moderne*, Bouère, DMM, 2003, e J.F. NIORT, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du code civil français*, I, Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004. Per l'Italia CARONI, *Saggi sulla storia delle codificazioni*, cit.; mi sia concesso il rinvio a SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon*, cit.; CAVANNA, *Mito e destini del Code Napoléon in Italia*, cit.; U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino, Giappichelli, 2002; CAPPELLINI, *Codici*, cit.; GROSSI, *Code civil*, cit.; CAZZETTA, *Codice civile*, cit.; R. FERRANTE, *Un secolo sì legislativo*, Torino, Giappichelli, 2015; S. SOLIMANO, *Ei fu... il codice (anche). La costruzione di un mito attraverso le immagini*, in «Law Art. Rivista di Diritto, Arte, Storia», 2 (2021), pp. 19-42.

sprudenziiale a quello fondato sulla legge sarei propenso a impiegare l'espressione di assolutismo legislativo. Farei invece ricorso alla locuzione grossiana per indicare un altro tornante della storia del diritto italiana e europea, dipendente dal fenomeno della statualizzazione dell'ordinamento. Si può parlare di assolutismo giuridico quando i giuristi nel loro complesso mostrano di aver accolto la concezione robustamente positivistica che ha animato gli artefici dei codici: ciò avviene in Francia intorno al 1840 e in Italia negli anni Settanta dell'Ottocento ⁽¹⁰⁾. Fino a quel momento i civilisti hanno considerato il codice come uno strumento che non ha tagliato del tutto i ponti con il passato, benché essi stessi ne abbiano subito gli effetti in prima persona, se solo si rammenta la notissima circostanza che i docenti di *code civil* sono stati costretti a seguire rigorosamente l'ordine degli articoli ⁽¹¹⁾.

Oltre a trattare della codificazione civile nel corso del XIX secolo e del passaggio dall'assolutismo legislativo a quello giuridico in Francia e in Italia (con una rapida incursione in Austria), in queste pagine intendo decifrare il fenomeno codificatorio alla luce della *Wirkungsgeschichte*, vale a dire analizzare il codice immergendolo nel flusso della storia, nell'atto cioè del suo invernamento, nel suo 'farsi' all'interno della società del XIX secolo. Come ha insegnato Gadamer « la storia degli effetti è sempre indispensabile quando si voglia mettere in piena luce il significato autentico di un'opera o di un dato storico sottraendolo ad uno stato in cui oscilla fra storia e tradizione; [è] l'enunciazione di una esigenza [...] che deriva come risultato necessario dalla riflessione sulla coscienza storica » ⁽¹²⁾. Tale approccio, promosso da un altro Maestro della storia del

⁽¹⁰⁾ V. *infra*, pp. 643-650, 653-654. Un assolutismo giuridico, sia chiaro, destinato a perdurare in Italia almeno fino agli anni Ottanta del Novecento, e al quale si sottraggono quei civilisti italiani — come Luigi Mengoni, ad esempio —, magistralmente studiati da Paolo Grossi: P. GROSSI, *Luigi Mengoni nella civilistica italiana del Novecento*, in « Europa e diritto privato », 1 (2012), pp. 15-45; ID., *La cultura del civilista italiano*, Milano, Giuffrè, 2002.

⁽¹¹⁾ V. *infra*, p. 639 e ss.

⁽¹²⁾ H.G. GADAMER, *Verità e metodo* (1960), trad. di G. Vattimo, Milano, Bompiani, 2000, p. 621; v. L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico* (1976), in ID., *Diritto e valori*, Bologna, il Mulino, 1985, p. 29, pp. 32-34; p. 45; ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 10 e p. 11.

diritto⁽¹³⁾, permette di disvelare le complessità di quello che continua a rappresentare un momento forte dell'esperienza giuridica occidentale. In altri termini, la dimensione della *Wirkungsgeschichte* favorisce al meglio la storicizzazione del codice.

2. *Assolutismo legislativo. Napoleone, Bentham e Portalis.*

Non c'è dubbio che Napoleone abbia concepito il codice essenzialmente come *instrumentum regni* per eterodirigere la società francese (bastino in questo senso le sue molteplici missive inviate negli Stati satelliti)⁽¹⁴⁾. Ed è altrettanto pacifico che questa operazione sia già stata anticipata in Austria da Giuseppe II per mezzo del suo rivoluzionario codice civile del 1786, caratterizzato insieme da un sentimento anti-giurisprudenziale e da un afflato paternalistico⁽¹⁵⁾. Il disegno codificatorio di Napoleone si inserisce all'interno del noto fenomeno del legicentrismo rivoluzionario⁽¹⁶⁾: nel

(13) Sugli studi di *Wirkungsgeschichte* del codice v. P. CARONI, *La storia della codificazione e quella del codice*, in « Index », 29 (2001), p. 71; SOLIMANO, *Amori in causa*, cit.; P. MASTROLIA, *L'ombra lunga della tradizione. Cultura giuridica e prassi matrimoniale nel Regno di Napoli (1809-1815)*, Torino, Giappichelli, 2018; S. SOLIMANO, "Il codice civile e la sua compagna". *Riflessioni in margine al bicentenario della codificazione delle Due Sicilie*, in *A Duecento anni dal Codice per lo Regno delle Due Sicilie: elaborazione, applicazione e dimensione europea del modello codicistico borbonico*, a cura di F. Mastroberti, G. Masiello, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, pp. 471-499; P. MASTROLIA, *La cultura giuridica a Napoli nella specola della giurisprudenza. La causa Costanzo e le conclusioni del procuratore generale D'Azzia (1811)*, in « Historia et ius », (2020) 17; SOLIMANO, 'Il buon ordine delle private famiglie', cit.; P. MASTROLIA, "Tutto diverso era in passato, ed è tuttora, il sistema enfiteutico in Francia, che non è in Italia". *Storia di un'incompiuta assimilazione*, in « Jus on line », 5 (2021); EAD., *Legal transfer e diritto di proprietà nella Milano napoleonica*, in *Costruire, trasformare, controllare. Legal transfer e gestione dello spazio nel primo Ottocento*, a cura di F. Brunet, M. Luminati, P. Mastrolia, S. Solimano, Bellinzona, Casagrande, 2022, pp. 89-105.

(14) La più celebre è quella inviata al fratello Giuseppe: Napoléon à Joseph, 5 juin 1806, *Correspondance de Napoléon I^{er}*, XII, Paris, Imprimerie impériale, 1862, pp. 528-529. Sull'applicazione del *code civil* a Napoli v. ora MASTROLIA, *L'ombra lunga della tradizione*, cit.

(15) A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, II, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 260-262, pp. 266-268.

(16) M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 59-74.

1804 come nel 1793, il diritto privato è asservito al diritto pubblico, sicché è essenzialmente un diritto di Stato (una logica denunciata dal codificatore Portalis nel suo celeberrimo *Discours Préliminaire*, con riferimento al solo momento rivoluzionario ⁽¹⁷⁾). L'*Empereur* è pervaso dal medesimo *pathos* anti-giurisprudenziale che ha animato i rivoluzionari: ai suoi occhi i magistrati sono le lancette di un orologio che devono battere esattamente l'ora ⁽¹⁸⁾. Egli è altresì convinto che il codice definisca perfettamente i confini del diritto privato, ponendo nell'irrilevanza ciò che sta al di fuori. Bisogna partire « d'un point arrêté », spiega, seguire « une route unique, connue de tous: proclamer une fois pour toutes, nul et non avvenu, tout ce qui ne s'y trouverait pas » ⁽¹⁹⁾. Echeggiano qui le parole dei *Traité de législation* pubblicati in Francia da Bentham nel 1802 ⁽²⁰⁾. Il giusfilosofo inglese insiste in maniera ossessiva sulla completezza del codice: « tout ce qui n'est pas dans le corps de lois ne sera pas loi. Il ne faut rien référer, ni à l'usage, ni à des lois étrangères, ni au prétendu droit naturel, ni au prétendu droit des gens » ⁽²¹⁾. Nell'illustrare tale requisito egli fa riferimento a fonti legislative come il *Code Sarde*, il *Code Danois*, il *Code Suédois* e il *Code Frédéric*, che si caratterizzano — ed è la regola per i testi d'antico regime — per essere eterointegrabili. Con riferimento alla consolidazione piemontese, Bentham è inesorabile: « le Code Sarde reconnoît le droit romain pour sa base, il y renvoie fréquemment sous le nom de Droit

(17) J.E.M. PORTALIS, *Discours préliminaire*, in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, I, Paris, Videcoq, 1836², pp. 464-465. Sulla figura del giurista provenzale i lavori più recenti sono quelli di J.L. CHARTIER, *Portalis père du code civil*, Paris, Fayard, 2004; J. B. D'ONORIO, *Portalis l'esprit des siècles*, Paris, Dalloz, 2005. V. B. BEIGNIER, *Portalis et le droit naturel dans le code civil*, in « Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique », 6 (1988), pp. 77-101.

(18) *Opinions de Napoléon sur divers sujets de politique et d'administration recueillies par un membre de son Conseil d'Etat*, Paris, Firmin Didot, 1833, p. 216.

(19) E. DE LAS CASES, *Mémorial de Sainte-Hélène*, II, Paris, Bourdin, 1842, p. 287.

(20) J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, Paris, Bossange, 1802. Sulla diffusione del pensiero di Bentham, mediato attraverso il suo traduttore ginevrino nel *milieu* dei giuristi, v. anche per la bibliografia, SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon*, cit., p. 69 e ss.; C. BLAMIRE, *The French Revolution and the creation of Benthamism*, New York, Houndmills, 2008; E. DE CHAMPS, *Enlightenment and Utility. Bentham in France, Bentham in French*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

(21) BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, cit., p. 353.

commun. Il n'en faut pas davantage pour tout replonger dans l'incertitude » (22). Acclarato che Napoleone si è ispirato a Bentham (23), possiamo ipotizzare che la concezione di quest'ultimo sia stata recepita nel *milieu* dei giuristi francesi? Si tratta di una risposta complessa: la questione ha innescato un interessante dibattito nel quale sono stato coinvolto (24). Qui bastino alcuni dati. Il pensiero benthamiano, diffuso dal suo traduttore Etienne Dumont, fa proseliti tra alcuni giuristi, *exempli gratia* il Bernardi, futuro capo di gabinetto della divisione civile del Ministero della giustizia napoleonica, che nel 1799 dichiara di aver scritto la sua opera, i *Principes du droit civil*, dopo aver letto i saggi benthamiani apparsi sulla *Bibliothèque Britannique* qualche anno prima (25). È anche vero, ed è l'aspetto più rilevante in questa sede, che esso viene temuto. Talleyrand, uno dei più decisi estimatori francesi del filosofo d'Oltremarina, avverte Dumont di procedere alla traduzione senza eccessivi clamori, poiché ritiene che « toute l'ancienne école de législation qui travaille au Code civil et qui est occupée à brocher des lois à la page seroit inquiète » (26). E in effetti Dumont, dopo aver ascoltato la presentazione del codice civile compiuta da Portalis davanti al Corpo legislativo, manifesta qualche preoccupazione (27). Parimenti, la stessa *ancienne école* sente il bisogno di misurarsi con Bentham, se consideriamo che Portalis gli invia una copia del progetto stampato prima della sua pubblicazione:

Portalis hearing of some printed but unpublished papers of mine, took a world of pains in roundabout ways (it being in war time) to get a copy of them for the purpose of his code that has been once thrown

(22) Ivi, p. 355.

(23) Se prestiamo fede a quanto scrive lo stesso Bentham, Napoleone ha letto l'opera direttamente (Bentham a suo fratello, 2 ottobre 1804: *The Correspondence of Jeremy Bentham*, a cura di J. Dinwiddy, Oxford, Clarendon Press, 1988, VII, n. 1852, p. 281).

(24) V. MARTIN, *Mythologie du Code Napoléon*, cit., pp. 318-337; BLAMIRE, *The French Revolution*, cit., p. 290; DE CHAMPS, *Enlightenment*, cit., pp. 139-144.

(25) SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon*, cit., pp. 89-96.

(26) Dumont a Bentham, 27 novembre 1801, in *The Correspondence of Jeremy Bentham*, cit., VI, p. 458. V. SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon*, cit., p. 130 n. 84.

(27) Dumont a Bentham, 27 novembre 1801, cit., p. 460.

out, and is now to be regenerated: and sent me a copy of it before it was made public (28).

Dopo aver scorso il progetto elaborato dalla commissione, Bentham ha una reazione durissima e sprezzante:

Dumont fancied he saw traces of my ideas in the arrangement of that code: I for my part could see none. Portalis is no more able than a pig to make a code with reasons to it (29).

Eccezion fatta per l'insulto grossolano, il suo commento non stupisce. La concezione portalisiana del codice si colloca agli antipodi di quella di Bentham. Nel 1797 Portalis è del tutto contrario alla codificazione (30). Guardiamoci, ha esordito, dalla « *dangereuse ambition de faire un nouveau code civil* » (31). Ai suoi occhi il diritto è storia, tradizione ultramillenaria che va preservata e seguita. Oltre che dal diritto romano e dal *droit coutumier* l'interprete deve essere guidato dalla consuetudine e dalla giurisprudenza, « *les vrais suppléments des lois [...]* » (32). Per il giurista provenzale lo strumento della legge è necessario per disciplinare àmbiti specifici, nel caso *de quo agitur* la disciplina del matrimonio. Nel 1800 Portalis è costretto a fare il codice civile: non può sottrarsi perché deve tutto a Napoleone, *in primis* il suo ritorno in patria dall'esilio cui è stato costretto nel 1797, durante il quale ha ramingato per l'Europa. Nel 1801 paventa comunque una *dangereuse ambition*, e cioè « *vouloir tout*

(28) Bentham a Sir Frederick Morton Eden, 4 settembre 1802, in *The Correspondence of Jeremy Bentham*, cit., VII, p. 124. V. DE CHAMPS, *Enlightenment and Utility. Bentham in France*, cit., p. 142.

(29) « What human being could be, who should take a code to make by a particular day, as a taylor would a pair of breeches? Every thing I have said about reasons being a libel upon his new code whatever it be, what I expect is to hear the book has been prohibited at Paris ere long, notwithstanding the pains that Talleyrand and I don't know what other Ministers have taken to trumpet it »: Bentham a Sir Frederick Morton Eden, 4 settembre 1802, cit., pp. 124-125.

(30) Lo ha rilevato J. L. HALPÉRIN, *L'impossible code civil*, Paris, PUF, 1992, p. 253.

(31) *Rapport fait par Portalis sur la résolution du 29 prairial dernier, relative au divorce*, Paris, Imprimerie nationale, 1797, p. 35.

(32) *Ibidem*.

régler et tout prévoir »⁽³³⁾. Di qui l'esigenza di conciliare le ragioni della legge e quelle del diritto. All'interno del celeberrimo, ma non breve, *livre préliminaire*, da un lato egli circoscrive il potere del magistrato, chiamato ad applicare la legge « avec discernement et fidélité »⁽³⁴⁾. Ben sette disposizioni ne orientano l'attività interpretativa⁽³⁵⁾: talune di queste sono tratte dai principi della tradizione romanistica⁽³⁶⁾. D'altro lato egli permette al giudice di ricorrere alla « loi naturelle, ou aux usages reçus dans le silence de la loi positive », seguendo il principio fissato nelle *Loix civiles dans leur ordre naturel* di Domat⁽³⁷⁾. Anche la norma finale del progetto rispecchia questa impostazione: si abroga il diritto previgente (è sostanzialmente il futuro art. 7 della legge del 21 marzo 1804) richiamando « *ce qui est*

⁽³³⁾ PORTALIS, *Discours préliminaire*, cit., p. 469.

⁽³⁴⁾ « Le ministère du juge est d'appliquer les lois avec discernement et avec fidélité »: Art. 1., Titre cinquième. *De l'application et de l'interprétation des lois, Livre préliminaire, Projet du code civil*, in FENET, *Recueil*, cit., II, p. 6.

⁽³⁵⁾ Art. 4. « L'application de chaque loi doit se faire à l'ordre des choses sur lesquelles elle statue: les objets qui sont d'un ordre différent ne peuvent être décidés par les mêmes lois »; Art. 6. « Pour fixer le vrai sens d'une partie de la loi, il faut en combiner et en réunir toutes les dispositions »; Art. 8. « On ne doit raisonner d'un cas à un autre, que lorsqu'il y a même motif de décider »; Art. 9. « Lorsque, par la crainte de quelque fraude, la loi déclare nuls certains actes, ses dispositions ne peuvent être éludées sur le fondement que l'on aurait rapporté la preuve que ces actes ne sont point frauduleux »; Art. 10. « La distinction des lois odieuses et des lois favorables faite dans l'objet d'entendre ou de restreindre leurs dispositions, est abusive » (*ibidem*).

⁽³⁶⁾ Art. 5. « Quand une loi est claire, il ne faut point en éluder la lettre sous prétexte d'en pénétrer l'esprit; et dans l'application d'une loi obscure, on doit préférer le sens le plus naturel et celui qui est le moins défectueux dans l'exécution » (*ivi*, p. 7), che ricalca il noto principio *in claris non fit interpretatio*. Art. 7. « La présomption du juge ne doit pas être mise à la place de la présomption de la loi il n'est pas permis de distinguer. Lorsque la loi ne distingue pas et les exceptions qui ne sont point dans la loi, ne doivent point être supplées » (*ibidem*), sulla scia del noto *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. V. J. DOMAT, *Traité des loix*, in *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, I, Paris, Durand, 1756, XII, nn. VII-VIII, p. XXIV.

⁽³⁷⁾ Art. 11. « Dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est un ministre d'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, ou aux usages reçus dans le silence de la loi positive » (*ibidem*). « S'il pouvoit arriver quelque cas qui ne fut réglé par aucune loi expresse ou écrite, il auroit pour loi les principes naturels de l'équité, qui est la loi universelle qui s'étend à tout »: DOMAT, *Les loix civiles*, cit., n. XXIII, p. 4.

expliqué dans le livre préliminaire »⁽³⁸⁾. Sappiamo bene che questa mediazione viene respinta. Troppo dottrinale il *livre préliminaire*, è il rimprovero ricorrente⁽³⁹⁾. In realtà, il bersaglio è il potere del giudice. Del resto, già nel mese di febbraio del 1799, durante una seduta del *Conseil des Anciens* in cui si discute di *code civil*, si comprende che il *pathos* anti-giurispudenziale è ancora vivo tra i deputati. A farne le spese è Sédillez, che viene aspramente redarguito per aver rivendicato un maggior potere discrezionale a favore del giudice ed è invitato a rileggere Montesquieu⁽⁴⁰⁾. Tornando alla vicenda di Portalis, Napoleone affossa il disegno del giurista provenzale⁽⁴¹⁾. « Les dispositions du livre préliminaire qui appartenaient à la législation seraient rédigées en un seul projet de loi »⁽⁴²⁾, taglia corto l'Imperatore nella seduta del 17 luglio del 1801, sicché il *livre préliminaire* diventa uno striminzito titolo preliminare, come è arcinoto⁽⁴³⁾. Portalis, sostenuto da Tronchet⁽⁴⁴⁾ e da Bigot⁽⁴⁵⁾, ancora una volta, cerca di difendere la propria impostazione facendo leva sul futuro articolo 4 del *code civil*, concepito originariamente da

(38) « Disposition générale. A compter du jour de la publication du présent Code, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cesseront d'avoir force de loi générale, ou particulière dans les matières qui sont l'objet du présent Code, conformément à ce qui est expliqué dans le livre préliminaire » (*Projet de code civil*, cit., p. 415, corsivi miei). V. S. SOLIMANO, *L'edificazione del diritto privato italiano: dalla Restaurazione all'Unità*, in *Il Bicentenario del Codice Napoleonico*, Roma, Bardi, 2006, p. 60 in nota.

(39) Era stata la corte d'appello di Lione a denunciare le norme come « abstractions métaphysico-légales, sujettes, comme tout ce qui est métaphysique, à controverse, à discussion, à interprétation »: FENET, *Recueil*, cit., IV, p. 36.

(40) M.L.E. SÉDILLEZ, *Vues générales sur la composition du Code civil et sur l'organisation judiciaire*, Paris, Imprimerie Nationale, 1799. V. S. SOLIMANO, *Le rôle de Pigeau dans l'élaboration du Code de procédure civile de 1806*, in *Modèles français, enjeux politiques et élaborations des grands textes de procédure en Europe*, a cura di J. Hautebert, S. Soleil, I, *Le code de 1806 et la procédure civile en Europe*, Paris, Editions Juridiques et techniques, 2007, p. 48.

(41) W. WOŁODKIEWICZ, "Livre préliminaire", "Titre préliminaire" dans le projet et dans le texte définitif du Code Napoléon, in « Revue historique de droit français et étranger », 2005, pp. 444-445.

(42) V. FENET, *Recueil*, cit., I, p. LXLVIII.

(43) WOŁODKIEWICZ, "Livre préliminaire", "Titre préliminaire", cit., p. 448.

(44) FENET, *Recueil*, cit., VI, p. 22.

(45) Ivi, pp. 23-24.

Portalis come lo strumento diretto ad abrogare il *référé législatif* ⁽⁴⁶⁾. Se il giudice non trova « dans la loi de règles pour décider » deve ricorrere all'equità naturale: « le juge civil est le ministre de la loi, quand la loi a parlé; il est l'arbitre des différends, quand elle se tait » ⁽⁴⁷⁾. Roederer lo contesta in maniera vibrata denunciando il rischio di un ritorno al giudice-legislatore ⁽⁴⁸⁾. Il testo passa quindi all'esame del Tribunato. Paradossalmente, i membri di questa assemblea, passati alla storia per aver fermato la fabbrica del *code civil* (mandando su tutte le furie Napoleone), danno una mano a Napoleone stesso. Per Chazal l'art. 4 è « anti-français et indigne de la majesté législative » ⁽⁴⁹⁾. Mailla Garat, vero e proprio corifeo di Montesquieu ⁽⁵⁰⁾, è particolarmente pesante contro i quattro *artisans*, tacciati di essere dei conservatori che difendono il mondo al quale essi devono la loro fortuna ⁽⁵¹⁾. L'*Empereur* vince due volte. Ridimensiona il ruolo del Tribunato, dopo averlo epurato, insieme a quello di Portalis in ordine all'interpretazione dell'art. 4 ⁽⁵²⁾. L'ar-

(46) Art. 14 « Le juge qui refuse ou qui diffère de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, se rend coupable d'abus de pouvoir ou de déni de justice » (*Projet de code civil*, cit., p. 8). Art. 6 del progetto discusso in Consiglio di Stato: « Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, se rendra coupable de déni de justice » (FENET, *Recueil*, cit., VI, p. 20). Art. 4 « Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice »: *ivi*, p. 344. Ha osservato il Beignier, che « L'échec du livre préliminaire explique, dès lors, la rédaction du discours préliminaire comme une sorte de viatique. Il n'expose pas comme on le croit, habituellement, les idées contenues dans le Code, mais plutôt celles que son auteur aurait souhaité voir consacrées » (BEIGNIER, *Portalis et le droit naturel*, cit., p. 79).

(47) V. FENET, *Recueil*, cit., VI, p. 21.

(48) *Ivi*, p. 22.

(49) *Ivi*, p. 76.

(50) « Ce sont des arbitres désormais, du moins, et pour nous, un juge ne peut être que la bouche qui prononce les paroles de la loi »: *ivi*, p. 151.

(51) « Cette doctrine du droit de l'interprétation des lois, ses auteurs croient qu'elle est indispensable, parce qu'ils n'ont pas assez distingué les maximes du gouvernement monarchique sous lequel ils ont acquis leur réputation de grand jurisconsultes, des principes du gouvernement républicain sous lequel ils sont appelés à mériter la gloire des législateurs »: *ivi*, p. 154.

(52) Nel 1803 Portalis è chiamato a illustrare i contenuti dell'art. 4 di fronte al corpo legislativo. Nel discorso non fa più riferimento all'equità, limitandosi a osservare che « le sentiment du juste et de l'injuste n'abandonne jamais le juge probe et instruit.

articolo 7 della legge del 30 ventoso, versione definitiva e maiestatica della norma di chiusura del progetto del 1801, cui ho fatto riferimento, mutila del riferimento al *livre préliminaire*, sigilla come una pietra tombale il sistema giuridico d'antico regime. Da questo momento vengono poste le premesse per il decollo del culto positivistico del *Code civil*. Nel *Mémorial* Napoleone commenterà la vicenda in questi termini: « avec les praticiens, il n'est pas facile d'obtenir de la simplicité; ils vous prouvent d'abord qu'elle est impossible, que c'est une véritable chimère. Qu'il faut donc au besoin des armes en réserve pour les cas imprévus » (53).

3. *Assolutismo legislativo e Wirkungsgeschichte del code civil in Francia e in Italia negli anni del rodaggio applicativo.*

Nella primavera del 1804 Napoleone si perita di riorganizzare l'insegnamento della giurisprudenza, che tace ufficialmente dal 1793. Il diritto civile va professato « dans l'ordre établi par le code civil »; il contenuto delle lezioni deve essere dettato agli studenti; i docenti, infine, sono soggetti al controllo degli ispettori (54): ecco visualizzati i cardini della riforma che fungono da necessario complemento dell'assolutismo legislativo imperiale. In realtà, analogamente a quanto è accaduto in ordine all'art. 4 del *code civil*, il quadro è molto più mosso. Come ha notato l'Halpérin, i tribuni incaricati di illustrare il progetto sulle *écoles de droit* presentano due prospettive antipodiche (55): Mallarmé, ritenuto dal Bonnacase il pioniere della scuola dell'esegesi (56), loda il progetto di legge in quanto ritiene imprescindibile impedire ai docenti di invertire l'ordine del co-

Le législateur doit seul examiner s'il existe réellement ou non un silence dans la loi, tel qu'il faille suppléer par une nouvelle »: *ivi*, p. 375.

(53) DE LAS CASES, *Mémorial de Sainte-Hélène*, cit., p. 287.

(54) V. ora, anche per la bibliografia, R. FERRANTE, *Dans l'ordre établi par le code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'illuminismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 31 e ss.; F. AUDREN, J. L. HALPÉRIN, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités. XIX^e-XIX^e siècles*, Paris, CNRS, 2013, p. 19.

(55) AUDREN, HALPÉRIN, *La culture juridique française*, cit., p. 20. V. anche FERRANTE, *Dans l'ordre établi par le code civil*, cit., p. 303.

(56) J. BONNACASE, *Qu'est-ce qu'une faculté de droit?* Paris, Sirey, 1929, p. 118.

dice ⁽⁵⁷⁾; Perrin, invece, portalisiano fino al midollo, avverte che « la connaissance purement matérielle » del *code civil* non può « désormais former toute la science du droit, et qu'après l'avoir acquise » al giureconsulto non è concesso « se reposer sur lui-même de l'application qu'il peut être appelé à en faire » ⁽⁵⁸⁾. Ai suoi occhi appare necessario che il magistrato e il docente si lascino guidare dall'equità naturale ⁽⁵⁹⁾. Risuonano senza dubbio le parole pronunciate da Portalis ai suoi giovani allievi dell'*Académie de législation* (una scuola di giurisprudenza privata destinata a chiudere i battenti a causa dell'istituzione dell'*Université Impériale* ⁽⁶⁰⁾), messe bene in luce dal Ferrante: « jamais vous ne saurez le nouveau Code civil si vous n'étudiez que ce Code » ⁽⁶¹⁾.

Se ci si volge a analizzare l'atteggiamento della dottrina, vale a dire dei primi commentatori del codice, che suscitano l'apprensione di Napoleone ⁽⁶²⁾, notiamo che è la linea di Portalis a prevalere. Innanzitutto, nei testi di coloro che hanno contribuito a fare il codice, come Maleville e il segretario Locré, il cui *Esprit du Code Napoléon* è destinato ad avere una fortuna rilevantissima in Italia. Per quest'ultimo « l'article 4 indique aux juges le cas où ils doivent appliquer la loi naturelle, et prononcer d'après les simples lumières de la raison; c'est lorsque la loi positive est muette, obscure ou insuffisante » ⁽⁶³⁾. Quanto ai docenti, essi interpretano le norme sotto la dominanza della legge, ma al contempo, concepiscono il codice come uno strumento aperto. In caso di lacuna la bussola punta verso il diritto naturale,

⁽⁵⁷⁾ *Rapport fait au Tribunal, par le tribun Mallarmé, Séance du 29 ventôse an XII*, in *Motifs et discours prononcés lors de la publication du code civil*, I, Paris, Didot, 1838, p. 853 e p. 855.

⁽⁵⁸⁾ *Discours prononcé au Corps législatif, par le tribun Perrin, Séance du 22 ventôse an XII*, nei citt. *Motifs et discours*, pp. 873-874.

⁽⁵⁹⁾ Ivi, p. 874.

⁽⁶⁰⁾ V. anche per la bibliografia SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon*, cit., pp. 138-139; FERRANTE, *Dans l'ordre établi par le code civil*, cit., p. 29; AUDREN, HALPÉRIN, *La culture juridique française*, cit., p. 20.

⁽⁶¹⁾ J.E.M. PORTALIS, *Discours prononcé le premier Frimaire an XII*, in *Mémoires de l'Académie de législation*, II, Paris, Patres, s.d., pp. 5-6. FERRANTE, *Dans l'ordre établi par le code civil*, cit., p. 70.

⁽⁶²⁾ DE LAS CASES, *Mémorial de Sainte-Hélène*, cit., p. 287.

⁽⁶³⁾ J. G. LOCRÉ, *Esprit du Code Napoléon*, I, Paris, Imprimerie impériale, an XIII, 1805, p. 152; ma v. anche p. 155, p. 157 e pure l'introduzione, pp. 44-45.

inteso principalmente come diritto romano, sia pure filtrato attraverso il pensiero di Domat, ma anche di Pothier, di Pufendorf o di Thomasius. Sotto questo profilo il campione è senza dubbio Toullier, che segue dichiaratamente il *livre préliminaire* di Portalis⁽⁶⁴⁾, mentre Delvincourt è più sobrio e rattenuto⁽⁶⁵⁾. Nella Penisola, nelle molteplici Italie napoleoniche, registriamo la medesima tendenza, anche se i contesti, paradossalmente, sono assai differenti. Nel Regno d'Italia il ministro Luosi, mosso dalla necessità di far accettare il *code civil* senza le variazioni richieste dalla commissione incaricata di tradurre il testo napoleonico per renderlo maggiormente conforme all'*ethos* italico, dirama una celebre circolare nella quale viene posto l'accento sulla continuità rispetto alla tradizione⁽⁶⁶⁾. Si tratta, appunto, di una strategia discorsiva diretta a rassicurare il mondo dei giuristi e la società del Regno⁽⁶⁷⁾. Del resto, proprio la retorica che presenta il codice come un puro fatto di scienza romanistica viene enfatizzata dal governo napoleonico quando si stabilisce che il testo del 1804 va applicato in tutti i territori conquistati: improvvisamente, il *code civil* progettato espressamente per i soli Francesi (a differenza del primo progetto di Cambacérès) è destinato a diventare, proprio perché affonda le sue radici nella tradizione, il « *droit commun de l'Europe* »⁽⁶⁸⁾. A Napoli, invece, il *Code Napoléon* è sottratto alla sua storia per essere collocato in quella del Reame. Se non fossero arrivati i Francesi, i Napoletani avrebbero confezionato un testo identico: è questa la sincera persuasione che anima docenti, avvocati, notai e giudici napoletani che si muovono entro una prospettiva storicistica

⁽⁶⁴⁾ C. B. TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code Napoléon*, Paris, Nève, 1811, pp. 89-91.

⁽⁶⁵⁾ C. E. DELVINCOURT, *Institutes de droit civil français*, I, Paris, Gueffier, 1808, p. 5; ID., *Cours de Code Napoléon*, I, Paris, Gueffier, 1813, pp. 7-8. Dati biografici in *Dictionnaire historique des juristes français. XIIe-XXe siècle*, a cura di P. Arabeyre, J. L. Halpérin, J. Krynen, Paris, PUF, 2007, pp. 240-241.

⁽⁶⁶⁾ Sulla circolare v. P. CAPPELLINI, *Il codice eterno, Il codice eterno. La Forma-codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 23-26; CAZZETTA, *Codice civile*, cit., pp. 74-79.

⁽⁶⁷⁾ SOLIMANO, *Amori in causa*, cit., pp. 16-18.

⁽⁶⁸⁾ F. BIGOT DE PRÉAMENEU, *Discours devant le Corps-Législatif*, 22 août 1807, nel cit. FENET, *Recueil*, I, p. CXXXIX.

d'impronta vichiana (a differenza di quella pianificata a Milano, che è posticcia): il *dies a quo* è fissato nelle riforme settecentesche di Carlo III (69). In ogni caso, i civilisti della Penisola intera presentano la questione delle lacune del codice e del ruolo suppletivo del diritto romano quale diritto di ragione negli stessi termini di un Locré o di un Toullier. Sono il ligure Laberio (70), il toscano Quartieri (71), il lombardo Appiani (72), l'emiliano Romagnosi (73), il catanzarese Raffaelli (74), il campano Apruzzese (75), come ha mostrato la storiografia (76). Certo, sappiamo bene che il Bonnacase nel suo lavoro sull'*Ecole de l'exégèse* aveva salvato i giuristi napoleonici, proprio perché si era reso perfettamente conto che era ben difficile presentarli come stolidi positivisti. Erano personaggi tra due culture, aveva osservato pertinentemente (77); eppure non sembrava peritarsi che l'atteggiamento dei giuristi sarebbe rimasto tale almeno fino agli anni Quaranta

(69) MASTROLIA, *L'ombra lunga della tradizione*, cit., pp. 31-34; EAD., *La cultura giuridica napoletana agli albori della esperienza codicistica. Un ministro e due procuratori generali nelle vicende dell'arresto personale per debiti*, in *Il codice per lo Regno delle Due Sicilie*, a cura di F. Mastroberti e G. Masiello, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 185-192; F. MASTROBERTI, *Le Gran Corti civili del Regno di Napoli (1817-1865)*, in *Tribunali e Giurisprudenza nel Mezzogiorno, I, Le Gran Corti civili (1817-1865): Napoli e Trani*, a cura di F. Mastroberti, Napoli, Satura, 2010, pp. 34-35.

(70) V. FERRANTE, *Dans l'ordre établi par le code civil*, cit., p. 236; ID., *Codificazione e cultura giuridica*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 116-117.

(71) L. QUARTIERI, *Istituzioni di giurisprudenza romana e francese comparata*, I, Pisa, Accademia Imperiale, 1812, p. 3.

(72) F. APPIANI, *Saggio di giurisprudenza elementare secondo il codice civile di Napoleone il Grande*, Milano, Malatesta, 1812, p. 19, p. 21 e pp. 58-59.

(73) G.D. ROMAGNOSI, *Paratitli universali e ragionati del Codice napoleone paragonati col diritto romano*, in *Opere di G. D. Romagnosi*, riordinate e illustrate da A. De Giorgi, VII, Milano, Perelli e Mariani, 1845, p. 26. V. anche p. 56.

(74) G. RAFFAELLI, *Progetto per lo stabilimento degli studi di dritto nel Regno d'Italia*, Milano 4 agosto 1805, in *Archivio di Stato di Milano (d'ora in poi ASMi), Autografi di uomini celebri*, b. 152.

(75) MASTROLIA, *L'ombra lunga della tradizione*, cit., p. 40.

(76) FERRANTE, *Dans l'ordre établi par le code civil*, cit.; A. GRILLI, *Il difficile amalgama. Giustizia e codici nell'Europa di Napoleone*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2012, pp. 624-632; SOLIMANO, *Amori in causa*, cit., pp. 117-120; MASTROLIA, *L'ombra lunga della tradizione*, cit., p. 66, p. 162, p. 164, pp. 173-174.

(77) J. BONNACASE, *L'Ecole de l'Exégèse en droit civil*, Paris, Boccard, 1924², pp. 25-26; v. anche P. GROSSI, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in « *Quaderni fiorentini* », 5-6 (1976-1977), p. 224.

dell'Ottocento. L'obiettivo di Bonnacase, lo sappiamo bene, era contestare la deriva positivista dei commentatori transalpini e esaltare il messaggio affrancatorio di Saleilles e di Gény ⁽⁷⁸⁾.

Torniamo alla *Wirkungsgeschichte* dell'art. 4, per sondare l'atteggiamento della giurisprudenza. Nell'ambito del mio scavo sull'applicazione del codice nel Regno d'Italia ho potuto accertare l'impiego della disposizione una sola volta. È stata la Corte d'appello di Venezia a farvi ricorso. « A norma dell'art. 4 del codice Napoleone al silenzio della legge suppli[sce] la prudenza del giudice colle regole del buon senso e dell'equità naturale » ⁽⁷⁹⁾, dichiarano questi giudici. Tale massima è collocata all'interno della collezione delle sentenze emanate dalla corte stessa dall'attivazione del *Code civil* a tutto il 1812, ordinata dal ministro Luosi alle corti d'appello al fine di favorire l'assimilazione del codice francese ⁽⁸⁰⁾. Ebbene, appare opportuno aggiungere che nel discorso introduttivo a tale silloge i magistrati veneziani anticipano il contenuto della sentenza stessa, enfatizzando grandemente il ruolo della giurisprudenza ⁽⁸¹⁾: « apparendo che manchi affatto la legge egli è d'uopo supplirvi coi principi dell'universale ragione » ⁽⁸²⁾.

Il legislatore, da par suo, comprende esattamente quello che sta accadendo. Il Consiglio legislativo del Regno d'Italia mostra di non gradire affatto l'impostazione della dottrina che abbiamo illustrato sin qui. Agli occhi di quest'organo, chiamato ad occuparsi di

⁽⁷⁸⁾ Sulle figure di Gény e Saleilles v. P. GROSSI, *Ripensare Gény*, in « Quaderni fiorentini », 20 (1991), pp. 1-51; M. SABBIONETI, *Democrazia sociale e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2011. V. FERRANTE, *Codificazione*, cit., pp. 284-291. A differenza di Bonnacase, Charmont e Chausse, nel loro intervento al grande convegno del primo centenario del testo del 1804, anch'essi corifei entusiasti delle dottrine dei giuristi di Dijon e di Nancy, avevano tracciato una periodizzazione della civilistica francese più aderente alla realtà storica: v. J. CHARMONT, A. CHAUSSE, *Les interprètes du code civil*, in *Le Code civil (1804-1904), Livre du Centenaire*, I, Paris, Rousseau, 1904, ai nostri fini p. 139, v. anche pp. 132-172.

⁽⁷⁹⁾ *Collezione delle decisioni più interessanti rese dalla Corte d'Appello in Venezia*, I, Venezia, Pinelli, 1812, p. 107.

⁽⁸⁰⁾ SOLIMANO, *Amori in causa*, cit., pp. 29-31; pp. 92-93, p. 118.

⁽⁸¹⁾ *Discorso preliminare*, nella cit. *Collezione delle decisioni più interessanti*, p. XXIII.

⁽⁸²⁾ *Discorso preliminare*, cit., p. VI.

una questione successoria che ha agitato tutto il reame dal 1808⁽⁸³⁾, il significato della disposizioni del codice può essere ricavato esclusivamente dalle norme stesse, a nulla valendo la circostanza che abbiano un cuore antico⁽⁸⁴⁾. Il cuore antico è comunque destinato a pulsare in maniera del tutto autonoma in un nuovo corpo, come spiegano in maniera assai eloquente, rivelando una retorica che verrà a suo tempo denunciata da Savigny:

Vi fu chi giunse a sostenere non essere per questa parte il nostro codice che un continuatore del Codice di Giustiniano. Il Consiglio non sa ravvisare nel Codice Napoleone questo carattere. Creatore assoluto delle sue Leggi l'Augusto Imperatore NAPOLEONE non ha imprestato né continuato il sistema di legislazione d'alcun altro Sovrano. Se le di lui disposizioni trovano esempj ne' vecchi Codici, non lasciano per questo d'essere state da Esso radicalmente bilanciate e create, e la conformità di quelle con questi, altro non è che una conseguenza quasi necessaria de' comuni generali princìpi di buon governo applicati alla morale uniforme delle medesime società d'uomini. Egli è per questa ragione che, rispetto alle materie trattate dal suddetto Codice, si dichiarò cessato ogni altro genere di legislazione, la quale non avendo al medesimo dato origine, nemmeno poteva in alcun modo contribuire a svilupparne l'intelligenza⁽⁸⁵⁾.

Come si vede, queste parole si collocano perfettamente nella linea di pensiero di Napoleone e di Bentham.

Un'ultima considerazione sull'applicazione del testo del 1804: la storia del *code civil* non si consuma esclusivamente nel rapporto

⁽⁸³⁾ V. SOLIMANO, *'Il buon ordine delle private famiglie'*, cit., p. 62.

⁽⁸⁴⁾ Riprendo l'icastica immagine da U. PETRONIO, *Il futuro ha un cuore antico. Considerazioni sul codice di procedura civile del 1806*, in *I codici napoleonici*, a cura di N. Picardi, A. Giuliani, Milano, Giuffrè, 2000, p. VII.

⁽⁸⁵⁾ DE BERNARDI, *Rapporto del Consiglio Legislativo. Sulla riducibilità delle donazioni irrevocabilmente perfezionate avanti l'attivazione del Codice Napoleone*, in ASMi, *Giustizia civile*, p.m., b. 34. Ora edito in SOLIMANO, *'Il buon ordine delle private famiglie'*, cit., p. 273, e pp. 265-279. P. CARONI, *La cifra codificatoria nell'opera di Savigny*, in « *Quaderni fiorentini* », 9 (1980), p. 74. A giusta ragione si può parlare di « diritto ingabbiato dal codice », per utilizzare l'espressione del Caroni, sulla quale ha insistito nel suo itinerario scientifico: CARONI, *Saggi sulla storia delle codificazioni*, cit., p. 177 e pp. 180-187; ID., *La solitudine dello storico del diritto*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 105, p. 180, p. 199 e p. 201.

dialettico tra il legislatore e i giuristi, l'uno e l'altro arroccati sull'art. 4 da posizioni antipodiche. Per conseguire i suoi obiettivi Napoleone non ha remore nel disapplicare le nuove regole da lui stesso forgiate. Per impedire, ad esempio, le unioni matrimoniali tra bianchi e neri, egli continua a impiegare una circolare del 1803, formalmente abrogata dalla legge del 21 marzo, in contrasto con le norme del *code civil* che disciplinano il matrimonio ⁽⁸⁶⁾. Analogamente, con riguardo ai matrimoni dei preti, non vietati dal codice, essi vengono proibiti sulla base di una missiva del 1806 tra il vescovo di Bordeaux e il ministro dei culti Portalis ⁽⁸⁷⁾. Per sedare le lamentele degli Alzaziani che hanno accusato gli ebrei di praticare tassi usurari, Napoleone emana un decreto, non a caso definito infame, nel quale vengono accolte deroghe ai principi contenuti nel *code civil* in materia di obbligazioni, che gravano esclusivamente sui prestatori ebrei ⁽⁸⁸⁾. Quando poi si tratta di eradicare il problema del dissenso politico e della criminalità, Napoleone istituisce le prigioni di Stato, delle nuove Bastiglie, in spregio al principio di legalità accolto nel già di per sè severo codice penale ⁽⁸⁹⁾. E sempre in barba ai canoni garantistici contenuti nel testo della giustizia criminale, Napoleone introduce delle deroghe al diritto di difesa per agevolare la repressione dei crimini di competenza delle Corti speciali, incastonandole in un titolo del codice di procedura penale stesso ⁽⁹⁰⁾.

4. *Il tramonto dell'impostazione portalisiana. Demolombe versus Marcadé.*

La sconfitta di Napoleone e il ritorno della monarchia non determina l'accantonamento del *code civil*. Certo, nel 1816, e ciò avviene in tutti gli Stati della Restaurazione che puntano comunque sul testo del 1804 per disciplinare i rapporti *inter privatos*, il

⁽⁸⁶⁾ V. SOLIMANO, *Amori in causa*, cit., pp. 123-131.

⁽⁸⁷⁾ Ivi, pp. 147-150.

⁽⁸⁸⁾ H. TROFIMOFF, *L'obligation non causée dans l'article 4 du 17 mars 1808*, in « *Revue historique de droit français et étranger* », 66 (1988), pp. 171-209.

⁽⁸⁹⁾ S. SOLIMANO, « *L'eccezione permanente* ». *Spunti per una riflessione sui caratteri costitutivi dell'ordinamento penale napoleonico*, in « *Italian Review of Legal History* », 1 (2015), n. 09, pp. 1-35.

⁽⁹⁰⁾ Ivi, pp. 23-31.

divorzio, emblema della *Révolution*, benché l'*Empereur* ne abbia grandemente ristretto assai gli àmbiti, viene abrogato. Napoleone, quale artefice del codice, nell'ora storica è sicuramente ingombrante, sicché appare scontato, conveniente e opportuno presentare il *code* quale frutto della tradizione ⁽⁹¹⁾. Ancora una volta riemerge la retorica del cuore antico, che significa Domat, Pothier, ma anche Colbert, Lamoignon e D'Aguesseau ⁽⁹²⁾. I commentatori come Toullier hanno buon gioco a riproporre i contenuti delle loro opere nel nuovo contesto politico e culturale e anche la giurisprudenza ricorre senza ambagi al diritto romano per colmare le lacune del codice. Altri nuovi docenti, come ad esempio Antoine Demante, che professa nella capitale dal 1822 al 1856, continuano a seguire l'interpretazione consolidata ⁽⁹³⁾: il giudice può attingere dalla consuetudine, dalla *législation ancienne*, dai principi generali di diritto e dall'equità naturale ⁽⁹⁴⁾. Sebbene sia molto più rattenuto sul punto, anche il civilista Duranton indica la ragione e l'equità naturale ⁽⁹⁵⁾. È invece Marcadé a presentarsi quale miglior discepolo di Portalis. Anzi, l'allievo che supera il maestro, direi: le fonti che ai suoi occhi possono venire in soccorso del magistrato in caso di silenzio della legge sono molteplici, annoverando la « jurisprudence des tribunaux », la « doctrine des auteurs », le « décisions des jurisconsultes romains », « les principes de la raison et de l'équité » e persino « ses propres lumières », giungendo ad affermare che « par cet article [l'art. 4 del *Code civil*], tous les principes du droit naturel sont

⁽⁹¹⁾ AUDREN, HALPÉRIN, *La culture juridique française*, cit., pp. 29-31.

⁽⁹²⁾ Sulla prassi d'Oltralpe si può vedere B. BEIGNIER, *La conscience du juge dans l'application de la loi au début du XIXème siècle*, in *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, a cura di J. M. Carbasse e L. Depambour-Tarride, Paris, PUF, 1999, pp. 311-331 (edizione elettronica); U. PETRONIO, *Attività giuridica moderna e contemporanea*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 23-24.

⁽⁹³⁾ Sulla figura di Demante v. N. HAKIM, *Demante Antoine-Marie*, nel cit. *Dictionnaire historique des juristes français*, pp. 241-243.

⁽⁹⁴⁾ A.M. DEMANTE, *Programme du cours de droit civil français*, I, Paris, Gobelet, 1835, pp. 15-19.

⁽⁹⁵⁾ A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le code civil*, I, Paris, Gobelet, 1828², p. 55. V. J.L. HALPÉRIN, *Duranton Alexandre*, nel cit. *Dictionnaire historique des juristes français*, pp. 295-296.

tacitement consacrés » (96). Ciò avviene sempre nell'ambito della dominanza della legge, come aveva espresso in maniera chiara lo stesso Portalis, costretto al compromesso tra ragioni del diritto e ragioni del legislatore. Ebbene, a partire dagli anni Quaranta prende corpo il positivismo scientifico, « una cultura di regole positivamente date » (97). Un fenomeno che influenza civilisti come ad esempio, Delisle, Demolombe o Laurent. Muta in primo luogo il rapporto con la storia. Pothier continua a essere citato ma esso è destoricizzato, considerato alla stregua di un collega in carne e ossa. Si pensi che il celebrato Bugnet nei suoi corsi rimprovera a Pothier di essersi riferito al diritto naturale (98)! Con Demolombe il testo legislativo assume un significato assoluto: esiste unicamente la legge, ossia « une règle sanctionnée par la puissance publique, une règle civilement et juridiquement obligatoire » (99). Di qui una presa di distanza netta nei confronti del diritto naturale, di qui il suo contrasto con Demante e poi appunto con Marcadé (100). Il dualismo diritto/legge è insussistente, di conseguenza il ruolo dell'interprete è confinato orgogliosamente in un ambito ristretto: « interpréter, c'est découvrir, c'est élucider le sens exact et véritable de la loi: ce n'est pas changer, modifier, innover; c'est déclarer, c'est reconnaître. Il faut qu'elle n'ait pas la prétention d'avoir inventé; autrement, elle ne serait plus de l'interprétation » (101). Si assiste al passaggio dall'intertestualità degli autori precedenti alla metatestualità, come ha illustrato Nader Hakim: « lo scritto dottrinale è in tutto e per tutto un commento correlato 'au texte qu'il commente' » (102).

(96) V. N. MARCADÉ, *Eléments du droit civil français, ou Explication méthodique et raisonnée du code civil*, I, Paris, Cotillot, 1844², p. 60. V. N. HAKIM, *Marcadé Victor-Napoléon*, nel cit. *Dictionnaire historique des juristes français*, pp. 537-538.

(97) PETRONIO, *Attività giuridica moderna*, cit., p. 112.

(98) Lo ha notato J.L. HALPÉRIN, *Bugnet Jean-Joseph*, nel cit. *Dictionnaire historique des juristes français*, p. 145.

(99) CH. DEMOLOMBE, *Cours de code civil*, ed. Bruxelles, Stienon, 1847, I, p. 6. V. J. MUSSET, *Demolombe Jean-Charles*, nel cit. *Dictionnaire historique des juristes français*, p. 245.

(100) DEMOLOMBE, *Cours de code civil*, cit., p. 52.

(101) Ivi, p. 53.

(102) N. HAKIM, *Continuità o rottura nella storia del pensiero giuridico? Esegesi, transtestualità e positivismo legalistico del Cours de Code Napoléon di Charles Demolombe*, in « *Historia et ius* », (2017) 12, p. 20.

Ritengo sia davvero questo uno degli elementi di discontinuità che caratterizzano il contesto positivistico della metà dell'Ottocento.

5. *François Laurent, ovvero dell'uso positivistico del livre préliminaire.*

Tra le espressioni che colpiscono maggiormente quando ci si immerge nella lettura anche piacevole dei commentari del belga François Laurent ⁽¹⁰³⁾ giurista dallo sguardo profondo, che conosce la storia e la utilizza consapevolmente nella vivace ricostruzione della storia esterna del *code civil* ⁽¹⁰⁴⁾, figura il verbo *enchaîner*, incatenare. Il soggetto da incatenare è il giudice e anche l'interprete ⁽¹⁰⁵⁾. Quest'ultimo viene addirittura invitato a diventare lo schiavo della legge. È l'ossessione della certezza del diritto a muovere questo civilista, persuaso che il diritto si identifichi esclusivamente nel dato normativo e che interpretare equivalga a ricostruire il pensiero del legislatore, in ciò dichiarando di seguire il Savigny del *Sistema del diritto romano attuale* tradotto in lingua francese ⁽¹⁰⁶⁾. Ovviamente non c'è spazio per il diritto naturale: Marcadé è cordialmente detestato, bollato come « auteur très inégal, très tranchant et très prétentieux » ⁽¹⁰⁷⁾. Al di là di queste annotazioni, l'aspetto più interessante che voglio qui evidenziare consiste nel fatto che Laurent si richiama al *livre préliminaire*, tessendo l'elogio sperticato di Portalis, circostanza che di primo acchito disorienta. L'arcano è

⁽¹⁰³⁾ R. WARLOMONT, *François Laurent, juriste, homme d'action et publiciste*, Bruxelles, Office de publicité, 1948. V., anche nella prospettiva della storia del diritto internazionale privato, F. DHONDT, *L'histoire, parole vivante du droit? François Laurent en Ernest Nys als historiografen van het volkenrecht*, in *De Belle Époque van het Belgisch Recht*, a cura di B. Debaenst, Brugge, Die Keure, 2016, pp. 91-115.

⁽¹⁰⁴⁾ F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, Paris, Marecq, 1893⁵, pp. 19-29. Ritengo che pure il Cappellini apprezzi la densità storica del civilista belga: v. CAPPELLINI, *Codici*, cit., p. 106 e ss.

⁽¹⁰⁵⁾ LAURENT, *Principes de droit civil français*, cit., p. 21, p. 42, p. 66 e p. 358.

⁽¹⁰⁶⁾ « Quelle est l'œuvre de l'interprète? Savigny nous le dit, c'est de reconstruire la pensée du législateur »: *ivi*, p. 342. Su questo nodo problematico della concezione di Savigny v. P. COSTA, *L'interpretazione della legge: François Géný e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in « Quaderni fiorentini », 20 (1991), pp. 375-376.

⁽¹⁰⁷⁾ LAURENT, *Principes de droit civil français*, cit., p. 48.

presto svelato: egli fa un uso positivistico del *livre préliminaire*, in quanto si limita a impiegare e a valorizzare una parte delle norme del testo di Portalis, e cioè quelle nelle quali questi raccomanda all'interprete di attenersi al dettato legislativo, indicando, per impiegare la nota espressione di Filangieri, sette canoni di giudicatura (ricavati dalla tradizione), e lascia in ombra le disposizioni che ossigenano il codice. Con riferimento al principio *in claris non fit interpretatio* Laurent esclama ⁽¹⁰⁸⁾:

On suppose que le sens d'une loi est clairement établi, il ne reste aucun doute sur la signification littérale du texte: peut-on, dans ce cas, s'en écarter? La question est capitale. Nous trouvons la réponse dans le Livre préliminaire du code: 'Quand une loi est claire, il ne faut point en éluder la lettre, sous prétexte d'en pénétrer l'esprit' (Titre V, article 5). Nous voudrions que cette maxime fut inscrite dans tous les ouvrages de droit, et qu'elle fut gravée dans toutes les chaires où l'on enseigne la jurisprudence. Il faut revenir à la règle établie par les auteurs mêmes du code.

Quando poi tratta dell'analogia, si appoggia all'art. 8 del titolo V del *Livre préliminaire* (« on ne doit raisonner d'un cas à un autre, que lorsqu'il y a même motif de décider »), per denunciare il possibile abuso di questo strumento ermeneutico ⁽¹⁰⁹⁾:

C'est pour tenir l'interprète en garde contre cet écueil que le Livre préliminaire énonce le principe d'une manière restrictive.

Egli recupera, infine, l'articolo 7 del titolo V che stabilisce « qu'il n'est pas permis de distinguer lorsque la loi ne distingue pas », valorizzato ancora entro una prospettiva positivistica ⁽¹¹⁰⁾:

Cette règle a encore pour objet de circonscrire la sphère d'action de l'interprète, et de l'empêcher d'empiéter sur le domaine du législateur.

⁽¹⁰⁸⁾ Ivi, p. 342.

⁽¹⁰⁹⁾ Ivi, p. 351.

⁽¹¹⁰⁾ Ivi, p. 353.

Non sono necessari altri esempi per concordare sulla circostanza che ci troviamo di fronte ad uno dei più convinti araldi dell'assolutismo giuridico.

6. *Assolutismo legislativo e assolutismo giuridico nell'Italia dell'Ottocento.*

Per ciò che concerne la realtà italiana della Restaurazione, sappiamo che taluni sovrani puntano sulla forma codice ispirandosi al *code civil* — il pensiero corre a Ferdinando delle Due Sicilie e a Carlo Alberto per il Regno di Sardegna — e avendo ben chiara la valenza assolutistica del codice ⁽¹¹¹⁾. È parimenti noto che la scienza e la cultura giuridica si caratterizzano per un *mixtum compositum* di saperi e di tendenze anche antinomiche: si tratta del canone eclettico ⁽¹¹²⁾, vale a dire un intreccio di diritto patrio, di storicismo vichiano e savignyano, di filosofia romagnosiana, di dottrina francese adattata dai traduttori e annotatori italiani alle specificità degli Stati, (napoletana e piemontese *in primis*), e in parte anche di *Rechtswissenschaft* tedesca agli esordi. Non stupisce dunque che la civilistica e la giurisprudenza seguano un'impostazione analoga a quella francese. Tale tendenza si rinviene a Napoli, come ha accertato il Mastroberti, che ha vagliato la giurisprudenza della Cassazione ⁽¹¹³⁾, o a Torino. A ben vedere, nel contesto piemontese è stato il legislatore civile a orientare scienza e prassi. Al termine di un tortuoso e contrastato *iter* legislativo, il codificatore del 1837 ha

⁽¹¹¹⁾ SOLIMANO, *L'edificazione del diritto privato italiano*, cit., pp. 67-68; A. SPINOSA, "Civili in diversissimo modo". *Modello napoleonico e tradizioni giuridiche nazionali nell'Italia dell'Ottocento*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 203-221.

⁽¹¹²⁾ L. LACCHE', *Il canone eclettico. Alla ricerca di uno strato profondo della cultura giuridica italiana dell'Ottocento*, in «Quaderni fiorentini», 29 (2010), pp. 153-228.

⁽¹¹³⁾ V. F. MASTROBERTI, *Tra scienza e arbitrio. Il problema giudiziario e penale nelle Sicilie dal 1821 al 1849*, Bari, Cacucci, 2005, pp. 361-363; Id., *La Corte Suprema di Giustizia di Napoli dal 1809 al 1860: le diverse fasi di un tribunale controverso*, in *Le Supreme Corti di giustizia nella storia giuridica del Mezzogiorno*, a cura di F. Mastroberti, S. Vinci, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, in particolare pp. 51-52.

concesso all'interprete di riferirsi ai principi generali di diritto ⁽¹¹⁴⁾, una formula (forse tratta dal Demante ⁽¹¹⁵⁾), che la civilistica subalpina piemontese declina assai variamente. Per Precerutti i principi generali si sostanziano nel diritto naturale ⁽¹¹⁶⁾, per Poncini, che cita Portalis, derivano dall'equità naturale ⁽¹¹⁷⁾, per Pastore, invece, « il sovrano legislatore non fece che ridurre in legge positiva alcune regole d'interpretazione stabilite dal diritto comune » ⁽¹¹⁸⁾, per Vigliani, infine, annotatore della traduzione italiana dell'opera del Duranton, essi sono il « canone delle leggi romane » intese come « quelle massime di ragione e giustizia le quali si trovano generalmente riconosciute ed osservate dalle nazioni incivilite » ⁽¹¹⁹⁾. Quanto alla giurisprudenza si può notare come essa attinga non infrequentemente dal diritto romano quale *ratio scripta*. Come è accaduto durante il periodo di applicazione del codice napoleonico in Italia, anche i magistrati subalpini non mancano di evidenziare che le norme del codice albertino confermano il più delle volte

⁽¹¹⁴⁾ V. *Motivi dei codici per gli Stati sardi*, I, Genova, Tipografia della Gazzetta dei tribunali, 1853, pp. 28-31; G.S. PENE VIDARI, *Note sull'« analogia iuris »*. *L'art. 15 del Tit. prel. c.c. Albertino e la sua formazione*, in « Rivista di storia del diritto italiano », L (1977), pp. 342-355; A. SCIUMÈ, *I principi generali del diritto nell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 2002.

⁽¹¹⁵⁾ Come ho già anticipato, nel *Programme du cours de droit civil* pubblicato nel 1830 egli indica come mezzo per colmare le lacune proprio *les principes généraux du droit*. Non è da escludere che il modello possa essere stato l'art. 19 del Codice civile galiziano (v. SCIUMÈ, *I principi generali*, cit., n. 6, 1 pp. 96-97) oppure la traduzione francese dell'ALR realizzata a Parigi nel 1801: art. 53. « Si le juge ne trouve aucune loi qui puisse servir à la décision de l'espèce en litige, il doit, après avoir mûrement délibéré, prononcer suivant les principes généraux établis dans le Code des lois, et d'après les ordonnances rendues pour des circonstances semblables » (*Code général pour les Etats prussiens, traduit par les membres du bureau de législation étrangère, et publié par ordre du Ministère de la justice*, I, Paris, Imprimerie de la République, an IX, p. 7).

⁽¹¹⁶⁾ E. PRECERUTTI, *Elementi di diritto civile patrio*, I, Torino, Speirani, 1861, pp. 65-66.

⁽¹¹⁷⁾ G. PONCINI, *Commenti sul codice civile ossia codice civile spiegato e ragionato*, I, Asti, Garbiglia, 1839², pp. 34-35.

⁽¹¹⁸⁾ V. PASTORE, *Codice civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna*, I, Torino, Favale, 1838, p. 31.

⁽¹¹⁹⁾ A. DURANTON, *Corso di diritto civile secondo il codice francese, applicata dall'avvocato P.O. Vigliani e da altri avvocati piemontesi al codice civile per gli Stati del Re di Sardegna*, Torino, Minerva Subalpina, 1839, p. 32 n. 1.

principi tratti dal diritto giustiniano o dalla legislazione piemontese previgente, come si evince da un esame della *Giurisprudenza degli Stati sardi* del Bettini ⁽¹²⁰⁾.

Passiamo adesso al secondo tornante dell'assolutismo legislativo italiano, che si manifesta al momento dell'unificazione del diritto privato. Qui si registra una forte tensione tra la politica e i giuristi, soprattutto all'avvio dei lavori. Il codice civile rappresenta il simbolo politico dell'esistenza della Nazione, sicché appare indifferibile lavorare celermente, all'ombra del codice albertino ⁽¹²¹⁾. Per contro, i civilisti ritengono sia necessario procedere alla redazione di un testo più autenticamente italiano, che guardi al passato, vale a dire valorizzando le molteplici esperienze civilistiche preunitarie, e al futuro, cioè consegnando un testo che anticipi le tendenze e il bisogno di effettività di un paese che inizia cambiare ⁽¹²²⁾. Dopo il 1862 il legislatore italiano mostra di voler tenere in considerazione in misura maggiore la tradizione preunitaria: come ho sostenuto più volte, la storia esterna del codice Pisanelli si sostanzia in progressive correzioni (anche minute, talora minutissime) del progetto di revisione del codice albertino del 1860 realizzate anche *in extremis* (persino quando era di fatto preclusa ogni modifica ⁽¹²³⁾). Ebbene, la rappresentazione del codice come il crogiuolo delle plurime

⁽¹²⁰⁾ In questo senso già F. ROSELLI, *Il sillogismo giudiziale nella giurisprudenza italiana dell'Ottocento*, in «Politica del diritto», XI (1980), pp. 641-647. In guisa d'esempio v. Cassazione di Torino, 3 febbraio 1849, in *Giurisprudenza degli Stati Sardi*, Torino, Pomba, 1848/49, pp. 741-743; Cassazione di Torino, 23 agosto 1849, *ivi*, 1848/49, pp. 19-23; Corte d'appello di Torino, 17 gennaio 1854, *ivi*, 1854, pp. 44-50; Cassazione di Torino, 30 maggio 1854, *ivi*, pp. 492-498; Cassazione di Torino, 22 dicembre 1855, *ivi*, 1855, pp. 806-808; Cassazione di Torino, 26 febbraio 1857, *ivi*, 1857, pp. 221-224; Cassazione di Torino, 30 maggio 1857, *ivi*, 1857, pp. 510-512; Cassazione di Torino, 13 luglio 1857, *ivi*, 1857, pp. 646-647; Cassazione di Torino, 5 luglio 1859, *ivi*, 1859, pp. 665-667.

⁽¹²¹⁾ SOLIMANO, *L'edificazione del diritto privato italiano*, cit., pp. 84-88.

⁽¹²²⁾ *Ivi*, p. 82. S. SOLIMANO, *Andante moderato, appassionato molto. Mancini e i caratteri del diritto privato italiano (1842-1875)*, in *Per una rilettura di Mancini. Saggi sul diritto del Risorgimento*, a cura di I. Birocchi, Pisa, ETS, 2018, pp. 244-254.

⁽¹²³⁾ V. S. SOLIMANO, *Da Cassinis a Cassinis. Ovvero dalla Commissione di revisione del codice civile albertino alla Commissione speciale di coordinamento (1860-1865)*, in *Avvocati protagonisti e rinnovatori del primo diritto unitario*, a cura di S. Borsacchi, G.S. Pene Vidari, Bologna, il Mulino, 2014, pp. 51-64.

tradizioni viene valorizzata dalla dottrina privatistica italiana chiamata a sbizzare il testo del 1865. È merito di Giovanni Cazzetta avere evidenziato questo dato fondamentale ⁽¹²⁴⁾. In questa prospettiva la riproposizione del dibattito intorno al rapporto giudice legge nel codice del 1865 a proposito del quale è riprodotta la disposizione del codice albertino diventa lo strumento per far riemergere la tradizione italiana. Prendono forma nelle pagine dei commentatori del codice molteplici orientamenti. Saredo si ispira al diritto romano e alle tradizioni legislative ⁽¹²⁵⁾, Cattaneo e Borda ai princìpi « che si trovano per la maggior parte in bello ed elegante fascio raccolti nei titoli del Digesto » ⁽¹²⁶⁾, Bianchi al diritto naturale ⁽¹²⁷⁾, Borsari al diritto romano ⁽¹²⁸⁾, ma soprattutto all'equità in quanto il *corpus* giustiniano « nelle avanzate regioni della scienza e della civiltà, nelle questioni economiche, politiche, internazionali » non potrebbe giovare ⁽¹²⁹⁾. Accanto a coloro che in nome della continuità suggeriscono di oltrepassare il recinto del codice, si collocano civilisti che accolgono un'impostazione giuspositivistica. Sono Pacifici Mazzoni ⁽¹³⁰⁾ e il suo allievo Ricci a percorrere questa strada ⁽¹³¹⁾. Il legalismo di Pacifici, portato avanti in nome della certezza del diritto, si salda del resto con il positivismo dei pandettisti, che inizia a farsi largo in Italia nell'ora storica ⁽¹³²⁾. È in tale contesto che

⁽¹²⁴⁾ CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit., p. 30, p. 110 e p. 112.

⁽¹²⁵⁾ G. SAREDO, *Trattato di diritto civile italiano*, Firenze, Tipografia editrice dell'associazione, 1869, p. 52; ID., *Trattato delle leggi, dei loro conflitti di luogo e di tempo*, I, Firenze, Pellas, 1871, pp. 426-427.

⁽¹²⁶⁾ V. CATTANEO, C. BORDA, *Il codice civile italiano annotato*, Torino, Camilla e Bertolero, 1873², p. 36.

⁽¹²⁷⁾ V. SOLIMANO, *Tra esegesi e sistema?*, cit., pp. 220-227.

⁽¹²⁸⁾ V. G. CAZZETTA, *Borsari, Luigi*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX Secolo)*, a cura di I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletto, I, Bologna, il Mulino, 2013, pp. 308-309.

⁽¹²⁹⁾ L. BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, Torino, Unione tipografica editrice torinese, 1871, I, p. 76.

⁽¹³⁰⁾ V. G. CHIODI, *Pacifici-Mazzoni, Emidio*, nel cit. *Dizionario biografico dei giuristi*, II, pp. 1479-1481.

⁽¹³¹⁾ V. S. SOLIMANO, *Ricci, Francesco*, ivi, II, pp. 1680-1681.

⁽¹³²⁾ V. E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Firenze, Cammelli, 1880³, p. 50. Pacifici è piuttosto severo nei confronti di chi identifica i princìpi generali nel diritto naturale (*ibidem*).

matura la celebre lezione camerte di Vittorio Scialoja, altrettanto rinomato allievo del primo, e tedoforo dell'assolutismo giuridico italiano ⁽¹³³⁾. La vicenda è notissima ⁽¹³⁴⁾. Quanto alla giurisprudenza, si ribadisce che « quando l'intenzione del legislatore è chiaramente manifestata dalle parole della legge non è lecito attribuirgliene una diversa » ⁽¹³⁵⁾; ma in pari tempo, in caso di lacuna, si permette il ricorso al diritto romano quale *ratio scripta* ⁽¹³⁶⁾. Lo ripete la Cassazione di Firenze nel 1869 ⁽¹³⁷⁾, nel 1875 ⁽¹³⁸⁾ e nel 1881 ⁽¹³⁹⁾; quella di Roma nel 1892 ⁽¹⁴⁰⁾. Quest'ultima ha addirittura ritenuto corretto trarre « elementi d'interpretazione dalla dottrina di autori stranieri e dallo spirito di straniere legislazioni in maniera del tutto consona colle nostre leggi e i nostri istituti » ⁽¹⁴¹⁾. Eccezionale in questo quadro appare l'orientamento rigorosamente legalistico della Cassazione di Palermo del 1873 ⁽¹⁴²⁾, che viene valorizzata da Ricci nel suo Commentario ⁽¹⁴³⁾.

⁽¹³³⁾ V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità (1879/1880)*, in *Studi giuridici*, III, I, Roma, Anonima romana editoriale, 1932, pp. 1-23.

⁽¹³⁴⁾ V. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 140; v. C. LATINI, « L'Araba fenice ». *Specialità delle giurisdizioni ed equità giudiziale nella riflessione dottrinale italiana tra Otto e Novecento*, in « Quaderni fiorentini », 35 (2006), pp. 606-609; soprattutto G. CHIODI, *Scialoja, Vittorio*, nel cit. *Dizionario biografico dei giuristi*, II, pp. 1833-1837.

⁽¹³⁵⁾ Cassazione di Roma, 13 dicembre 1878, in *Repertorio generale di giurisprudenza civile, penale, commerciale ed amministrativa del Regno*, II, Torino, Ute, 1884, p. 1389; principio ribadito nel 1893, nel 1897 e nel 1904.

⁽¹³⁶⁾ Taluni riferimenti già in ROSELLI, *Il sillogismo giudiziale nella giurisprudenza italiana*, cit., pp. 659-664; e in SCIUMÈ, *I principi generali*, cit., pp. 186-187 n. 59.

⁽¹³⁷⁾ Cassazione di Firenze, 29 novembre 1869, in « Annali della giurisprudenza italiana », III (1869), p. 284.

⁽¹³⁸⁾ Cassazione di Firenze, 17 giugno 1875, in « La Legge », XV (1875), p. 543.

⁽¹³⁹⁾ Cassazione di Firenze, 25 aprile 1881, in « La Legge », XXI (1881), I, p. 762.

⁽¹⁴⁰⁾ Cassazione di Roma, 26 gennaio 1892, in « La Legge », XXXII (1892), I, p. 615.

⁽¹⁴¹⁾ Cassazione di Roma, 9 maggio 1878, in « Foro italiano », 1878 (III), I, p. 456.

⁽¹⁴²⁾ Cassazione di Palermo, 21 giugno 1873, in « Annali della giurisprudenza italiana », VII (1873), p. 466.

⁽¹⁴³⁾ F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, I, Torino, Ute, 1886², pp. 22-23.

7. *Assolutismo legislativo e giuridico in Austria.*

Codice ‘giusnaturalista’⁽¹⁴⁴⁾, codice ‘irregolare’⁽¹⁴⁵⁾. Questi sono solo taluni degli aggettivi impiegati per segnalare le specificità del testo austriaco del 1811, che taglia il traguardo della codificazione al termine di una lunghissima gestazione⁽¹⁴⁶⁾. È senza dubbio un codice aperto, poiché in caso di lacuna viene concesso al giudice di riferirsi ai principi di diritto naturale⁽¹⁴⁷⁾. Eppure il discorso sui caratteri di questo codice non è così piano e lineare. Certamente esso appare tributario del codice giuseppino del 1786, ma ne è anche distante, se solo si rammenta che quest’ultimo aveva previsto il ricorso all’interpretazione autentica⁽¹⁴⁸⁾. L’ABGB si iscrive a pieno titolo nell’assolutismo legislativo: un indizio significativo in tal senso è rappresentato dalla diffidenza nei confronti della consuetudine⁽¹⁴⁹⁾. Che quello austriaco sia un codice del tutto peculiare è dimostrato dalla sua natura di strumento ad applicazione variabile: benché sia stato progettato per superare il particolarismo giuridico d’antico regime, valutazioni politiche permettono che la disciplina

(144) F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, I, Milano, Giuffrè, 1976, p. 493.

(145) V. le riflessioni critiche di P. CARONI, *Un codice irregolare?*, in *La codificazione del diritto fra il Danubio e l’Adriatico. Per i duecento anni dall’entrata in vigore dell’ABGB (1812-2012)*, a cura di R. Ferrante, P. Caroni, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 7-14; CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, cit., II, pp. 275-291.

(146) V. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, cit., pp. 59-66, ricca bibliografia a pp. 59-60.

(147) Sul § 7 dell’ABGB, v. S. DNIESTRZANSKI, *Die natürlichen Rechtsgrundsätze (§7 ABGB)*, in *Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches. 1 Juni 1911*, II, Wien, Manz, 1911, pp. 3-35; H. SCHAMBECK, *Die Natürlichen Rechtsgrundsätze des § 7 ABGB*, in *Völkerrecht und Rechtsphilosophie*, a cura di P. Fischer, H.F. Köck, A. Verdross, Berlin, Duncker & Humblot, 1980, pp. 480-496; E.A. KRAMER, *Die “natürlichen Rechtsgrundsätze” des § 7 ABGB heute*, in *Festschrift 200 Jahre ABGB*, 2, a cura di C. Fischer-Czemark, Wien, Manz, 2011, pp. 1169-1181; P. MASTROLIA, *La civilistica lombardo-veneta durante la Restaurazione. Un anonimo Compendio di diritto civile austriaco tra giusnaturalismo e positivismo giuridico*, in « *Historia et ius* », (2023) 23, pp. 1-28.

(148) V.H. MOHNHAUPT, *Il divieto di diniego di giustizia nell’articolo 4 del Code Civil come emancipazione del giudice*, in « *Giornale di storia costituzionale* », 14 (2007), p. 110.

(149) V. § 10.

generale possa essere derogata ⁽¹⁵⁰⁾. Un esempio piuttosto interessante in tal senso è costituito da un decreto del 1820, il quale dispone che l'accesso al matrimonio in alcune regioni e città dell'impero è subordinato all'autorizzazione dell'amministrazione, che deve accertare in capo ai nubendi la sussistenza dei mezzi economici ⁽¹⁵¹⁾. Che dire poi della dimensione cetuale che riaffiora e della presenza di elementi propri di un ordinamento legato ancora ad un mondo feudale (destinato a svanire successivamente tra il 1848 e il 1860) ⁽¹⁵²⁾? Nello stesso tempo è il codice che si segnala per non voler relegare la moglie in uno stato di paralizzante incapacità di agire (come invece avviene nel codice napoleonico), che impone ai genitori diritti e doveri e che infine proclama che la schiavitù non è tollerata. Ogni codice è indubbiamente figlio del proprio tempo, vale a dire della temperie sociale, culturale, filosofica e economica in cui germina.

Ebbene, anche la questione del rapporto giudice e legge, che rappresenta il filo rosso di questo discorso, è coinvolgente e complessa, caratterizzata da aperture e da ripensamenti. Si è detto che il legislatore supera gradualmente l'impostazione statualistica giuseppina accolta nel regolamento processuale e nel codice civile per mezzo dello sperimentale Codice Galiziano del 1797, ove è permesso di ricorrere ai principi « giuridici fondamentali e naturali » ⁽¹⁵³⁾. Il codice viene poi fatto oggetto di un lungo esame quasi decennale da parte della commissione in cui figura Franz von Zeiller. Come apprendiamo dall'analisi dei lavori preparatori pubblicati

⁽¹⁵⁰⁾ W. BRAUNEDER, *Geschlossenheit der Kodifikation? Die Verweisungen in ABGB*, in *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa. Atti del Convegno internazionale (Pavia, 11-12 ottobre 2002)*, a cura di E. Dezza e P. Caroni, Padova, CEDAM, 2006, pp. 1-34.

⁽¹⁵¹⁾ Mi sia concesso il rinvio a S. SOLIMANO, *Il governo della complessità. Riflessioni in margine alla politica del diritto asburgica e napoleonica in Adriatico (1808-1871)*, nel cit. *La codificazione del diritto fra il Danubio e l'Adriatico*, pp. 113-115.

⁽¹⁵²⁾ W. BRAUNEDER, *Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB). Eine europäische Privatrechtskodifikation*, I, *Entstehung und Entwicklung des ABGB bis 1900*, Berlin, Duncker & Humblot, 2014, p. 182 e ss.

⁽¹⁵³⁾ A.A. CASSI, *Il bravo funzionario asburgico tra Absolutismus e Aufklärung. Il pensiero e l'opera di Karl Anton von Martini (1726-1800)*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 308, p. 28 e p. 252. V. art. 19 in *Bürgerliches Gesetzbuch für Galizien*, Wien, Hraschanky, 1797, pp. 6-7.

dall'Ofner a fine Ottocento, nella seduta del 4 gennaio 1802 i paragrafi 18 e 19 del *Westgalizischesgesetzbuch* vengono analizzati anche alla luce delle osservazioni fatte pervenire dalle università e dai corpi consultati ⁽¹⁵⁴⁾. Le perplessità non sono poche, poiché si teme l'arbitrio giudiziale: qualcuno ritiene che prima di ricorrere al diritto naturale ci si debba riferire al diritto provinciale ⁽¹⁵⁵⁾ oppure, come notano i giuristi della Carinzia, sarebbe opportuno che la decisione del giudice di primo grado che ha fatto ricorso al paragrafo 19 fosse ratificata dal magistrato superiore ⁽¹⁵⁶⁾. Dall'Università di Innsbruck segnalano la necessità di inserire la specificazione principi generali naturali, per evitare l'identificazione con le massime tratte dal diritto romano e dal diritto comune ⁽¹⁵⁷⁾. V'è chi suggerisce infine di obbligare il magistrato a riferirsi all'autorità della Corte Suprema o direttamente al legislatore ⁽¹⁵⁸⁾. Se è vero che i membri della commissione propendono per il mantenimento della disposizione con taluni aggiustamenti lessicali, poiché ritengono che sia pericoloso seguire il sistema giuseppino di interpretazione letterale, è vero pure che essi concordano sulla necessità che alla fine dell'anno ogni giudice trasmetta ad una commissione la sentenza assunta sulla base dei principi di diritto naturale (*Hofkommission in Gesetzesachen*). Solo così si comprenderà, rilevano unanimemente, che il paragrafo 19 deve intendersi come norma eccezionale ⁽¹⁵⁹⁾. I commissari rimandano ad un altro momento la decisione sulla collocazione del provvedimento, in quanto qualcuno propone di inserirlo nella patente di promulgazione, qualcun altro in un'apposita ordinanza rivolta ai magistrati ⁽¹⁶⁰⁾. Fatto sta che esso non viene emanato ed è Zeiller a farsi interprete dei timori manifestati in commissione su un possibile abuso del paragrafo 7. Nel suo celebre commentario (del tutto inaspettatamente) egli ammonisce i giudici ad un uso oculato della disposizione, spiegando che « il codice della

⁽¹⁵⁴⁾ J. OFNER, *Der Ur-Entwurf und die Beratungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches*, I, Wien, Hölder, 1889, pp. 22-25.

⁽¹⁵⁵⁾ Ivi, p. 22.

⁽¹⁵⁶⁾ Ivi, p. 23.

⁽¹⁵⁷⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁵⁸⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁵⁹⁾ Ivi, p. 25.

⁽¹⁶⁰⁾ *Ibidem*.

ragione non è che sussidiario », che è « arrogante e riprensibile quel giudice che vuol derivare la decisione dal codice della ragione » o che temerariamente « volesse costituirsi giudice delle leggi e disprezzarle sotto pretesto ch'esse non s'accordano colle leggi naturali »⁽¹⁶¹⁾.

Al di là di questo, non è escluso che la concezione del diritto naturale cui fa riferimento Zeiller sia diversa da quella professata dal suo maestro Martini⁽¹⁶²⁾. Nel volume di diritto privato naturale, edito a partire dal 1802, egli appare preoccupato di distinguere la « filosofia del diritto (positivo) » che è del « giureconsulto ponderatore » dalla « dottrina filosofica del diritto »⁽¹⁶³⁾. Il codice costituisce un giusto medio: esso « non si perderà né in una penosa enumerazione dei diversi innumerevoli casi, né in una semplice metafisica dei diritti, inutile per l'applicazione e pericolosa per le false interpretazioni, alle quali ella può dar luogo »⁽¹⁶⁴⁾. Come per Portalis, si tratta di realizzare un compromesso tra le ragioni della legge e quelle del diritto:

si studi di riferirsi alle leggi per penetrare il senso e lo spirito della legge e che rimonti ai principi del diritto naturale dai quali il legislatore è dipartito. Il sogno di un codice perfetto il quale decida tutt'i casi, si è (se non sbaglio) alla fine generalmente dissipato, così la dottrina del diritto (naturale) rimarrà sempre e dovunque il codice, soltanto sussidiario bensì, ma certo decisivo per i contingibili casi legali⁽¹⁶⁵⁾.

Durante la Restaurazione i commentatori austriaci seguono fedelmente la traccia di Zeiller; quelli italiani del Lombardo-Veneto percorrono una via già battuta durante l'applicazione del *code civil*,

⁽¹⁶¹⁾ F. DE ZEILLER, *Commentario sopra il codice civile universale*, I, Venezia, Picotti, 1815, pp. 58-59. Considerazioni sul punto in FERRANTE, *Codificazione e cultura giuridica*, cit., pp. 142-143.

⁽¹⁶²⁾ Sulla concezione di Martini v. CASSI, *Il bravo funzionario*, cit., p. 137 e ss.; v. MASTROLIA, *La civilistica lombardo-veneta durante la Restaurazione*, cit., p. 23.

⁽¹⁶³⁾ F. DE ZEILLER, *Diritto privato naturale, prima edizione italiana*, Milano, Silvestri, 1818, p. 31, parentesi nel testo.

⁽¹⁶⁴⁾ Ivi, p. 37.

⁽¹⁶⁵⁾ Ivi, p. 38.

identificando il diritto naturale con i principi di diritto romano (e richiamando talora anche Portalis) ⁽¹⁶⁶⁾, prassi ammessa da Winiwarter (Zeiller aveva confinato il diritto romano a svolgere un ruolo sussidiario per le cause precedenti all'attivazione del codice) ⁽¹⁶⁷⁾. Anche nell'ordinamento austriaco si registra tuttavia una brusca sterzata in senso positivistico. Ciò avviene per opera dei pandettisti come Joseph Unger ⁽¹⁶⁸⁾ che nel suo commentario degli anni Cinquanta neutralizza il ricorso al diritto naturale, bollato come « un irresistibile impulso essenzialmente teoretico dei compilatori del codice civile », che « oggi non corrisponde alle vedute che si hanno sul diritto e sullo Stato » ⁽¹⁶⁹⁾. *Omnia in codice inveniuntur*: il discorso può dirsi concluso ⁽¹⁷⁰⁾.

⁽¹⁶⁶⁾ FERRANTE, *Codificazione e cultura giuridica*, cit., pp. 144-149; E. D'AMICO, *Agostino Reale e la civilistica lombarda nell'età della Restaurazione*, in *Studi di Storia del diritto*, II, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 772-818; MASTROLIA, *La civilistica lombardo-veneta durante la Restaurazione*, cit., pp. 18-28.

⁽¹⁶⁷⁾ MASTROLIA, *La civilistica lombardo-veneta durante la Restaurazione*, cit., p. 25.

⁽¹⁶⁸⁾ Sulla figura di questo giurista v. M.R. DI SIMONE, *Joseph Unger e la sua critica all'istituto della ventilazione ereditaria*, nel cit. *La codificazione del diritto tra il Danubio e l'Adriatico*, pp. 195-199; F.S. MEISSEL, *Joseph Unger und das Römische Recht. Zu Stil und Methoden der österreichischen "Pandektistik"*, in *Wie pandektistisch war die Pandektistik? Symposion aus Anlass des 80. Geburtstags von Klaus Luig am 11 September 2015*, a cura di H.P. Haferkamp, T. Repgen, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, pp. 17-33.

⁽¹⁶⁹⁾ G. UNGER, *Sistema del diritto privato generale austriaco* (1856), I, edizione italiana, Zara, Woditzka, 1877, p. 63. Sulla pandettizzazione dell'ABGB v. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, cit., p. 65.

⁽¹⁷⁰⁾ Per un'analisi di *Wirkungsgeschichte* dell'ABGB nel Lombardo-Veneto v. D. MATTIANGELI, *Die Anwendung des ABGB in Italien im 19. Jahrhundert und seine historischen Aspekte*, Frankfurt am Main-Berlin-Bern-Bruxelles-New York-Oxford-Wien, Lang, 2012; Id., *La giurisprudenza del Lombardo-Veneto alla luce dell'introduzione dell'ABGB. Aspetti storici e giuridici dell'applicazione di un nuovo codice nei tribunali locali*, nel cit. *La codificazione del diritto tra il Danubio e l'Adriatico*, pp. 119-132.

RAFFAELE VOLANTE

UNA SCANDALOSA PROPRIETÀ

1. Premessa. Un percorso di silenzi e parole. — 2. L'inizio del percorso. La demistificazione della proprietà dei Codici. — 3. Proprietà e statuti proprietari. Distanze civilistiche. — 4. Una distanza incolmabile: comunità proprietarie e demani aperti. — 5. La resilienza del comunitarismo agrario. — 6. Un nuovo pluralismo.

1. *Premessa. Un percorso di silenzi e parole.*

Una considerevole parte della vita — non solo scientifica — di Paolo Grossi è stata spesa sul tema delle proprietà collettive, a partire dalla sua opera centrale, « *Un altro modo di possedere* », del 1977 ⁽¹⁾.

Da qui, una prima difficoltà: quella di seguire un cammino che si è dipanato per oltre quarant'anni non solo in libri e articoli, ma anche nel colloquio costante — e tuttavia privo di testimonianze scritte — con le varie esperienze di proprietà collettiva, presenti in Italia e oltre. A questa prima difficoltà, se ne lega una seconda, data dal fatto che l'opera di Paolo Grossi ha dato il ritmo a un dibattito sempre più complesso, che non si è dipanato solo in sede dottrinale, ma ha avuto importantissime ricadute nella legislazione.

Il problema centrale, per chi deve ricostruire storicamente questo percorso è, così, quello di misurare, in quanto accaduto dal 1977 a oggi, le risonanze prodotte da questa esperienza scientifica totalizzante, fatta sia dello studio di protagonisti dimenticati, sia dell'impegno personale a tenere viva l'attenzione su un mondo chiuso e quasi riposto in un cantuccio della modernità, che da più parti si voleva destinato all'oblio, quando non all'estinzione.

⁽¹⁾ « *Un altro modo di possedere* ». *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffrè, 1977.

Vi è, per vero, una terza difficoltà, ma questa riguarda solo chi sta scrivendo queste pagine: quanto sia lecito — sul piano etico e, quindi, sul piano metodologico — al testimone diretto di essere storico di quanto ha visto. Chi scrive è stato testimone per più di quindici anni degli incontri — rituali come episodici — fra Paolo Grossi e il vario mondo della proprietà collettiva, fatto solo in piccola parte da giuristi, e in più gran parte da persone dedite alle professioni più diverse, intente a districarsi in un mondo di norme che non vuole comprendere i loro problemi quotidiani.

In questi incontri, a me pareva che Paolo Grossi si trasformasse in un'altra persona, in cui non riconoscevo pienamente l'accademico a tutto tondo che mi era familiare da molti più anni, pronto a trattare con distacco qualsiasi tema, senza potersi, talvolta, impedire una sfumatura di ironica condiscendenza.

Ciò che mi colpiva era che, dinanzi alla proprietà collettiva, Paolo Grossi diventasse capace di lunghi e attentissimi silenzi, quasi nel timore di distogliere l'interlocutore (il *comunista*) dal suo proprio linguaggio, dalla sua propria narrazione. Quel linguaggio e quella narrazione grondavano della fatica e delle sofferenze di generazioni di dimenticati: era una storia fragile, che andava raccolta con cautela dalle parole di chi la riportava, ascoltata con tempo e pazienza.

Porre il comunista di turno dinanzi alle domande tipiche del giurista avrebbe comportato un rischio troppo grande: ricevere una storia artificiale che, a sua volta, sarebbe stata ricostruita in un diritto artificiale. La storia concreta veniva prima, e con essa la natura delle cose. Le uniche domande che era lecito fare alla proprietà collettiva erano sulla conformazione del territorio, sulle acque che lo percorrevano, sulle piante che lo popolavano (2). Il diritto sarebbe venuto dopo, nella descrizione delle consuetudini che coprivano ancora quel territorio come una veste inseparabile.

(2) Avendo come riferimento costante, quasi come unità di misura, il Chianti fiorentino. Il Chianti animò sempre il dialogo tra Grossi e la proprietà collettiva, fu costantemente rappresentato agli abitanti di mondi del tutto alieni — dal monte molisano, all'entroterra sardo, al Carso sloveno, al Delta del Po — come quella terra conosciuta intimamente, perché le si apparteneva e a cui si sarebbe voluti tornare. Questo attaccamento di Grossi al paesaggio chiantigiano — ma qui il testimone non ha documenti da produrre a suffragio — produceva con l'interlocutore di turno una sorta di corrente galvanica, che sollecitava paragoni e recuperava storie dimenticate.

Ancora più tardi ci si sarebbe potuti dedicare alla ricostruzione complessiva, in cui le comunioni familiari montane non sono la stessa cosa delle università agrarie di pianura, e difese e demani, livelli e burgensatici risaltano ancora nelle loro specificità di istituti del diritto feudale. Non prima, perché allora la sovrastruttura delle categorie giuridiche avrebbe preso il sopravvento, banalizzando il senso delle singole esperienze. Quanto stiamo per analizzare non è la costruzione, pezzo per pezzo, di una dogmatica giuridica, ma appunto un percorso, che Grossi ha iniziato su certi interessi di ricerca e lo ha portato, nel tempo, in luoghi che, all'inizio del viaggio, non potevano essere nemmeno sospettati.

2. *L'inizio del percorso. La demistificazione della proprietà dei Codici.*

« *Un altro modo di possedere* » è l'inizio di questo percorso, e si basa tutto su questa sorta di stratigrafia dell'esperienza collettiva, che è, innanzitutto, esigenza metodologica. La tesi di fondo di Grossi è che la proprietà collettiva non può essere spiegata integralmente utilizzando solo gli strumenti dell'economia politica o quelli della sociologia, per come non potrebbe essere illustrata solo utilizzando la comparazione giuridica. Ciascuno di questi metodi lascerebbe una zona d'ombra, la quale non potrebbe essere rischiarata dagli altri.

Al fondo di ogni forma di collettivismo agrario vi è un elemento proprio, che si coglie solo nello specifico di quella singola esperienza la quale, per questo, non è mai comparabile con altre. All'interprete, la realtà non chiede solo acribia nel mettere in fila dei dati, ma la sensibilità necessaria per coglierli, poiché quelli veramente utili potrebbero essere anche i meno percettibili.

Questa impostazione è palesata fin dall'inizio, con la dedica a Giangastone Bolla e a Salvatore Romano.

Le dediche di Paolo Grossi non furono mai casuali, e questa meno delle altre, poiché metteva insieme due personalità diversissime, nelle quali si figurava il contrasto tra prospettive su cui il libro si fondava. Nel ricordo di Grossi, Bolla rappresentava il giurista nella sua necessaria dimensione di antropologo sociale, di accurato ricognitore delle forme giuridiche del diritto agrario nella loro

inscindibilità culturale, alieno a qualsiasi formalizzazione ⁽³⁾. In questo senso, Bolla si identificava con la legge da lui costruita tecnicamente, la c.d. prima Legge sulla Montagna, il cui art. 34 dispone, con norma ancora vigente, la rinuncia del legislatore a entrare nel perimetro delle consuetudini — scritte o meno — che hanno disciplinato molti territori nella proprietà di gruppi familiari ⁽⁴⁾. Un brusco cambio di prospettiva rispetto a due secoli di ingerenza dello Stato, che aveva costantemente visto la necessità di una bonifica giuridica di quei territori, soggetti ai più diversi regimi consuetudinari, come premessa per la loro bonifica fisica e il loro sviluppo economico.

Per contro, Salvatore Romano era il giurista a suo agio nella dimensione formale e ricostruttiva, che aveva consapevolmente usato gli strumenti più tecnici per riflettere sul pluralismo degli ordinamenti, ma che non era riuscito a comprendere il problema della proprietà collettiva, dinanzi al quale si era sostanzialmente arrestato ⁽⁵⁾. Questo era l'altro punto: mostrare che la proprietà collettiva era perfettamente rappresentabile nelle categorie civilistiche, una volta che si fosse abbandonata una prospettiva monista, che al diritto civile avrebbe dovuto essere estranea.

Il problema su cui l'opera del 1977 si centrava era, difatti, estremamente specifico: l'autolegittimazione culturale della proprietà individuale, presa a fondamento etico del ruolo che essa assunse nei Codici ottocenteschi. In questo, il volume poteva essere considerato una naturale prosecuzione di *Locatio ad longum tempus*,

⁽³⁾ Grossi traccia un profilo di Bolla in *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana (1859-1950)*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 216 e ss. Si veda anche il giudizio su Bolla in *I domini collettivi come realtà complessa nei rapporti con il diritto statale, in I demani civici e le proprietà collettive. Un diverso modo di possedere. Un diverso modo di gestire*, Padova, Cedam, 1998, p. 19.

⁽⁴⁾ L. 25 luglio 1952, n. 991 (Provvedimenti in favore dei territori montani), art. 34: « Nessuna innovazione è operata in fatto di comunioni familiari vigenti nei territori montani nell'esercizio dell'attività agro-silvo-pastorale; dette comunioni continuano a godere e ad amministrare i loro beni in conformità dei rispettivi statuti e consuetudini riconosciuti dal diritto anteriore ».

⁽⁵⁾ GROSSI, « *Un altro modo di possedere* », cit., p. 378, ove si evidenzia negativamente il tentativo di Romano di spostare « gli aspetti collettivi » sul piano dell'esercizio del diritto di proprietà, al fine di non toccare la nozione unitaria di proprietà, da lui definita integralmente sul piano dell'autonomia di poteri.

il libro scritto da Grossi a trent'anni, col quale egli aveva iniziato a ripercorrere i fili della proprietà medievale. Anche in quel caso, lo studio di un oggetto specifico — che avrebbe potuto ben essere citato come una minima diversione da un indiscutibile archetipo romano — fungeva da prisma per analizzare un mondo che poneva contraddizioni insanabili, nel confronto col diritto vigente e i suoi miti.

Una sola nota attraversava i Codici: l'individualismo possessivo. A quel principio, era seguito un mito: l'eternità della proprietà assoluta come dato di ragione. Quella monodia aveva visto nella proprietà collettiva, come in ogni altro assetto comunitario, una stortura che andava respinta. Il punto era che quel rigetto non era avvenuto sul piano politico, nel contrasto fra idee opposte sull'uso dei beni naturali, ma sul piano tecnico-giuridico, dando per presupposta la superiorità etica della proprietà individuale, rispetto a qualsiasi altra forma di proprietà ⁽⁶⁾.

Se questo era il tema, l'oggetto si individuava con facilità: l'idea giusnaturalista di proprietà come estrinsecazione della personalità umana nel mondo delle cose. Inutile, però, rimettere mano al giusnaturalismo teorico dei tempi lontani, da Locke, alla fisiocrazia, ai « legislatori filosofi dei lavori preparatori del Code civil » ⁽⁷⁾. Quel giusnaturalismo era stato un'idea difficile, che si era declinata in molte direzioni, ivi inclusa una tendenza solidarista, la quale compare spesso, peraltro, negli autori ottocenteschi che studiano davvero la proprietà collettiva. I fili di quella filosofia non portavano tutti ai Codici costruiti sulla centralità del diritto di proprietà individuale.

Il vero bersaglio era il giusnaturalismo facile dell'Ottocento, che non era più un'idea, ma la giustificazione a posteriori di un sistema che si voleva rendere eticamente indiscutibile, dimostrando l'autoevidenza dei pilastri sui quali il Codice era stato costruito,

⁽⁶⁾ « Diciamolo pure: se v'è un assetto repellente per la limpida e monodica cultura giuridica ottocentesca, questo è precisamente la proprietà collettiva nelle sue svariate forme; diciamo meglio: ogni assetto comunitario e comunistico che venisse ad inquinare il rapporto direttamente e immediatamente sovrano fra un soggetto e un bene », GROSSI, « *Un altro modo di possedere* », cit., p. 11.

⁽⁷⁾ Ivi, p. 7.

quasi a sottrarli alla disponibilità del legislatore. Il percorso argomentativo di Grossi trovava immediatamente il terreno solido sul quale dipanarsi: contrapporre l'astrattismo filosofeggiante dello storico Fustel de Coulanges, autore di storie fortunate per il grande pubblico, alle analisi circostanziate dell'economista Laveleye; l'attenzione ai dati empirici di Henry Sumner Maine alle superficialità moraleggianti degli esegeti del Codice.

La storia ufficiale della proprietà si rivelava, a quest'analisi, nulla più che un centone di frasi apodittiche, priva com'era di dati e di riscontri, costruita artificialmente per difendere l'idea che, senza proprietà privata, nessuna società avrebbe potuto vivere.

Eppure, una platea di studiosi, noti e meno noti, non appena aveva raccolto e maneggiato dati concreti, aveva anche rapidamente smentito quell'idea. L'ingegnere Le Play aveva ritrovato ovunque esempi di proprietari-lavoratori di terre comuni. Lo storico Belot aveva analizzato senza pregiudizi la vicenda dell'isola di Nantucket, acquistata nel 1671 da ventisette coloni come proprietà privata e da quel momento governata da un sistema proprietario da loro stessi creato, centrato su una comunione indivisibile della maggior parte del territorio. E gli esempi si moltiplicavano.

La sicumera di Fustel poteva bastare solo a chi volesse essere rassicurato nelle proprie certezze, ma, appena ci si addentrava nelle bibliografie, si trovavano i saggi di storici più provveduti e molto meno conosciuti, come Viollet, Thévenin, Glasson, i quali mostravano la complessità del mondo agrario medievale e, con essa, le tante forme di un collettivismo che sarebbe durato per secoli. La differenza tra questi intellettuali e Fustel de Coulanges era nel possesso delle « lenti addizionali » della formazione giuridica, che a Fustel sarebbero state inutili, perché avrebbero rivelato immediatamente quella realtà di cui egli non voleva neppure discutere.

3. *Proprietà e statuti proprietari. Distanze civilistiche.*

La pervasività dell'ideologia liberale non poteva, però, far tacere la voce dell'esperienza. Poteva deriderla, certo, ma questa sarebbe riemersa appena la si fosse voluta cercare. Così aveva fatto Carlo Cattaneo, che, esaminando la realtà dei diritti di proprietà del Piano di Magadino, nel Canton Ticino, con la neutralità dello

studioso, descrisse « un altro modo di possedere, un'altra legislazione, un altro ordine sociale che, inosservato, discese da remotissimi secoli sino a noi ».

Paolo Grossi avrebbe poi dovuto ricordare, in molte occasioni, che il titolo del suo libro del 1977 era tratto da Cattaneo. « *Un altro modo di possedere* » aderiva ormai alla sua persona di studioso, ed era diventato parte di molte vicende, assai diverse tra loro.

Innanzitutto, parte di una nuova riflessione sulle forme giuridiche di appartenenza. Il libro uscì nel pieno di una stagione, forse irripetibile, in cui il problema della proprietà tornò al centro del dibattito in molti modi, e per varie ragioni.

La dottrina italiana avvertiva la crescente insufficienza della nozione di proprietà del Codice civile, dinanzi al moltiplicarsi di regimi differenziati di proprietà, creati sia dal legislatore che dalla giurisprudenza. Il primo ricorreva a una sempre più invasiva conformazione dei poteri proprietari, subordinando quelli di maggiore rilievo economico a licenze e autorizzazioni pubbliche. La seconda moderava costantemente l'assolutezza dei poteri proprietari nel bilanciamento con altri interessi socialmente rilevanti.

A tutto ciò si aggiungeva il crescente peso dell'intervento statale nell'economia, che conduceva rapidamente a una concezione della proprietà dei mezzi di produzione diversa da quella dei beni di consumo, o le nascenti tematiche ambientali, che sembravano, all'epoca, poter trovare risposta con l'applicazione di tipiche tecniche proprietarie, come la disciplina dei rapporti di vicinato.

In questo dibattito, tuttavia, il percorso di Grossi non si inseriva senza attriti.

La tesi dominante, nella civilistica dell'epoca, era che si doversero individuare nuovi statuti proprietari da un unico paradigma, quello del Codice, il quale, se certo aveva necessità di una nuova ricostruzione fuori da impronte pandettistiche, non era comunque rinunciabile. Quel modello unitario non era una costruzione artificiale del giurista, ma la rappresentazione di una dinamica complessiva degli ordinamenti moderni, senza la quale si sarebbe perso un fondamentale strumento analitico delle varie discipline positive.

La storia moderna della proprietà coincideva con l'applicazione di un unico schema a nuovi interessi sociali. La diversa percezione di quegli interessi, all'interno di un diverso assetto

costituzionale, avrebbe dovuto agevolmente portare alla costruzione di un « retroterra non proprietario », un'area in cui il ricorso alla tutela reale sarebbe stato semplicemente non configurabile, non all'individuazione di forme collettive di proprietà ⁽⁸⁾. In altri termini, proprietà significava non solo assolutezza e esclusività di poteri sulla cosa, ma anche trasferibilità degli stessi: le « vesti antiche della proprietà collettiva » si identificavano, per contro, nella perpetuità, indivisibilità e inalienabilità del bene, e non potevano costituire un modello per una nuova modernità ⁽⁹⁾.

Il filo conduttore di « Un altro modo di possedere » andava in altra direzione: la proprietà del Codice, che si replicava eguale sia per quella in mano privata, che per quella in mano pubblica, era appunto un regime positivo e disponibile da parte del legislatore.

Uno statuto proprietario, per usare il lessico della civilistica, non un paradigma irrinunciabile. Quel modello era stato scelto per rendere egemoni taluni interessi sociali sopra altri, i quali vennero istantaneamente privati di quella tutela giuridica che pure avevano avuto negli ordinamenti premoderni. Nella visione di Grossi, una diversa percezione di quegli interessi sociali avrebbe ben potuto tradursi in un modello proprietario diverso da quello del Codice, il quale restava una costruzione arbitraria, figlia del monismo legislativo. La resilienza delle varie proprietà collettive era la dimostrazione che un diritto proveniente dal basso aveva trovato risposte diverse e più aderenti alla natura dei singoli territori.

Era stato questo, del resto, il senso complessivo di quanto accaduto dopo l'Unità d'Italia, la « vicenda italiana » cui è dedicata la seconda parte dell'opera. Una dottrina giuridica pesantemente influenzata dal dogma romanistico della proprietà assoluta faticava a comprendere le forme collettive presenti nella realtà. Incompatibili col mito romano, le forme consuetudinarie di collettivismo agrario venivano viste dal legislatore come il segno di quella arretratezza economica e culturale che andava spazzata via al più presto, per fare della nuova nazione un soggetto che potesse sedere a pieno titolo nel concerto europeo.

⁽⁸⁾ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà e sui beni comuni*, Bologna, il Mulino, 2013, p. 57.

⁽⁹⁾ Ivi, p. 62.

Il disegno liquidatore aveva dovuto però fare i conti con la realtà, e questa era stata meno prona alle grandi astrazioni, come aveva dimostrato il contrasto tra governo e Camera dei Deputati, durato ben tre anni, circa la legge sulla liquidazione dei diritti collettivi nelle provincie già appartenute ai « domini pontifici ». In quella sede, la complessità storica dei diritti di pascolo e seminativo su terre formalmente intestate a singoli individui era stata restituita da chi li conosceva per esperienza personale e curiosità scientifica — il deputato marchigiano Giovanni Zucconi, avvocato e proprietario terriero — e non aveva potuto essere sommersa dai principi romanistici.

Il braccio di ferro tra governo e parlamento aveva anche potuto risolversi in favore del primo, pure il secondo era riuscito a mantenere, nella legge che ne era risultata, due punti importanti: a definire le controversie circa l'estensione dei diritti sarebbe stata un'istanza giurisdizionale, la Giunta d'arbitri, e questa avrebbe potuto assegnare le terre alla generalità degli utenti, con l'onere di pagare un canone all'intestatario. Su questo punto si sarebbe poi innestata l'opera del deputato laziale Tommaso Tittoni, — esperto di economia e geografia, meno interessato alla ricostruzione delle consuetudini, ma più al progresso sociale delle popolazioni rurali — che nel 1894 fu relatore della legge che istituiva delle persone giuridiche, le Università agrarie, per la gestione delle terre assegnate alle collettività di utenti dalla legge del 1888.

La « vicenda italiana » dimostrava, così, che appena si fossero aperte le porte al pluralismo degli ordinamenti giuridici, l'« altro modo di possedere » avrebbe mostrato immediatamente la sua vitalità, incompatibile con l'individualismo possessivo.

4. *Una distanza incolmabile: comunità proprietarie e demani aperti.*

E ciò accadde. « *Un altro modo di possedere* » trasse la proprietà collettiva dal ripostiglio imbarazzante del diritto civile e innescò una nuova consapevolezza nelle tante realtà concrete che erano sopravvissute agli intenti liquidatori del legislatore, poiché mostrava loro di non essere né fragili, né provvisorie. Il senso della storia giuridica si rivelava appieno: non sapere neutro, votato a una

sterile erudizione, ma disciplina che scavava in una cultura profonda, la annichiliva nelle sue contraddizioni, e mostrava il difetto di legittimazione di una costruzione del diritto vigente ⁽¹⁰⁾.

Il tutto generò un turbinio di convegni e giornate di studio ma, più ancora, una costante opera di rivendica della propria autonomia da parte delle proprietà collettive, e la ricerca di una sanzione legislativa per la loro indissolubilità, che sarebbe definitivamente arrivata con la l. 20 novembre 2017 n. 168, di cui accennerò alla fine.

Il libro del 1977 non parlava, però, né di tutte, né a tutte le proprietà collettive. Le situazioni sulle quali Grossi concentrava la propria attenzione erano, essenzialmente, due: le comunioni familiari montane, tipiche dell'Arco alpino, e le comunioni rurali del Centro Italia. Nel primo caso, la collettività usa di un territorio secondo un insieme strutturato di antiche consuetudini, che assegnano a ciascuna famiglia una certa quantità della risorsa di continua riproduzione — la legna caduca per cucinare e riscaldarsi, le ghiande per mangime degli animali, e così via — e stabiliscono in modo ferreo, perché condiviso, il taglio delle piante o il regime delle acque. Nel secondo caso, una classe di lavoratori, eredi di coloro i quali avevano sempre trovato il proprio sostentamento nel diritto reale di coltivare terreni altrui — il dominio utile, su cui Grossi edificò tanta parte del suo percorso di storico del diritto — diventavano pieni proprietari di vasti territori, col vincolo dell'indivisibilità del compendio.

Situazioni diversissime — per qualità dei terreni, area geografica e culturale, intensità dei poteri proprietari — eppure accomunate da un dato fondamentale: era stata la cosa e la sua natura a costruire la comunità, non il contrario.

⁽¹⁰⁾ Il paragone più immediato è con una vicenda lontana, ma affine in alcuni tratti: l'uso politico dell'archeologia, nel Sudafrica al tempo dell'apartheid. La storia ufficiale voleva che Boeri e Zulu avessero popolato l'estrema punta del continente africano nello stesso periodo e che i Boeri, di superiore civiltà, avessero, per questo, maggior titolo su quelle terre. Per servire questa premessa, in sé inaccettabile, i musei del Sudafrica tenevano strettamente occultati dei manufatti bronzei che mostravano, con palese evidenza, che non solo gli Zulu avevano popolato quel territorio molti secoli prima degli europei, ma possedevano tecniche complesse, come la metallurgia. A. NGCOBO, *The Politics of Representation in South African Museums*, in « ICOFOM Study series », 46 (2018), p. 147.

Era stato il bosco di alta montagna a generare le consuetudini, che gli uomini avevano sempre rispettato e che impedivano ai singoli di pensarsi fuori dalla comunità. Quelle consuetudini non basavano la loro effettività sulla sanzione, come le leggi dei moderni: costituivano un sapere ancestrale, che insegnava a ogni generazione la necessità di diradare gli arbusti in una certa stagione, di raccogliere lo strame in certi luoghi e lasciarlo in altri, di vedere in un albero secolare un essere intoccabile.

Ed era stata la natura stessa di altri territori a rendere inconcepibile qualsiasi loro uso che non fosse in comune. Terreni che dovevano essere continuamente drenati col lavoro congiunto di centinaia di persone le quali, per questo, ben se ne erano dette proprietarie comuni, per secoli. Terreni che divenivano coltivabili a condizione che, per una parte dell'anno, venissero dedicati al pascolo brado dei bovini, e così in comunione inscindibile tra pastori e coltivatori.

Esempi perfetti di un comunitarismo agrario resiliente a qualsiasi tentativo di modernità, perché consapevole che qualsiasi cambiamento della consuetudine avrebbe importato uno squilibrio intollerabile nella natura delle cose, che si sarebbe trasmesso alla natura degli uomini che vi vivevano.

A queste proprietà Grossi aveva parlato, e queste avevano risposto, segnalando le proprie esigenze e generando la necessità di nuove sedi di dibattito. Queste nacquero nel tempo: prima, nel 1995, il Centro di Studi e documentazione sui demani civici e le proprietà collettive dell'Università di Trento, creato da Pietro Nervi; dopo, il Centro Guido Cervati dell'Università degli studi dell'Aquila, creato da Fabrizio Marinelli, cui si affiancò subito Fabrizio Politi.

Questi centri hanno promosso una lunga serie di studi e riunioni scientifiche, in cui le voci degli studiosi di ogni tipo (giuristi e economisti, ma anche storici dell'arte, biologi, antropologi) si sono costantemente intervallate a quelle dei partecipanti delle proprietà collettive, i comunisti a cui non sarebbe mai mancato il colloquio diretto con Paolo Grossi. In quelle riunioni, « *Un altro modo di possedere* » diventava un momento identitario, una frase in cui trovavano senso sia la grande proprietà collettiva del Delta del Po, riconosciuta internazionalmente come modello di gestione del ter-

ritorio, che la piccola amministrazione collettiva di pochi ettari di bosco, sconosciuta ai più⁽¹¹⁾. Entrambe avevano lo stesso problema: rapportarsi con una pubblica amministrazione che le vedeva come corpi estranei, soggetti che osavano concorrere alla regolamentazione del territorio.

Ad altre forme di proprietà collettiva, Grossi non aveva parlato. In particolare, non aveva parlato alla demanialità civica, la situazione dei terreni aperti all'uso individuale dei residenti di un dato luogo, esclusivo rispetto a soggetti estranei a quel gruppo sociale. Era, questa, la situazione prevalente nel paesaggio rurale italiano e europeo, parte integrante di quello *ius feudorum* che era stato il diritto comune della terra per secoli, e contro cui si erse prima il riformismo illuminato di fine Settecento, poi l'ascia liquidatrice della Rivoluzione, dopo ancora l'assolutismo dei sovrani restaurati.

In una parola, era stata il bersaglio principale di quella varia legislazione strumentale ai Codici civili, la quale si era incaricata di distruggere il passato, perché i Codici potessero costruire il futuro della proprietà, assumendo il *dominium* romano a unico modello possibile. Nel caso italiano, quelle leggi erano esistite per il Granducato di Toscana, come parte sostanziale delle Riforme di Pietro Leopoldo — ben più importanti dell'abolizione della pena di morte per la quale quelle riforme vengono in genere ricordate — ed erano esistite per il Meridione d'Italia sotto il dominio napoleonico.

Queste leggi avevano dato corpo al problema. Le Leggi di Riforma toscane — prodotto autentico dell'Accademia dei Georgofili, con cui Grossi ebbe una relazione mai interrotta — avevano riportato la proprietà delle terre a un soggetto che esse stesse creavano: la Comune, ente amministrativo nella responsabilità dei maggiori possidenti del luogo, i quali restavano responsabili coi loro beni del pagamento delle imposte, che i residenti dovevano appunto per l'uso di questo patrimonio. La Comune avrebbe potuto però

(11) La grande proprietà collettiva sul Delta del Po è il Consorzio degli Uomini di Massenzatica, in provincia di Ferrara, che Grossi citava spesso ad esempio di come il comunitarismo agrario potesse vivere nella contemporaneità. Il modello di gestione collettiva del Consorzio è stato insignito del Premio nazionale del Paesaggio e della menzione speciale del Premio Europeo del Paesaggio, istituito dall'UNESCO.

alienare le terre, fatto da cui seguiva, per legge, l'estinzione di ogni diritto collettivo esistente per il passato.

Quanto era potuto sembrare semplice nel piccolo e ordinato territorio granducale, era stato molto più complesso nel Regno di Napoli, dove Giuseppe Napoleone, sopprimendo la feudalità, dispose un complesso sistema di divisione delle terre in funzione della loro natura giuridica, fissata dall'ordinamento previgente. Questo si basava largamente sulla giurisprudenza dei massimi Tribunali del Regno, il Supremo Regio Consiglio e la Regia Camera della Sommaria, oltre che su Prammatiche di vari sovrani, prese in tempi diversi. In estrema sintesi, a ogni feudo la giurisprudenza riconosceva un demanio, fatto di quei beni e diritti che potevano essere trasmessi solo col titolo feudale e non erano disponibili dal feudatario senza l'assenso regio. I *cives*, coloro i quali vivevano sul feudo, avevano però il diritto a soddisfare i minimi bisogni della vita, dal pascolo minuto alla raccolta di legna. Le terre sulle quali questo diritto era esercitato erano, per questo, parimenti indisponibili, e la dottrina napoletana del Sei-Settecento aveva riservato loro un nome speculare: demanio civico.

Per Grossi questa non era una proprietà collettiva, poiché non era segno di collettivismo ⁽¹²⁾. Non era stata la natura fisica del territorio a creare la comunità, ma una sua natura giuridica, risultato del confliggere di interessi tra feudatari, sovrani e popolo minuto.

La differenza era evidente. Le comunioni familiari dell'Arco alpino e i domini collettivi delle Marche, delle Romagne, del Lazio, avevano resistito a ogni tentativo di liquidazione, poiché quei terreni sarebbero stati inutili, una volta divisi tra i partecipanti. Le popolazioni avevano avuto chiaro che la proprietà collettiva del bosco, che

⁽¹²⁾ « Che cosa diversifica queste vere proprietà collettive dal rispettabilissimo uso civico del comune di Monte Sant'Angelo? Un complesso enorme di valori. V'è fra le due situazioni un salto abissale di qualità. Là abbiamo un espediente che si colloca su un piano strettamente economico-giuridico: si vuol consentire a una certa comunità di poter utilizzare — tralasciamo se a titolo alimentare o meno — certi beni, di essere titolari di diritti reali limitati su certi beni. Con le autentiche proprietà collettive io mi trovo di fronte a tutto un assetto peculiarissimo della vita sociale, che rispecchia, a sua volta, tutta una peculiarissima concezione della vita associata e delle relazioni fra terra, comunità, singoli operatori. Ho, insomma, qui una compenetrazione tra terra e sangue come non trovo in nessuna altra istituzione del vivere associato ». GROSSI, *I domini collettivi*, cit., p. 23.

assicurava a tutti il diritto di prendere la risorsa essenziale là dove si produceva, dava loro maggiore ricchezza rispetto all'astratta possibilità che quella risorsa potesse riprodursi con regolarità in una piccola quota, assegnata a ciascuna famiglia. Quotizzare ettari e ettari di sabbia poteva aver senso nella mente astratta del legislatore, ansioso di normalizzare tutto il territorio nazionale sotto un unico modello proprietario, ma era follia per chi viveva da sempre su quel territorio, e sapeva che quelle quote sarebbero state del tutto sterili, senza la gestione tradizionale delle acque, possibile solo col mantenimento della proprietà collettiva delle terre.

I demani, al contrario, erano stati facili vittime dell'individualismo possessorio degli stessi membri delle generalità proprietarie, poiché la quotizzazione era possibile in natura, e fu condotta attraverso un percorso lungo e denso di contraddizioni. Dal 1806 di Giuseppe Napoleone alle promesse di Garibaldi del 1861, dalla legge fascista sugli « usi civici » del 1927 alla Riforma agraria del 1950, si era snodata una rivendicazione condivisibile sul piano sociale, ma che era andata in direzione opposta al comunitarismo agrario. In definitiva, una proprietà collettiva priva di una percepibile comunità e, per questo, cosa diversa e di diversa importanza ⁽¹³⁾.

5. *La resilienza del comunitarismo agrario.*

Un paradosso, se misuriamo questa sensibilità sul percorso scientifico totale di Paolo Grossi, che si era sviluppato sul medioevo giuridico e che, di questa esperienza, aveva fatto argomento per entrambe le sue opere didattiche.

Il demanio civico è quanto rimane, nella contemporaneità, della grande tessitura — ordita nell'Alto medioevo e sistematizzata nel Basso, grazie all'opera incessante dei giuristi di diritto comune — della proprietà plurale, un tema che Grossi non abbandonò mai. I domini collettivi — il termine coniato dalla Legge Tittoni, con cui

⁽¹³⁾ L'intera vicenda demaniale del Meridione viene riassunta da Grossi come « una letteratura enorme e caotica, e soprattutto di variissimo valore », in cui spiccavano solo i contributi di G. CASSANDRO, *Storia delle terre comuni e degli usi civici nell'Italia meridionale*, Bari, 1943 e R. TRIFONE, *Feudi e demani. Eversione della feudalità nelle provincie napoletane*, Milano, 1909. « *Un altro modo di possedere* », cit., p. 192 nota 6.

convenzionalmente si identificano le comunioni familiari montane e le università agrarie del Centro e Nord Italia — si sono creati dopo, con statuti scritti che recepivano accordi precisi tra comunità e poteri dominanti ⁽¹⁴⁾. In questo senso, esse sono realtà moderne, frutto della reazione tra l'antica trama delle proprietà e quella concentrazione di poteri che si sarebbe poi chiamata Stato e avrebbe avuto tra i suoi pilastri la proprietà piena e assoluta dei Codici civili.

Ma il punto era proprio questo: non si trattava di difendere le ragioni della proprietà plurale contro la proprietà assoluta, quasi si trattasse di una competizione fra modelli astratti, ma il pluralismo giuridico, come valore e come esperienza.

Non tutte le forme proprietarie medievali potevano trovare senso nel moderno, ed era inevitabile che esse fossero scomparse, dinanzi all'avanzare di un'antropologia individualista, che aveva creato le sue forme giuridiche concorrenti. Su questo aspetto, la critica di Grossi si esercitava sul profilo specifico cui abbiamo fatto cenno prima: demitizzare il facile pensiero di una proprietà assoluta di stampo romanistico che avrebbe atteso sotto secoli di scoria medievale di essere liberata dal Codice civile e dalla sua esegesi.

Per smentire quel facile pensiero non occorre certo addentrarsi nei meandri del concreto: bastava leggere (e non solo citare) i testi assunti dall'esegesi ottocentesca a numi di un diritto razionale, che aveva preso veste imperativa nel Codice. Bastava leggere Pothier che, ancora nel Settecento inoltrato, e a poche decadi dalla Rivoluzione, non poteva, nella sua sensibilità di giurista, esimersi dal registrare tutte le differenze tra la linearità del *dominium* romano e la multiformità delle relazioni proprietarie presenti nel paesaggio rurale della Francia del suo tempo ⁽¹⁵⁾. Quella rete di proprietà non avrebbe mai potuto essere superata solo dalla scienza giuridica, senza una brusca soluzione di continuità sul piano politico e sociale.

In questa prospettiva, il demanio civico meridionale non era diverso dalla proprietà livellaria, dalle colonie perpetue, dalle servitù

⁽¹⁴⁾ Una nuova tassonomia di queste proprietà collettive è stata di recente proposta da V. CERULLI IRELLI, *Apprendere 'per laudo'. Saggio sulla proprietà collettiva*, in « Quaderni fiorentini », 45 (2016), p. 295 e ss.

⁽¹⁵⁾ P. GROSSI, *Un paradiso per Pothier*, ora in ID., *Il dominio e le cose*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 385.

collettive di pascolo o semina, o ancora dalla Marke tedesca studiata da Friedrich Engels. Tutte erano forme di proprietà medievali, che si erano estinte quando la volontà del legislatore aveva interpretato il consenso sociale verso un'istanza di modernità. In altri termini, quando gli stessi proprietari avevano cercato e ottenuto un diverso equilibrio di poteri: un dato che poteva anche essere criticato sul piano dei valori, ma non poteva essere smentito sul piano del diritto.

Nel caso dei domini collettivi, all'opposto, non era mai esistito un consenso dei proprietari al loro smantellamento. Questo venne imposto da legislatori e giuristi per l'affermazione della proprietà assoluta come principio, e dell'assolutismo giuridico come unico valore possibile. Qui occorre addentrarsi nel concreto, perché gli argomenti tentati per la soppressione di quelle realtà di coriacea resilienza erano stati i più svariati. Un esempio, spesso usato da Grossi, era quello della controversia amministrativa intentata, a fine Ottocento, dal Comune di Medicina contro la locale Partecipanza.

Le Partecipanze sono una forma tipica di proprietà collettiva, presente soprattutto in Emilia, ma con qualche manifestazione anche nel Veneto meridionale. I terreni sono in proprietà collettiva di una serie di famiglie, divisi in lotti secondo un'antica centuriazione. Ciascuno viene assegnato per sorteggio, in genere ogni diciannove anni, a una famiglia, che avrà il diritto di coltivarlo e il dovere di migliorarlo per quel lungo periodo. Trascorso il turno, i terreni vengono nuovamente sorteggiati, in modo che essi rimangano alla collettività, assicurando ai singoli nuclei familiari solo l'uso.

Il Comune di Medicina chiese al Ministero dell'Interno e a quello di Grazia e Giustizia lo scioglimento della Partecipanza e la retrocessione dei terreni alla proprietà pubblica, col malcelato intento di metterli in vendita. Si fece difendere da Oreste Regnoli, ordinario di diritto civile all'Università di Bologna. L'argomento di Regnoli è la contrarietà della proprietà collettiva all'ordine pubblico: la partecipanza è un'« anomalia » che turba l'ordine economico, poiché « sottrae all'utile commercio vasti territori ». Una « specie di manomorta » che, come tutte le altre, « è perturbatrice dell'ordine morale e della pubblica tranquillità ». Lo scandalo delle Partecipanze passa immediatamente dall'inalienabilità dei terreni alla mo-

ralità delle famiglie per un motivo fondamentale: esse sono incompatibili « col diritto pubblico vigente »⁽¹⁶⁾.

Questo era il problema: definire il tema della proprietà collettiva tutto nel perimetro del diritto pubblico significava dare libero sfogo alla pretesa statuale di appiattare ogni manifestazione di autonomia che venisse « dal basso », di combattere ogni ordinamento consuetudinario solo perché tale, anche quando dimostrava, in concreto, di avere consenso o, quantomeno, di non disturbare nessuno.

La critica che Grossi faceva alla legge fascista del 1927, tutt'ora vigente, muoveva appunto da questa pretesa di uniformare realtà diverse. La legge, alla cui redazione avevano collaborato due storici del diritto, Carlo Calisse e Romualdo Trifone, aveva essenzialmente lo scopo di quotizzare quanto restava — e non era poco — dei demani meridionali, usando lo schema già introdotto dalla legge Zucconi.

In sintesi, i terreni privati, ancora gravati dagli usi di pascere e legnare delle popolazioni sarebbero stati affrancati da tali « promiscuità di diritti » con l'assegnazione di una parte delle terre al Comune, come ente amministrativo. L'estensione della quota sarebbe stata calcolata sul valore economico dei diritti collettivi da liquidare e poteva andare, a seconda dei casi, dalla metà ai due terzi del fondo. Fatta l'assegnazione, le terre sarebbero state quotizzate fra le famiglie meno abbienti del Comune e a queste attribuite in enfiteusi, se capaci di coltura. Se capaci solo di bosco o pascolo, sarebbero rimaste nella proprietà indisponibile del Comune, e aperte a tutti gli abitanti per l'esercizio del pascolo o della raccolta di legna, a meno che il Comune non trovasse più conveniente venderle, cosa che doveva essere autorizzata dal Ministero dell'Economia nazionale.

La legge non funzionò mai secondo la sua lettera, ampiamente ispirata dai concetti della demanialistica napoletana d'Antico Regime e dalle leggi del Decennio napoleonico. Essa aveva sottovalutato il problema del latifondo meridionale, immaginando che i diritti promiscui riguardassero solo una porzione minima di territorio,

⁽¹⁶⁾ La vicenda venne ripercorsa da Grossi in più di un saggio. Cfr. *Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, ora in Id., *Il dominio e le cose*, cit., p. 700.

fatto di terre marginalissime, che una schiera di contadini operosi, sapientemente irreggimentati dalle istituzioni del corporativismo, avrebbe salvato dalla malaria solo col proprio lavoro, animati dalla certezza che questo avrebbe presto generato migliorie tali da poter far loro affrancare il canone enfiteutico e diventare pieni proprietari della loro quota.

La risoluzione delle controversie in sede giurisdizionale — anch'essa recuperata dalla legislazione del Decennio napoleonico — mostrò rapidamente come il problema fosse molto più vasto e che la liquidazione invertita avrebbe inciso profondamente sulla tenuta delle grandi proprietà terriere, cui certo il regime non voleva nuocere. Si moltiplicarono le rivendicazioni dinanzi al giudice speciale istituito dalla legge del 1927, il Commissario per la Liquidazione degli Usi civici, e così i contenziosi, facendo naufragare l'illusione che quella legge potesse restare in vigore per i pochi anni necessari alla sua completa attuazione.

La fase giurisdizionale ebbe, poi, un effetto ancora più dirompente: condusse il problema al Nord.

La legge istituiva un Commissario per ogni regione, e fu così che quei giudici, nel concreto delle singole controversie che essi erano chiamati a decidere, scoprirono facilmente che i demani erano esistiti e esistevano anche in Piemonte o in Lombardia, erano frequentissimi nelle « terre redente », figuravano con assoluta evidenza sulla mappa della Liguria e della Valle d'Aosta. Solo, non erano stati mai chiamati così.

In questo modo, la legge del 1927 costituiva un pericolo esiziale per il vero comunitarismo agrario.

Opera frettolosa e continuamente rimaneggiata prima di divenire legge, il « riordino degli usi civici del Regno » aveva considerato queste realtà alla stregua di qualsiasi demanio. I consorti proprietari di patrimoni montani, i partecipanti emiliani, i proprietari comuni riuniti nelle tante Università agrarie costituite sotto l'egida della legge Tittoni: tutti *cives* che, secondo la legge del 1927, avrebbero dovuto cedere il loro diritto alla mano pubblica, perché questa disponesse delle loro terre secondo i piani economici dei Ministeri.

Qui si esercitava la critica di Grossi, eguale a quella di altri storici del diritto che, da una generazione precedente, avevano osservato il fenomeno: la legge del 1927 non era da condannare

perché liquidatrice, ma perché uniformemente liquidatrice (17). La legge disponeva un regime unico per tutto il territorio nazionale, che si trovava quindi costretto in una condizione giuridica artificiale, costruita in continuità con una sola tradizione dottrinale, trapiantata a forza al settentrione. Si ottenne così una mostruosità, che produsse due guasti fondamentali: riportò agli « usi civici » situazioni estremamente diverse tra loro e, soprattutto, ricondusse tutta la materia al diritto pubblico (18).

L'esempio migliore: una sentenza del 1947, emessa dal Commissario per la Liquidazione degli Usi civici per le Province di Trento, Bolzano e Belluno in una causa tra il Comune di Cortina e le Regole ampezzane, secolare proprietà collettiva di boschi e pascoli tra i consorti discendenti di antiche famiglie originarie. La sentenza concludeva che le Regole dovevano essere considerate persone giuridiche pubbliche e, come tali, avrebbero dovuto adeguarsi ai piani di riordinamento previsti dalla legge del 1927, perché questa disciplinava allo stesso modo tutte le forme anomale di promiscuo godimento. Le differenze tra le singole esperienze di proprietà collettiva era materia da storici, ma i giudici dovevano applicare solo la legge, e in questa non vi era nessun regime particolare per le comunità dei consorti coeredi.

Questa vicenda poteva agevolmente fungere da metafora, anche perché i suoi protagonisti non erano persone qualsiasi. Il Commissario in questione era Giovanni Raffaglio, magistrato di

(17) Per avventura della sorte, si tratta degli altri due storici del diritto che, prima di Grossi, furono chiamati a integrare l'ufficio di giudice costituzionale. Il primo è il già citato Cassandro, nella sua opera del 1943 sugli usi civici nel meridione. L'altro fu Guido Astuti, in una serie di interventi, il più organico dei quali è *Aspetti e problemi del riordinamento degli usi civici in Italia*, in « Rivista di diritto agrario », 33 (1954), p. 34. Fra le posizioni di Astuti e Grossi non vi è piena identità: Astuti criticava la legge del 1927 per non aver liquidato direttamente gli usi civici non più in esercizio.

(18) La scelta di seguire la legislazione meridionale era funzionale a questo scopo, atteso che la materia demaniale, parte di quella feudale, era considerata materia di diritto pubblico. Cfr. GROSSI, « *Un altro modo di possedere* », cit., p. 235 n. 114. Su questo punto, Grossi era in fondamentale disaccordo con il giurista che, più di tutti, si era dedicato alla materia, prima e dopo il secondo conflitto mondiale, Guido Cervati, per come lo stesso Grossi velatamente ricorda nella sua relazione introduttiva al Convegno del 2004 del Centro aquilano, intitolato allo stesso Cervati, e poi pubblicata col titolo *Gli assetti collettivi nella riflessione di Guido Cervati*, in « Archivio Scialoja-Bolla », 2005, p. 1 e ss.

lungo corso e, soprattutto, autore del volume più diffuso in materia, un compendio che ebbe la prima edizione nel 1905, riferita solo al Meridione, in cui la quotizzazione dei demani sarebbe dovuta continuare, gestita dai Prefetti, cui la l. n. 2248/65 affidava le competenze dei Commissari ripartitori istituiti dalla Legge di Amministrazione civile napoletana del 1816. L'opera conobbe una terza edizione nel 1939, ampiamente rimaneggiata per comprendere la legge del 1927, vista come estrema continuità della concezione pubblicistica della proprietà collettiva ⁽¹⁹⁾. L'avvocato delle Regole era, di nuovo, Giangastone Bolla, il quale insisteva, con dovizia di riferimenti, per una natura privata delle proprietà tra consorti coeredi, allo scopo di sottrarre queste esperienze alla liquidazione. Per Grossi, entrambe queste tesi erano erronee: le Regole erano figlie di un'esperienza prestatuale, e a esse non poteva essere applicata la rigida dicotomia pubblico-privato. Erano altro: schiacciarle in una categoria o nell'altra significava comunque distruggerle.

6. *Un nuovo pluralismo.*

Quarant'anni dopo « Un altro modo di possedere », il legislatore ha fatto proprio questo insegnamento, con una legge che molti ebbero immediatamente a soprannominare « legge Grossi », suscitando più di un'amichevole protesta nel diretto interessato.

La legge, per vero, utilizza due nuclei concettuali fondamentali dell'apparato grossiano: la proprietà collettiva come ordinamento primario di un dato territorio e la sua anteriorità rispetto all'organizzazione statale. I domini collettivi sono, difatti, riconosciuti come soggetti dotati di « autonormazione » e « autoamministrazione », due categorie in cui si tenta di tradurre quella sintesi tra pubblico e privato che li caratterizza, in quanto forme giuridiche preesistenti allo « Stato italiano ».

Già in queste locuzioni faticose si rappresenta, però, la difficoltà di rendere il senso del pluralismo degli ordinamenti in una legge dello Stato. Più ancora, questa difficoltà si rende evidente nella definizione di « domino collettivo », che viene riempita di contenuto

⁽¹⁹⁾ G. RAFFAGLIO, *Diritti promiscui. Demani comunali. Usi civici*, Milano, Società editrice libraria, 1939³.

da una serie di ipotesi, tratte dalla legge del 1927 e da quelle precedenti, tra le quali figurano anche le tipiche forme del demanio civico: le terre di originaria proprietà delle generalità della popolazione di un Comune o di una frazione; le terre pervenute ai comuni a seguito delle liquidazioni operate con la legge del 1927, quelle di uso civico ancora da liquidare. Di più: a seguire la lettera del testo, ogni dominio collettivo — Regole e Partecipanze incluse — ha oggi un demanio civico, termine che la legge riserva al patrimonio di una qualsiasi forma di proprietà collettiva, che deve sempre e comunque trovare un soggetto gestore. Laddove non ne esista uno creato dalla consuetudine particolare, il soggetto esponenziale sarà il Comune, come rappresentante legale della comunità dei legittimati.

In questi termini, la l. n. 168/2017 percorre la strada inversa rispetto alla legge di novant'anni prima, che pure non abroga: se quella aveva esteso i concetti della dottrina meridionale, guardando a ogni forma collettiva come a una comunione senza proprietari, questa assolutizza i principi della legge Tittoni del 1894, imponendo un soggetto esponenziale anche alle terre che non lo hanno mai avuto.

Grossi vide, in ciò, un problema, ma non un grande problema. Non pesava, in questo giudizio, solo il timore che una sua critica alla legge sminuisse una conquista importante, che certificava la proprietà collettiva come un ordinamento proprietario indisponibile da parte dello Stato e pure lontano dal paradigma della proprietà privata.

Pesavano i lunghi e attentissimi silenzi.

Pesavano quarant'anni di colloquio incessante, in cui i suoi convincimenti di giurista e storico, sviluppati dalla lettura di saggi e articoli che parlavano ancora di una radicata civiltà contadina, si erano dovuti misurare con una realtà profondamente mutata, che i comunisti riportavano con esattezza e puntualità. L'agricoltura era divenuta industria, concentrandosi su superfici minori, coltivate più intensamente; le campagne si erano spopolate, vittime dell'industrializzazione, e i comuni avevano fatto a gara per lottizzare e rendere edificabile quanta più terra possibile, in spregio a ogni buon senso; i boschi di mezza montagna, venduti alla fine dell'Ottocento per produrre carbone e piccoli utensili, erano divenuti inutili a ogni sfruttamento capitalistico e, sostanzialmente rinunciati dai proprietari, versavano nel completo abbandono.

Di fronte alla terra che diventava un ostacolo, quel diritto pubblico tanto idolatrato dall'Ottocento era divenuto assai più pervasivo, ma tanto più insignificante. La mano pubblica — moltiplicatasi con la riforma del titolo V della Costituzione — era stata certo capace di inventare vincoli paesaggistici e creare uffici per implementarli, ma il deterioramento del territorio proseguiva inesorabile. Sotto l'elefantiasi regolatrice di Stato e Regioni, ammantata di continui neologismi burocratici, si poteva intravedere, però, la debole luce di una nuova autoconsapevolezza dei territori marginali, che trovava tutela negli usi civici — la proprietà collettiva senza soggetto collettivo — e, soprattutto, nuova partecipazione sociale. Di fronte a questa evidenza, che veniva dal basso come le più antiche forme del collettivismo agrario, ragionare sui principi era inutile, e forse dannoso.

Ecco, dunque, la proposta di una nuova definizione, quella di « assetti fondiari collettivi », avanzata già nel 2012 in una conferenza all'Accademia dei Georgofili, e oggi generalmente accettata in molti ambiti di ricerca. Contenitore anodino, se misurato con il rigido lessico del civilista, ma, proprio per questo, il solo in grado di rivelare la caratteristica fondamentale dei diritti collettivi sulla terra, quella caratteristica che Grossi aveva sempre segnalato analizzando l'orditura della proprietà medievale: la strutturale atipicità.

Quarant'anni di lunghi e attentissimi silenzi avevano rinsaldato, in lui, l'analisi delle proprietà collettive moderne con lo studio delle proprietà medievali: anche la proprietà collettiva sarebbe stata in grado di ricrearsi continuamente nelle situazioni più diverse, e il più piccolo residuo di demanio civico avrebbe potuto riconoscersi, in un tempo diverso, come una nuova comunità che, pur fondata da altri valori, avrebbe tutelato lo stesso territorio.

Occorreva solo che l'ordinamento statuale non si intromettesse. Questo obiettivo era centrato appieno dalla legge del 2017, e tanto bastava: il pluralismo avrebbe fatto il resto.

Un 'secolo lungo': il Novecento giuridico

ALBERTO SPINOSA

IL NOVECENTO DEI PRINCIPI

«L'affidamento ai principii è l'insegna del nostro tempo».

Paolo Grossi (2017)

1. I principi come 'tema rivelatore'. — 2. I guardiani della continuità: il ruolo dei principi nell'orizzonte giuridico ottocentesco. — 3. La novità del Novecento: dai principi 'generalisti' ai principi 'informativi'. Indicazioni per un futuro programma di ricerca.

1. *I principi come 'tema rivelatore'.*

Il passaggio di testimone dalla *legge* ai *principi* segna per Grossi una delle principali linee di tendenza e insieme una delle più importanti chiavi di decodifica di quel lungo periodo di transizione che è il Novecento giuridico ⁽¹⁾. Se la modernità aveva puntato tutto sulla rigidità e l'astrattezza della 'norma', per il mondo giuridico « pos-moderno » si rivela al contrario sempre più congeniale affidarsi alle prestazioni di uno strumento più duttile ed elastico, maggiormente capace di corrispondere alla crescente complessità

⁽¹⁾ Dei numerosi interventi dedicati da Grossi al tema dei principi, cfr. in particolare P. GROSSI, *Sulla odierna incertezza del diritto* (2014), in ID., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015, pp. 51-95 e ID., *Sul diritto europeo come diritto giurisprudenziale* (2013); *Dalle 'clausole' ai 'principii': a proposito della interpretazione nel tempo pos-moderno* (2017); *Storicità versus prevedibilità: sui caratteri di un diritto pos-moderno* (2018), ora tutti in ID., *Oltre la legalità*, Roma-Bari, Laterza, 2020, rispettivamente pp. 37-62, 63-77 e 79-98. Sul Novecento come tempo della transizione 'pos-moderna' — ormai un imprescindibile strumento interpretativo per l'odierno storico del diritto —, basti qui rinviare a P. GROSSI, *La legalità costituzionale nella storia della legalità moderna e pos-moderna* (2008) in ID., *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, pp. 3-18 e ID., *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

della società contemporanea, lo strumento appunto dei ‘principi’. Questo il messaggio che emerge potente dall’esperienza costituzionale novecentesca e dal cuore del laboratorio giuridico europeo: «oltre le norme valgono i principii» (2). Il passaggio non va sottovalutato. Non si tratta infatti per Grossi di un avvicendamento congiunturale tra fonti giuridiche di rango differente ma di identica struttura e funzione, bensì del segno di un cambiamento ‘epocale’ che impone nuove orientazioni teoriche e che implica una vera e propria «inversione di valori» (3) rispetto al passato. I vizi si trasformano in virtù e, specularmente, le virtù in vizi. All’ideale illuministico e giuspositivistico di certezza e prevedibilità — l’altare sul quale la modernità aveva sacrificato di buon grado l’assetto pluralistico di antico regime — fa riscontro la convinzione che nel quadro di un’accentuata «fattualità» del diritto contemporaneo (4) la congenita indeterminatezza e plasticità dei principi dischiuda potenzialità regolatorie ben superiori a quelle che può offrire la più definita e granitica legge.

Ma cosa sono di preciso i principi? Sono norme (una speciale categoria di norme) o semplici direttive etico-politiche? E ammesso il loro carattere giuridico/normativo, cosa distingue ad esempio un principio da una ‘regola’? E ancora: il ricorso argomentativo ai principi ha una sua specifica autonomia, oppure, se non si identifica *tout court* con il procedimento analogico, può essere liquidato come uno «schema vuoto» (5) in quanto utile a servire le operazioni ideologiche più disparate (con l’aggravante — nel caso dei c.d. principi ‘generalì’ — della copertura formale della legge)? Grossi si tiene intenzionalmente a distanza di sicurezza da molte delle domande che hanno animato il dibattito teorico-giuridico degli ultimi

(2) Cfr. GROSSI, *Sul diritto europeo come diritto giurisprudenziale*, cit. p. 57.

(3) Cfr. GROSSI, *Dalle ‘clausole’ ai ‘principii’*, cit., p. 67.

(4) P. GROSSI, *Sulla odierna fattualità del diritto* (2013), in ID., *Ritorno al diritto*, cit., pp. 33-50.

(5) Cfr. G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 385, che sottolineava anche lo scarsissimo impiego nell’ambito della prassi giurisprudenziale: «Tanto che potrebbe dirsi — chiosava — che i ‘principi generali’ ed il relativo argomento, tanto apprezzati sulla carta, non sono stati nella pratica utilizzati affatto».

decenni ⁽⁶⁾, preferendo concentrare la sua attenzione su due profili tematici che solo in via mediata finiscono per dar loro una risposta: il primo attiene al rilievo ermeneutico dei principi; il secondo riguarda invece il nesso stringente tra valori, principi e diritti fondamentali.

Sotto il primo profilo, si sottolinea la corrispondenza biunivoca tra l'incremento ponderale del diritto 'per principi' e la crescente centralità del momento interpretativo nel corso del Novecento ⁽⁷⁾. Il perché è facile a comprendersi. Da un lato, lo sviluppo parallelo dei due fenomeni si lega alla peculiare indefinitezza dei principi, i quali reclamerebbero per ciò stesso un diverso e ben più incisivo trattamento ermeneutico rispetto alla legge. In questo senso sono i principi — ed in particolare i principi costituzionali — a contribuire all'ampliamento del tradizionale raggio d'azione dell'attività interpretativa nella misura in cui richiedono all'interprete, non tanto uno sforzo esplicativo/applicativo (quale in ipotesi è preteso

⁽⁶⁾ Almeno a far data dalla distinzione tra 'principi', 'regole' e 'policies' posta alla base dell'influente opera di R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, trad. it. *I diritti presi sul serio*, Bologna, il Mulino, 2010². Ovviamente il dibattito è sterminato ed eccede sia teoricamente che cronologicamente la proposta dworkiniana. Per un primo orientamento, con particolare riguardo al dibattito italiano intorno alla nozione di 'principi generali', cfr. N. BOBBIO, *Principi generali di diritto*, in « Novissimo digesto italiano », Torino, 1966, pp. 887-96; M. JORI, *I principi nel diritto italiano*, in « Sociologia del diritto » 10 (1983), pp. 7-33; R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1985; S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano, 1986, pp. 494-533; R. GUASTINI, *Sui principi di diritto*, in « Diritto e società », 1 (1986), pp. 601-24 e Id., *Principi di diritto*, in *Digesto delle discipline civilistiche*, vol. XIV, Torino, 1996, pp. 341-55; F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXIV, 1991, pp. 1-24; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992; G. ALPA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 1993, pp. XII-464 e *I principi generali*, in *Digesto (Discipline privatistiche-Sezione civile)*, Torino, UTET, 1996, XIV, pp. 355-69; Atti dei Convegni Lincei, *I principi generali del diritto* (Roma, 27-29 maggio 1991), Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1993; *I principi nell'esperienza giuridica*, Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza (Roma, 14-15 novembre 2014), Napoli, Jovene, 2015.

⁽⁷⁾ Abbiamo cercato di mettere a fuoco alcuni aspetti della riflessione grossiana in tema di interpretazione giuridica in A. SPINOSA, *L'interpretazione come missione. Il ruolo dell'interprete nella riflessione di Paolo Grossi*, in « Revista do Instituto Brasileiro de História do direito (UFPR) », 3 (2022), 5, pp. 40-52.

dalla secca logica ‘binaria’ della norma legislativa (8)), bensì un’attività essenzialmente « valutativa » (9), la sola in grado di sorprendere e contestualizzare il principio nel vivo dell’esperienza. Dall’altro lato, è vera però anche la relazione inversa. Se i principi chiamano l’intervento attivo dell’interprete, è altresì il momento dell’interpretazione a diventare esso stesso, circolarmente, il luogo privilegiato attraverso il quale ogni principio giuridico può dispiegare tutte le sue indefinite potenzialità ordinanti (10).

Del macro-capitolo dei principi Grossi valorizza, in secondo luogo, il tema della loro ‘estrazione’ e, collegato a questo, della loro funzione. Viene enfatizzato così, per un verso, il radicamento etico-valoriale dei principi, la loro scaturigine, cioè da quegli strati profondi del ‘reale’ dove allignano i valori portanti di una civiltà. I principi (e segnatamente i principi costituzionali) non promanano come escrescenze dal piano superficiale delle norme di diritto positivo, né calano dall’alto sulla società come opzioni fondamentali di indirizzo politico. Rovesciando una nota definizione bettiana, si potrebbe dire che i principi si contraddistinguono, secondo Grossi, per una « eccedenza di contenuto *ontologico* » (11) rispetto alle norme. Non appartengono al regno del ‘dover-essere’. Non si scelgono, ma semmai si cercano e si trovano attraverso un’opera di lettura spassionata delle nervature riposte dell’esperienza (12). Per

(8) Alludiamo qui alla tesi dworkiniana secondo la quale il primo criterio distintivo tra principi e regole è che le regole seguono la logica del « tutto o niente », mentre i principi non fissano le condizioni necessarie per la loro applicazione, ma si limitano ad indicare « una ragione che punta in una certa direzione » lasciando all’interprete il compito di decidere — se così di può dire — quanta strada percorrere. Cfr. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 51-3.

(9) Così ancora GROSSI, *Sulla odierna incertezza del diritto*, cit., p. 81.

(10) Si è parlato al riguardo di « capacità illimitatamente normogenetica » dei principi. Cfr. MODUGNO, *Principi generali dell’ordinamento*, cit., p. 4.

(11) Opposta su questo specifico punto la tesi di Betti, secondo il quale i principi si distinguono dalle norme in quanto « orientamenti e ideali di politica legislativa » aventi valore di « criteri direttivi per l’interpretazione e di criteri programmatici per il progresso della legislazione » e come tali caratterizzati da « una eccedenza di contenuto *deontologico* ». Cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (1949), Milano, Giuffrè, 1971², pp. 205-9.

(12) Per lo svolgimento disteso di questo punto di vista cfr. i saggi contenuti in GROSSI, *L’invenzione del diritto*, cit.

altro verso Grossi invita a cogliere i principi nella loro funzione e dimensione dinamica, oltre che statica. Certo, il loro ancoraggio materiale ai valori giova a conferire ai principi anzitutto un ruolo 'fondativo' dell'ordine giuridico. Tuttavia, proprio in quanto assiologicamente orientati, essi diventano storicamente anche il veicolo di un processo incrementale di riconoscimento dei diritti fondamentali della persona, del quale è ancora la giurisprudenza il più attivo promotore. Dai valori, ai principi, ai diritti: la civiltà giuridica 'pos-moderna' trova per Grossi in questo nesso virtuoso il suo binario di svolgimento privilegiato.

È possibile, dunque, isolare una specifica dottrina 'grossiana' in tema di principi? Quali suggestioni potremmo ricavarne? Come verrebbe a collocarsi nella geografia del dibattito teorico-giuridico contemporaneo? Sono sufficienti queste pur rapidissime note introduttive per comprendere che materiali utili a sviluppare il discorso in questa direzione non mancherebbero affatto. Non è tuttavia su questo terreno che intendiamo procedere. Ciò che al contrario vorremmo tentare in questa sede è raccogliere di quelle pagine il sottostante (implicito ed esplicito) suggerimento metodologico. Lo stimolo cioè a guardare 'attraverso' i principi, a coglierne la insopprimibile storicità; l'invito, insomma, ad adoperarli come strumento di verifica, a rintracciare oltre la riflessione culturalmente e teoricamente mediata sui principi i segni delle soggiacenti e 'carnalissime' dinamiche storico-sociali ⁽¹³⁾.

I principi — scrive Grossi in questa prospettiva — sono il « segno eloquente di ogni tempo di transizione » ⁽¹⁴⁾. Altrove, analizzando le 'Parti generali' della manualistica e della trattatistica italiana di primo Novecento, Grossi aveva incluso il dibattito attorno al ruolo e alla portata dei principi tra i « temi rivelatori » su cui

⁽¹³⁾ Per una prospettiva storica, cfr. G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile 1942 (un problema costituzionale?)*, in « Foro italiano », 1969, V, pp. 112-32; A. SCIUMÈ, *I principî generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Torino, Giappichelli, 2002; A. JANNARELLI, *I principî nel diritto privato tra dogmatica, storia e post-moderno*, in « Roma e America. Diritto romano comune », 34 (2013), pp. 113-207 e *Dall'età delle regole all'età dei principî ed oltre? Problemi e paradossi del diritto privato post-moderno*, in « Giustizia civile », 4 (2014), pp. 991-1060.

⁽¹⁴⁾ Cfr. GROSSI, *Sulla odierna incertezza del diritto*, cit., p. 92.

saggiare la tenuta dell'ideario giuspositivistico ottocentesco ⁽¹⁵⁾. E poco importa se, alla fine, proprio i principi si rivelavano in quel frangente il luogo teorico della più strenua resistenza al mutamento, la sede delle « saldezze » più che delle « incrinature », il terreno sul quale ogni timida apertura verso il nuovo veniva sistematicamente a richiudersi ⁽¹⁶⁾. Anche queste forme di vischiosità culturale, infatti, sono a loro modo significative. Invitano a sottoporre a verifica le grandi periodizzazioni del tempo storico e ci rammentano che i processi di trasformazione non sono mai netti come un taglio di bisturi.

È dunque a partire da queste implicite cronologie ed esplicite indicazioni di metodo che proveremo a tornare su quel complesso crinale storico che è per l'Italia (ma non solo) il passaggio tra Otto e Novecento, andando alla ricerca di quegli elementi di novità rispetto ai quali i trattati civilistici di inizio secolo risultavano ancora tenacemente impermeabili. Che il 'nuovo' sia da cercare da qualche parte all'interno del secolo 'lungo' rimane pressoché indubbio. Ma dove collocare di preciso il momento di svolta? Bisognerà attendere il varo della Costituzione repubblicana oppure, in qualche misura, lo scarto è osservabile già in un momento precedente? Negli appunti che seguono tenteremo di tracciare le coordinate di un possibile bersaglio storiografico.

2. *I guardiani della continuità: il ruolo dei principi nell'orizzonte giuridico ottocentesco.*

« *Nous voulons substituer dans notre pays la morale à l'égoïsme, la probité à l'honneur, les principes aux usages [...]* » ⁽¹⁷⁾. Nelle parole dell'*Incorruptible*, la modernità sembra scommettere sulla capacità dei principi di guidare 'in un fiat' l'opera di ricostruzione del mondo

⁽¹⁵⁾ Cfr. P. GROSSI, *Itinerari dell'assolutismo giuridico. Saldezze e incrinature nelle « parti generali » di Chironi, Coviello e Ferrara*, in *Id.*, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 383-441.

⁽¹⁶⁾ V. *infra* § 2.

⁽¹⁷⁾ Cfr. M. ROBESPIERRE, *Sui principi di morale politica che devono guidare la Convenzione nazionale nell'amministrazione interna della Repubblica*, discorso pronunciato il 18 piovoso, anno II (5 febbraio 1794), in U. CERRONI, *La rivoluzione giacobina*, Roma, Editori Riuniti, 1984, p. 160.

giuridico post-rivoluzionario. Il nuovo ordine si sarebbe edificato, non già sulla piattaforma disordinata e alluvionale delle consuetudini, bensì alla luce di un progetto, in forza cioè di una ben precisa « ortodossia » politica capace di irradiare con le sue determinazioni di principio una società ormai espropriata di ogni autonoma espressione giuridica ⁽¹⁸⁾.

Di lì a poco, in realtà, sarebbe stato proprio uno dei frutti maturi della rivoluzione — il Codice — a relegare i principi ai margini più periferici del panorama delle fonti giuridiche ottocentesche ⁽¹⁹⁾. Sono i più alti *standard* di certezza e prevedibilità che la codificazione moderna promette di realizzare a pretendere il sacrificio simultaneo delle due possibili alternative teoriche, considerate da ottica borghese egualmente pericolose: il diritto per ‘principi’ e il diritto per ‘casi’ (più spesso due facce della stessa medaglia ⁽²⁰⁾), alle quali si preferisce di gran lunga l’ordinaria stabilità della norma generale e astratta. Invocati a svolgere un secolare processo di semplificazione e razionalizzazione del quadro normativo di *ancien*

⁽¹⁸⁾ « Lo Stato giacobino — scrive Grossi — non è né anònimo né neutrale; anzi, quale fonte di incivilimento e di progresso, è portatore di principii, è difensore di una determinata ortodossia, non può non tendere alla proclamazione di verità indiscutibili e, quindi, di regole assolute; non può non proporsi [...] quale efficacissimo laboratorio mitologico, fucina di conclusioni che vanno credute e non criticamente vagliate ». Cfr. P. GROSSI, *Le molte vite del giacobinismo giuridico. Ovvero la ‘carta di Nizza’, il progetto di ‘Costituzione europea’ e le insoddisfazioni di uno storico del diritto* (2003), in ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007³, p. 135.

⁽¹⁹⁾ Condivisibili le parole di Iannarelli: « con la codificazione rivoluzionaria, la ‘missione’ affidata dalla dottrina civilistica ai principî, al fine di mettere a punto le regole ed assicurare una loro coerente organizzazione nel *Corp du Droit*, appare ormai portata a termine e non vi è ragione che in tale veste essi siano presenti formalmente nel nuovo diritto scritto ». Cfr. A. IANNARELLI, *I principi nell’elaborazione del diritto privato moderno*, in *I principi nell’esperienza giuridica*, cit., p. 66.

⁽²⁰⁾ Non è affatto casuale, infatti, che all’odierna valorizzazione dei ‘principi’ si accompagni una rinnovata sollecitazione a ripensare l’ordine dal basso, a partire dalle esigenze definitive del caso concreto. In questa prospettiva cfr. J. KLABBERS, G. PALOMBELLA, *The Challenge of Inter-Legality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019 e E. CHITI, A. di MARTINO, G. PALOMBELLA, *L’era dell’interlegalità*, Bologna, il Mulino, 2021. Per un inquadramento filosofico, cfr. T. GAZZOLO, *Il caso giuridico. Una ricostruzione giusfilosofica*, Torino, Giappichelli, 2018.

régime ⁽²¹⁾, i principi possono insomma essere messi da parte a semplificazione avvenuta, in modo da arrecare il minor disturbo possibile al governo della legge. E non è un caso, infatti, se già con Portalis — non proprio il più intransigente giuspositivista tra i legislatori — i principi possono essere estromessi dal cerchio della giuridicità e, almeno finché la legge non li abbia fatti propri trasformandoli in regole, equiparati a semplici *raisonnements* o tesi filosofiche ⁽²²⁾.

È un dato difficilmente smentibile che l'Età dei codici abbia nutrito nei confronti dei principi una generale diffidenza ⁽²³⁾. E questo è vero tanto nel caso in cui il riferimento esplicito ai *principes* sostanzialmente manca ⁽²⁴⁾, quanto nel caso opposto in cui invece il testo includa espressamente il ricorso ai « *natürlichen Rechtsgrundsätzen* » o ai « principi generali di diritto » nella propria trama normativa ⁽²⁵⁾. Se il termine di comparazione è l'odierna

⁽²¹⁾ Cfr. V. PIANO MORTARI, *I principi generali del diritto dal giusnaturalismo dei secoli XVII e XVIII alle prime codificazioni*, in *I principi generali del diritto*, cit., pp. 135-60 e IANNARELLI, *I principi nell'elaborazione del diritto privato moderno*, cit., p. 39 e ss.

⁽²²⁾ « Avant la sanction publique, un principe n'est que le résultat d'un ou de plusieurs *raisonnements* que d'autres *raisonnements* peuvent atténuer ou obscurcir. Après la sanction publique, un principe devient un fait positif qui termine tous les *raisonnements* et toutes les incertitudes. Une principe [...] n'est qu'une *thèse philosophique* qui peut être controversée: mais quand une principe appartient à la législation, il devient une règle qui doit être obéie ». Cfr. J.-E.-M. PORTALIS, *Discours relatif à la publication, aux effets et à l'application des lois en général*, in ID., *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris, Joubert, 1844, pp. 110-41 (citazione a p. 118).

⁽²³⁾ Lo sottolinea con buone ragioni anche Grossi: « I principii avevano, a stento, fatto capolino sparutamente, in Codici e leggi speciali, respinti o almeno rintuzzati per quella loro carica di indefinitzza che arrivava ad incrinare la solidità del sistema legale, sistema che era, doveva essere certo ». Cfr. GROSSI, *Sulla odierna incertezza del diritto*, cit., p. 71.

⁽²⁴⁾ È questo, ad esempio, eccettuate trascurabili occorrenze, il caso del *Code civil*. Cfr. ancora IANNARELLI, *I principi nell'elaborazione del diritto privato moderno*, cit., p. 67.

⁽²⁵⁾ In questo caso i riferimenti, notissimi, sono al § 7 dell'Introduzione alle leggi in generale del Codice civile generale austriaco (ABGB) e all'art. 3.2 delle preleggi al Codice civile italiano del 1865. Sul punto, oltre alla letteratura già citata (nota 6), cfr. E. SPAGNESI, *Reminiscenze storiche in una formula legislativa*, in « Il Foro italiano », XCVI (1971); G.S. PENE VIDARI, *Nota sull'« analogia iuris »*. *L'art. 15 del tit. prel. c.c. albertino e la sua formazione*, in « Rivista di storia del diritto italiano », L (1977); R. FERRANTE, *Un ruolo per l'interprete: la scienza giuridica italiana tra Code Napoléon e*

centralità del diritto per principi, la distanza rispetto ad entrambi i modelli rimane in ogni caso abissale. Il massimo che il legalismo ottocentesco è disposto a concedere alle norme di principio è un intervento meramente eventuale ed accessorio, servente rispetto alla legge, circoscritto — come è noto — alla sola ipotesi di dubbio persistente rispetto ad un caso ‘non previsto’.

Ora, se prendiamo a campione di controllo il contesto italiano postunitario, su questo punto non c’è dibattito. I principi non sono pensabili se non nella forma e limitatamente alla funzione dei « principii generali » menzionati all’art. 3.2 delle preleggi al Codice civile. La previsione normativa ‘cattura’ il tema dei principi entro uno svolgimento a rime obbligate che li inchioda al ruolo comprimario di fonte suppletiva rispetto alle occasionali mancanze della legislazione. Non hanno autonomia, né tantomeno la capacità di imporsi sulla legge. I principi sono solo l’eccezione che conferma il primato della regola.

La compattezza della dottrina postunitaria rispetto alla prestazione occasionale svolta dai principi è un dato di persistenza che, come vedremo, tenderà a travalicare i limiti cronologici del XIX secolo, spingendosi oltre le stesse colonne d’Ercole del primo conflitto mondiale. Essa tuttavia non cancella ogni forma di dibattito, ma semplicemente si limita a dislocarlo su altri fronti, in particolare attorno al problema della loro definizione. A cosa fa riferimento, infatti, di preciso, la disposizione preliminare quando parla di « principii generali »? Ai principi della legislazione o a qualcos’altro? Nel momento in cui occorre dare un contenuto a tale sintagma, sufficientemente generico da poter includere tutto e il suo contrario,

ABGB, in « Forum historiae iuris », 2006 e ID., *Codificazione e cultura giuridica*, Torino, Giappichelli, 2006; S. SOLIMANO, *Tra esegesi e sistema? Cultura giuridica e metodo scientifico di Francesco Saverio Bianchi (1827-1908)*, in « Ius », 1-2 (2010); *La codificazione del diritto tra il Danubio e l’Adriatico. Per i duecento anni dell’entrata in vigore dell’ABGB (1812-2012)*, a cura di P. Caroni, R. Ferrante, Torino, Giappichelli, 2015; G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino, Giappichelli, 2018 (in part. pp. 35-8). Incrocia da ultimo il tema dei principi con riferimento al § 7 del Codice civile austriaco, P. MASTROLIA, *La civilistica lombardo-veneta durante la Restaurazione. Un anonimo Compendio di diritto civile austriaco tra giusnaturalismo e positivismo giuridico*, in « Historia et ius », 23 (2023) e relativa bibliografia.

ecco che la tregua dottrinale si rompe, lasciando emergere il profilo di una transizione più articolata e complessa di quello che ci si attenderebbe ⁽²⁶⁾.

In estrema sintesi, fino agli anni Ottanta il confronto è apertissimo. Ad alimentarlo è lo stesso imponente apparato discorsivo che nel corso dell'Ottocento accompagna, sorregge e legittima la svolta codicistica sulla Penisola. È un dato storiografico ormai acquisito che il sostegno al Codice metta capo in Italia ad una originale ed eclettica mistura di materiali teorici eterogenei, attinti perfino dal serbatoio delle dottrine anticodificatorie ⁽²⁷⁾. Ebbene, queste molteplici e contrastanti strategie argomentative non si dileguano di colpo dopo il '65 a vantaggio di una coerente 'ideologia della codificazione', ma si protendono in avanti a puntellare idealmente la codificazione realizzata, nascondendosi tra le pieghe degli stessi commentari esegetici, per poi riaffiorare alla luce attraverso il varco teorico dei 'principii generali' e tradursi in scelte operative.

Il nesso appare stringente. Alla celebrazione del Codice quale precipitato storico necessario della gloriosa e ininterrotta tradizione giuridica 'nazionale' (un'immagine che in ambiente postunitario avrebbe riscosso ampi e trasversali consensi) tenderà così a corri-

⁽²⁶⁾ Abbiamo avuto modo di mettere in evidenza questo elemento in A. SPINOSA, *L'economia dei Codici moderni. Legislazione e giurisprudenza nella dottrina italiana dell'Ottocento*, in « Quaderni fiorentini », 40 (2011), pp. 747-780. Nella stessa direzione, CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit.

⁽²⁷⁾ Cfr. P. UNGARI, *L'età del codice civile. Lotte per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Napoli, ESI, 1967; P. COSTA, *L'interpretazione della legge: François Génys e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in « Quaderni fiorentini », XX (1991), pp. 367-495; G. CAZZETTA, *Civilistica e 'assolutismo giuridico' nell'Italia post-unitaria: gli anni dell'esegesi (1865-1881)*, in *De la Ilustración al liberalismo. Symposium en honor al profesor Paolo Grossi*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 399-418; L. LACCHÉ, *Il canone eclettico. Alla ricerca di uno strato profondo della cultura giuridica italiana dell'Ottocento*, in « Quaderni fiorentini », 39 (2010), pp. 153-228; P. COSTA, *Un diritto italiano? Il discorso giuridico nella formazione dello Stato nazionale*, in « Storica », XVII (2011), pp. 67-101; R. FERRANTE, *Il problema della codificazione* e S. SOLIMANO, *Tendenze della civilistica post-unitaria*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, Treccani, 2012, rispettivamente pp. 213-23 e 271-9; *Retoriche dei giuristi e costruzione dell'identità nazionale*, a cura di G. Cazzetta, Bologna, il Mulino, 2013; CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit.; A. SPINOSA, *Tra regola ed eccezione. Il concetto di ius singulare nel dibattito giuridico italiano tra Otto e Novecento*, in « Quaderni fiorentini », 49 (2020), pp. 220-66.

spondere l'idea che i principi richiamati nelle preleggi non possano essere altro che i principi del diritto romano-comune-italiano: « Quali sono — si domanda per tutti Vignali — questi principii generali di diritto? Sono quelli che si cavano dalle Fonti generali, da quel *diritto romano*, di cui nei tempi che volgono, non pare che si tenga quel conto che merita [!] — I responsi di quegli immortali giureconsulti, che si raccolgono nei frammenti riportati nel Digesto, sono il semenzaio dei principii generali di diritto » (28). Quanti, invece, avrebbero preferito salutare nel Codice nazionale il trionfo della 'ragione' oltre che della tradizione, ovvero la provvidenziale trascrizione di quel 'vero' vichiano che doveva considerarsi la fonte primigenia di ogni 'certo' positivo, ebbene non deve sorprendere se poi in un secondo momento sarebbero stati indotti a ritrovare nella formula delle preleggi il legame mai spezzato con la fonte del diritto naturale-razionale-universale: « I principii generali del diritto accennati nell'articolo sono quelle *idee fondamentali del giusto tratte dal diritto naturale*, che si perpetuano malgrado i più profondi cambiamenti di legislazioni e che, *sublimate in principii per mezzo della tradizione*, hanno la stessa forza che avrebbero se fossero state distese in articoli di legge » (29). Ma all'appello non manca neppure

(28) Cfr. G. VIGNALI, *Commentario del Codice civile italiano*, I, Napoli, Stabilimento Tipografico Prete, 1878, p. 50. Nello stesso senso cfr. almeno T. ARABIA, S. CORREA, *Codice civile del Regno d'Italia con commenti e raffronti*, Milano-Firenze, Sonzogno, 1865, p. 9; G. BANDI, *Il Codice civile e la tradizione*, in « Annali di Giurisprudenza italiana », I, parte III, 1866/67, p. 167; G. SAREDO, *Trattato delle leggi*, vol. 1, Firenze, Pellas, 1871, p. 428; T. FERRAROTTI, *Commentario teorico pratico comparato al codice civile italiano*, Torino, Tipografia Vercellino, 1872, I, p. 29; F. BUONAMICI, *Dell'uso del diritto romano nella giurisprudenza italiana moderna*, prelezione detta nella R. Università di Pisa, il dì 23 novembre 1876, Pisa, Tip. Nistri, 1877, pp. 19-21.

(29) Cfr. V. CATTANEO, C. BORDA, *Il Codice civile italiano annotato*, Torino, Società l'unione tipografico-editrice, 1865, p. 30. Nella stessa prospettiva, cfr. ad esempio, C. BAUDANA-VACCOLINI, *Commento al Codice civile del Regno d'Italia*, Volume primo parte II, Roma, Salviucci, 1872-73, p. 118; L. BELLAVITE, *Riproduzione delle note già litografate di diritto civile soltanto per l'indirizzo dei giovani studenti*, Padova, Tipografia Sacchetto, 1875, p. 24. Ancora sul finire degli anni '80 Francesco Saverio Bianchi avrebbe scritto che il Codice non aveva voluto altro che far riferimento a « quei principii fondamentali del diritto naturale che la scienza insegna e la coscienza generale ammette come preesistenti ad ogni legge positiva, certi, immutabili e universali ». E rincarando la dose: « Se la domanda dell'attore sia conforme a tali principii, sarà mai

chi, come Borsari, in aperto contrasto con l'ideale illuministico del *juge automate*, si sarebbe spinto fino a evocare come naturale supplemento e integrazione della legge perfino il fantasma dell'equità giudiziaria ⁽³⁰⁾.

Insomma, posta di fronte al problema definitorio suscitato dall'ambiguità della disposizione preliminare, la scienza giuridica postunitaria — quasi a restituire il volto di un'Italia ancora sostanzialmente 'plurale' sotto il manto uniformante del Codice — finisce per offrire soluzioni teoriche ampiamente differenziate e discordanti, le quali rimandano in ultima istanza ad altrettante versioni del modello codicistico ottocentesco. Se proprio vogliamo ricavare un dato unificante, al momento, lo si deve fare per sottrazione. E il dato è quello, per certi aspetti inatteso, della diffusa riluttanza da parte del giurista postunitario a tradurre il rinvio ai « principii generali » in un coerente strumento di « autointegrazione » ⁽³¹⁾ del testo. Più che una norma di chiusura, tale rinvio è pensato come una finestra socchiusa sul 'resto', una sorta di camera di compensazione sempre disponibile tra 'dentro' e 'fuori', tra presente e passato. Due dimen-

possibile respingerla come infondata, perché non abbia alcun testo positivo di legge a cui appoggiarsi? ». Cfr. F.S. BIANCHI, *Corso di Codice civile italiano. Principii generali sulle leggi*, Torino, UTE, 1888, p. 13.

⁽³⁰⁾ « La ragione vi guida, la ragione semplice, il sentimento dell'equità [...] ». Cfr. L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, Torino, UTE, 1871, p. 76. Ma vedi anche G. DEL VITTO, *Commentario teorico-pratico del codice civile del Regno d'Italia per singoli articoli*, Torino, Negro editore, 1876, I, p. 76; M. DIENA, *Della equità nella interpretazione delle leggi e dei contratti e della Corte di cassazione unica*, Venezia, Tipografia Fontana, 1879. Sulla stessa lunghezza d'onda, anche Lozzi afferma che: « la *aequitas* sin dai tempi classici della giurisprudenza, fu l'elemento intimo ed animatore d'ogni diritto, annoverata dallo stesso Cicerone [...], fra le fonti del *jus civile* [...]. Da tutto ciò si può con sicurezza inferire che l'origine dell'equo si derivi dalla legge universale; imperocché i legislatori non vogliono, né potrebbero definire tutti i casi, ma i soliti a verificarsi e i possibili a prevedersi dall'umana prudenza [...]. Onde la decisione del caso omesso vuolsi trarre dalla legge universale, non dalla stessa legge, ma da ciò che dicesi buono ed equo ». Cfr. C. LOZZI, *Della interpretazione delle leggi e dei contratti per via dell'equità*, in « Temi Veneta », III (1878), 38-39, p. 446.

⁽³¹⁾ Propende invece per questa soluzione, in accordo con la Cassazione di Palermo (decis. 21 giugno 1873), F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, vol. 1, Torino, Ute, 1886, pp. 21-2. Per la fortunata terminologia di 'auto' ed 'eterointegrazione', cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, Soc. ed. del « Foro italiano », 1940-XVIII, p. 142 e ss.

sioni, beninteso, normalmente indipendenti e non comunicanti tra loro, ma che all'occorrenza sapevano ancora dialogare attraverso il canale dei « principii generali ». A chiudere definitivamente la porta al passato ci avrebbe pensato il 'sistema'.

A partire dagli anni Ottanta e poi definitivamente con l'avvio del nuovo secolo, in corrispondenza della traduzione italiana delle *Pandette* di Windscheid e della progressiva adesione di massa alla lezione metodologica pandettistica, il quadro sarebbe radicalmente mutato ⁽³²⁾. Niente più rinvii all'equità, alle massime della giurisprudenza intermedia, al diritto comune, alla tradizione, alla ragione o al diritto naturale. Per la dottrina largamente maggioritaria i principii generali *di diritto* diventano i principi generali *della legislazione*: determinazioni di più ampia latitudine imperativa ricavate induttivamente, attraverso un procedimento di crescente astrazione logica, muovendo dalle norme legislative particolari ⁽³³⁾. I principi generali — scrive per tutti Coviello — non sono quelli del diritto naturale o razionale, né quelli del diritto romano o comune « che molti continuano a venerare come la *ratio scripta* ». E non sono nemmeno i « principii universalmente ammessi dalla scienza », ma « altro non possono essere che i principii fondamentali della stessa legislazione

⁽³²⁾ Grossi, come è noto, dà ampio risalto nel quadro del suo magistrale *profilo storico* sulla scienza italiana otto-novecentesca, al cambio di passo culturale dei « fertili » anni Ottanta e Novanta del XIX secolo. Cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 13-70. Sull'affermazione di una scienza sistematica in Germania cfr. *pars pro toto* P. CAPPELLINI, *Systema iuris*, Milano, Giuffrè, 1984-5, voll. I e II.

⁽³³⁾ Cfr. ad esempio, V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità* (1880), in *Id.*, *Studi giuridici*, vol. III, Diritto privato, Parte I, Roma, Anonima romana Editrice, 1932; le note di C. Fadda e P. Bensa a B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it. a cura di C. Fadda e P. Bensa, Torino, Unione Tipografico-editrice, 1902, vol. I, parte I, p. 128 e ss.; L. LANDUCCI, *Trattato di diritto civile italiano*, in *Trattato storico-teorico-pratico di diritto civile francese ed italiano*, vol. I, Torino, UTE, 1900; G. P. CHIRONI, L. ABELLO, *Trattato di diritto civile italiano*, volume I, parte generale, Torino, Bocca, 1904; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, Milano, Società Editrice Libreria, 1910, § 29; V. SIMONCELLI, *Istituzioni di diritto privato italiano: lezioni*, Spoleto, Athenaeum, 1914, p. 84; F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, Athenaeum, 1921, p. 22 e ss.

positiva che non si trovano scritti in nessun luogo, ma [...] da cui per forza di astrazione debbono esclusivamente esser ricavati » (34).

Il passaggio è di grande rilievo e merita di essere sottolineato. Laddove il Codice da solo non era riuscito, arriva il sistema. Il progressivo abbandono del metodo esegetico, se consente alla scienza di guadagnare nuovi spazi di autonomia rispetto al piano della rigida positività della legge, aprendo qualche spiraglio in direzione di un ampliamento delle prerogative dell'interpretazione (35), dal punto di vista del dibattito sui principi (e quindi indirettamente sul piano delle fonti) determina una stretta legalistica che in modo così diffuso e compatto non si era vista in precedenza. Di fronte al caso non previsto non c'è più bisogno di ricorrere a sussidi esterni, a strumenti di « eterointegrazione » del testo normativo. La conquista del sistema legittima la convinzione che l'ordinamento legislativo statale abbia ormai la capacità di auto-completarsi in forza delle proprie componenti sfruttando l'elasticità e la maggiore comprensività dei principi giuridici dedotti dalla scienza. Principi 'latenti' dell'ordinamento giuridico, impliciti, inespressi, che soltanto al giurista spetta di portare alla luce come altrettanti sviluppi 'organici' del sistema, quali « germogli » e non « innesti » del diritto positivo statale (36). « Una buona legge — incide sul marmo Scialoja — non pone i principii; essa detta comandi [...]. Da questi comandi si possono astrarre i principii » (37).

Indubbiamente si tratta di un mutamento di prospettiva importante. Sul piano teorico ne derivano nuove possibilità, ma anche inediti problemi. Una possibilità, ad esempio, è quella di graduare gerarchicamente i principi a seconda del quoziente di astrazione essi di volta in volta presentino (a seconda cioè che possano considerarsi comuni a più norme, a più istituti, ad una o più branche dell'ordinamento, o infine all'intero sistema giuridico) (38). Una caratteristica, questa, comparativamente interessante se confrontata con

(34) Cfr. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, cit., p. 87.

(35) Limitate ma significative 'incrinature' dell'« assolutismo giuridico » che Grossi non mancava di segnalare. Cfr. GROSSI, *Itinerari dell'assolutismo giuridico*, cit.

(36) L'espressione efficace è di FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, cit., p. 29.

(37) SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 202.

(38) Cfr. ancora COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, cit.

l'odierna persuasione che la genetica vocazione 'pluralistica' delle costituzioni del Novecento risieda in gran parte sul fatto che ai loro fondamenti di principio un criterio gerarchico in senso stretto non possa essere applicato (39). Al tempo stesso, però, l'aver ricondotto i principi ad un processo di astrazione logica da compiersi sulla base del dato normativo/positivo produce come effetto quello di avvicinare pericolosamente, fin quasi a sovrapporli, i 'principii' generali della legge ai 'concetti' generali della scienza, sollevando a più riprese il non facile problema del loro criterio differenziale (40).

Non siamo di certo noi a scoprire questi profili di discontinuità. Se proviamo però a far nostre fino in fondo le indicazioni di metodo dalle quali siamo partiti, l'invito cioè a guardare 'oltre' il livello dello scontro teorico di superficie per tentare di connetterlo alle dinamiche storico-sociali sottostanti, allora è forse possibile rintracciare, accanto agli innegabili elementi di novità, anche le più riposte permanenze. Questo forse può valer la pena di essere

(39) Principio scolpito anche da una recente pronuncia della Corte costituzionale italiana (Sent. 85/2013, redattore Silvestri): « Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre 'sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro' (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe 'tiranno' nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. Per le ragioni esposte, non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo 'fondamentale', contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un 'carattere preminente' del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come 'valori primari' (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una 'rigida' gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi ». Per una fondamentale guida al costituzionalismo democratico del Novecento, cfr. M. FIORAVANTI, *La costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Milano, Giuffrè, 2018.

(40) Degno di nota il fatto che proprio attorno ai concetti giuridici si sarebbe svolto uno dei grandi dibattiti teorici del primo Novecento. Cfr. CALOGERO, CESARINI SFORZA, JEMOLO, PUGLIATTI, *La polemica sui concetti giuridici*, a cura di N. Irti, Milano, Giuffrè, 2004.

segnalato. Anche senza chiamare in causa premeditate e poco plausibili strategie gattopardesche, il cambio di rotta dottrinale di fine secolo non ci sembra mutare sostanzialmente l'atteggiamento con il quale la scienza giuridica otto-novecentesca guarda ai principi, né le aspettative che ripone in essi. Non muta ad esempio (e questo l'avevamo già anticipato) la particolare modalità del loro intervento. Sia che si estraggano da qualche antico giacimento dismesso, sia che invece li si immagini rampollare dalla stessa fonte legislativa, ai principi si continua a chiedere un semplice contributo occasionale e meramente ausiliario rispetto ai (rari) difetti della legislazione. Insomma, è fatta salva l'idea che quando la legge parla i principi debbano tacere.

Ma, soprattutto, a non mutare — così ci sembra — è il significato costituzionale dell'operazione, la missione che per il momento la scienza giuridica sceglie di affidare ai principi e cioè quella di fungere da garanti supremi della 'continuità'. Una continuità che deve essere tutelata, non soltanto contro le possibili sbandate di una giurisprudenza 'pretorile', potenziale fiancheggiatrice di interessi diversi e contrastanti rispetto a quelli selezionati (anche tacitamente) dal Codice, ma anche contro il rischio di oscillazioni incontrollate dello stesso decisionismo legislativo, che in tempi di transizione e disordine politico può sempre lasciarsi sedurre da dottrine malsane e sovvertitrici del buon ordine.

Se la continuità è la preoccupazione, i principi sono l'ansiolitico. Dapprima la sua salvaguardia richiede di ancorare la disciplina codicistica ai principi della 'tradizione', ad un reticolo di massime, criteri e valori capaci di proiettare idealmente la razionalità oggettiva del diritto codificato anche in quei territori di frontiera che risultano più esposti alle folate delle ideologie politiche e degli interessi economici. In un secondo tempo, metabolizzata la transizione e allestito attorno al Codice un nuovo e potente strumento di protezione e insieme di estensione 'organica' della sua *ratio* — il sistema — ecco che i principi possono identificarsi con i principi della legislazione positiva ⁽⁴¹⁾. Con una precisazione (il diavolo sta nei

⁽⁴¹⁾ Un passaggio del *Profilo* di Grossi ci conforta in questa lettura: « Le scelte legalistiche e formalistiche, che constatiamo intensificarsi nei primi anni del nuovo secolo [...] rappresentano qualcosa di più di una opzione metodologica e di una visione

dettagli). Ovviamente non tutti i distretti legislativi saranno titolati a diventare terreno di coltura di principi giuridici. Il sistema offre alla scienza un criterio quantomai affidabile per discriminare l'ordine dal disordine, il diritto 'comune' dal diritto 'singolare'; per preservare il « vero diritto »⁽⁴²⁾ dalla contaminazione con la logica utilitaristica e contingente della legislazione speciale. Fintantoché sarebbe stato possibile rinserrare il problema del mutamento giuridico e sociale entro la rigida dicotomia regola/eccezione i principi generali avrebbero seguito a svolgere questa essenziale funzione di 'guardiani del cancello' rispetto ad ogni attacco troppo brusco al primato costituzionale del sistema civilistico. Esatto, ma fino a quando?

3. *La novità del Novecento: dai principi 'generali' ai principi 'informativi'. Indicazioni per un futuro programma di ricerca.*

Al di sotto delle schermaglie teoriche di superficie, si può dunque individuare un più solido motivo di invarianza nella riflessione dottrinale ottocentesca sui principi generali. Può cambiare la loro definizione, ma non cambia in buona sostanza la loro destinazione funzionale. La missione rimane pur sempre quella di assicurare sui fronti più caldi dell'ordinamento giuridico, quelli non ancora raggiunti dalla normazione statale, uno sviluppo graduale del sistema in conformità alla logica 'imparziale' del diritto comune civilistico, quale argine al dilagare incontrollato di un diritto di nuova fattura (sia legislativa, che giurisprudenziale) funzionalizzato

post-illuministica del rapporto tra ordine giuridico e mutamento socio-economico, e appaiono come una risposta, una difesa, una sorta di barriera alta contro l'invasione erosiva di una fattualità piazzaiola ». Fu strategia, dunque, e segnatamente « strategia di rimozione ». Cfr. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 72.

⁽⁴²⁾ Sul rapporto Codice-legge speciale, pagine di fondamentale importanza in N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979; G. CAZZETTA, *Critiche sociali al Codice e crisi del modello ottocentesco di unità del diritto* (2002), ora in ID., *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 27-65; ID., *La società del Codice. Cultura giuridica e trasformazioni sociali tra Otto e Novecento* (2007), in ID., *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit., pp. 121-39.

alle mutevoli e « speciali convenienze in relazione al bene degli uomini non come individui, ma come congregati » (43).

L'avvio del nuovo secolo non introduce novità di rilievo sul punto. È vero, di fronte alla montante 'rivolta dei fatti contro il Codice' (44), la moltiplicazione dei dubbi sulla tenuta del sistema produce evidenti scossoni anche al livello più alto della teoria generale. Ne è un indizio attendibile l'improvviso accendersi anche in Italia di quel vivace dibattito sulle 'lacune' che già da tempo stava impegnando la scienza giuridica europea (45). Ma appunto — come già Grossi aveva notato — il tema dei principi non è proprio il più sensibile a registrare il mutamento in atto. Per riaprire il dibattito e rimettere in discussione tutte le posizioni acquisite sarebbe stata necessaria tutta la forza dirompente del primo conflitto mondiale (46).

La tradizionale configurazione dei principi come emanazione del diritto positivo statale si reggeva su una serie di presupposti che l'esplosione quantitativa della normazione emergenziale di guerra rende inesorabilmente anacronistici: la possibilità, ad esempio, di riconoscere ed isolare un 'centro' stabile dell'ordinamento giuridico, distinguendolo dalle zone più mobili e disorganiche di 'periferia';

(43) Cfr. G. CAPITANI, *Analogia* (voce), in *Digesto italiano*, Torino, UTET, 1895, p. 178.

(44) Il richiamo è al noto libretto di G. MORIN, *La révolte des faits contre le Code*, Paris, 1920, evocato nel corso del Novecento da molti giuristi italiani ed europei.

(45) Innescato dall'importante saggio monografico di D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Napoli-Roma-Milano, Società Editrice Libreria, 1909, il dibattito avrebbe visto la partecipazione delle principali figure di spicco del firmamento dottrinale italiano del tempo.

(46) Impossibile richiamare in questa sede la vasta letteratura in materia. Per un indispensabile orientamento, cfr. F. WIEACKER, *Il modello dei codici civili classici e lo sviluppo della civiltà moderna* (1953), ora in ID., *Diritto privato e società industriale*, Napoli, ESI, 1983, p. 31 e ss.; GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 130 e ss.; C. LATINI, *Governare l'emergenza: delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2005; L. MOSCATI, *La legislazione di guerra e il contributo della civilistica romana*, in « Rivista italiana per le scienze giuridiche », 7 (2016), pp. 359-67; CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit.; A. SOMMA, *Verso la grande trasformazione. Il primo conflitto mondiale e la disciplina dell'ordine economico nell'esperienza italiana*, in « Historia et ius », 15 (2019); B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato*, Bologna, il Mulino, 2020, pp. 154-65.

oppure la convinzione di poter governare il cambiamento indirizzando (e chiudendo) le novità più disturbanti nel contenitore concettuale del diritto singolare/eccezionale/speciale; o la fiducia, infine, sulla inattaccabilità delle grandi dicotomie ottocentesche, a partire da quella tra pubblico e privato (47). Insomma, per dirla in breve, sulla persuasione — ribadita da Miceli nella prima metà degli anni Venti — che si potesse ancora affrontare la ‘grande trasformazione’ del Novecento « rimanendo attaccat[i] al sistema [...] come ci muoviamo con la terra intorno al sole, rimanendo attaccati alla terra » (48).

In realtà ci si accorge ben presto (o almeno i più attenti lo fanno) che il cambiamento non può essere affrontato con gli strumenti concettuali consueti. La guerra non è una parentesi che può essere richiusa comodamente alla sua conclusione ufficiale. Ad uscirne irrimediabilmente segnata è l'intera geografia del diritto ottocentesco, a cominciare da quel diritto civile di cui ancora alla vigilia del conflitto mondiale (e contrariamente ad ogni evidenza) si era potuto salmodiare la sostanziale ‘extrastatualità’ e che improvvisamente (e non senza sincero dolore) si scopriva invece vulnerabile alla ragion di Stato alla pari di ogni altro settore dell'ordinamento. Ebbene, la riapertura del dibattito sui principi generali avrebbe incorporato e a suo modo riflesso questa nuova diffusa consapevolezza.

A far da detonatore, com'è noto, è la prolusione al corso di Filosofia del diritto che Del Vecchio tiene all'Università di Roma per l'a.a. 1920/21 (49). Mentre dalla vicina cattedra di diritto civile Ferrara seguitava a ricondurre i principi alla piattaforma dell'ordina-

(47) Per uno sguardo di lungo periodo alla *summa divisio* pubblico/privato, fondamentale ancora SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit.

(48) Cfr. V. MICELI, *I principi generali del diritto. A proposito di una recente pubblicazione*, estratto da « Rivista di diritto civile », XV (1923), p. 11.

(49) Cfr. G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, prolusione al corso di Filosofia del diritto letta il 13 dicembre 1920 nella R. Università di Roma, in « Archivio giuridico », LXXXV (1921), pp. 33-90. Sul dibattito suscitato dall'intervento del filosofo romano, cfr. A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Milano, Giuffrè, 1974; COSTA, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 430 e ss., e GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 134 e ss.

mento giuridico positivo ⁽⁵⁰⁾, Del Vecchio riapriva inaspettatamente la porta al diritto naturale: « La necessità di ricorrere [...] alla ragion giuridica naturale, è mantenuta viva dall'inevitabile incompiutezza d'ogni diritto positivo; tanto che da un tale ricorso non si potrebbe prescindere, se anche mancasse, come manca in altre legislazioni (ad es. nel Codice Napoleone e nel Codice civile germanico) un formale richiamo » ⁽⁵¹⁾. La tesi nella sua interezza avrebbe attirato più attenzioni che consensi. Ma più del successo è proprio il clamore suscitato dalla proposta del filosofo romano il dato storiografico che conta. Del Vecchio non faceva altro che dar voce al crescente sentimento di inquietudine che attraversava la scienza giuridica postbellica, all'urgente bisogno di reperire nuove « fondazioni appaganti » ⁽⁵²⁾ oltre i limiti di un apparato normativo statale ormai impossibile da riorganizzare attorno ad un baricentro stabile.

Ragione naturale; natura dei fatti ⁽⁵³⁾; massime della scienza del diritto comune ⁽⁵⁴⁾; equità ⁽⁵⁵⁾; giurisprudenza in senso lato ⁽⁵⁶⁾: per la ricchezza delle soluzioni proposte, la disputa degli anni Venti sembra per un verso riportare le lancette al tempo del dibattito postunitario, quando l'assenza di un metodo certificato di espansione della *ratio* codicistica (il sistema) aveva obbligato la scienza giuridica a riallacciare il Codice al lungo tracciato della tradizione giuridica nazionale (qualunque cosa volesse dire). La storia tuttavia non ammette ritorni al passato. Che i termini della questione siano ormai irrimediabilmente mutati appare un dato con il quale, presto o tardi, occorre fare i conti.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, cit., p. 224.

⁽⁵¹⁾ Cfr. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, cit., pp. 48-9.

⁽⁵²⁾ Cfr. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 134.

⁽⁵³⁾ Cfr. A. ASQUINI, *La natura dei fatti come fonte di diritto*, in « Archivio Giuridico », LXXVI (1921), pp. 129-47.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. B. BRUGI, *L'analogia di diritto e il cosiddetto giudice legislatore*, in « Il diritto commerciale », 35 (1916); e ID., *I principi generali di diritto e il diritto naturale*, in « Archivio Giuridico », XC (1923), pp. 160-66.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. G. MAGGIORE, *L'equità e il suo valore nel diritto*, in « Rivista internazionale di Filosofia del diritto », 1923, pp. 256-87. *Contra*, M. ROTONDI, *Equità e principi generali di diritto*, in « Rivista di diritto civile », XVI (1924), pp. 266-75.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. G. PACCHIONI, *I principii generali di diritto*, in « Archivio Giuridico », XCI (1924), pp. 133-49.

Dove stia l'esatta radice del problema lo segnala con grande lucidità Francesco Orestano intervenendo al dibattito avviato da Del Vecchio. Il punto — osserva Orestano — è che « ci troviamo oggi in Italia in una singolare situazione. Abbiamo, cioè, almeno due grandi classi di *principi generali di diritto*: una del più puro stampo *individualistico*, l'altra del più puro stampo *collettivistico* [...]. Gli antichi ed ancora i civilisti del sec. XIX sapevano distinguere chiaramente e nettamente *quod ad singulorum utilitatem spectat*, e *quod ad statum reipublicae*: oggi noi non lo sappiamo più, almeno con quella energica precisione » (57). Finché era stato possibile ricondurre i principi ad un unico centro, o quantomeno alle tradizionali mappe concettuali, tutto aveva funzionato alla perfezione. Ma *quid iuris*, nel silenzio della legge, adesso che di 'centri' ce n'erano due? Adesso che tutti i più saldi criteri di unità e coerenza del sistema giuridico erano andati definitivamente perduti?

Eccoci giunti alle soglie di quell'elemento di novità che fin dall'inizio stavamo cercando. In quanto guardiani della continuità, i principi 'generali', tanto nella loro configurazione classica, quanto nelle versioni aggiornate del dopoguerra, presupponevano pur sempre, a monte del loro intervento, un ordine giuridico da custodire e rilanciare in tutti i settori di nuova 'colonizzazione' normativa. È proprio l'improvvisa (per alcuni sconvolgente) scoperta che l'ordine non può essere più considerato un dato di partenza, ma semmai un punto di arrivo, un qualcosa che non va solo difeso e custodito, ma che innanzi tutto deve essere 'costruito' e 'progettato' (58), a predisporre il terreno per un radicale ripensamento del ruolo e della funzione dei principi. Ripensamento che in breve tempo ribalta e si lascia indietro di anni luce ogni residua prospettiva ottocentesca.

Il nuovo si presenta sottoforma di quelli che con lessico ancora incerto saranno definiti principi 'informativi', ma che potranno assumere altresì l'appellativo di principi 'fondamentali', 'sostanziali',

(57) Cfr. F. ORESTANO, *Ancora dei "principi generali di diritto"*, in « Rivista internazionale di Filosofia del diritto », 1924, p. 279.

(58) Cfr. P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, IV, *L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 271. Nella stessa direzione v. da ultimo, I. STOLZI, *Il secolo nuovo: giuristi e tradizioni nell'Italia del Ventennio*, in « Quaderni fiorentini », XLIX (2020), pp. 267-305.

‘direttivi’, ‘basilari’, ‘introduttivi’. Tante denominazioni per affermare però un medesimo convincimento, e cioè che « non è [...] il sistema delle norme che crea i principî, ma sono i principî che creano le norme e rendono possibile con l’ulteriore diffusione della loro essenza lo sviluppo organico anche potenziale del potere normativo di un ordinamento giuridico » (59). I principî precedono (hanno sempre preceduto?) e non seguono le norme. Ne « costituiscono l’antecedente logico ed il presupposto », ciò che vale a conferire ad una compagine indistinta di precetti normativi il carattere dell’unità (60). È da questa piccola rivoluzione copernicana che si comincia a guardare ai principî non soltanto come un fattore di integrazione e sviluppo del sistema, ma *in primis* come una premessa indispensabile dell’ordine, l’idea-guida che orientando assiologicamente alla stregua di un indirizzo fondamentale (61) l’apparato legislativo statale sarebbe stata in grado — appunto — di ‘mettere in forma’ l’ordinamento giuridico, ristabilendo l’ordine dal caos.

Dal punto di vista teorico tutto ciò implicava mille nuovi problemi da risolvere: in che modo, ad esempio, la nuova categoria avrebbe interagito con la classica; se a tali principî andasse attribuita o meno una vera e propria forza vincolante (e quindi giuridica); se tale forza direttiva/precettiva si sarebbe esercitata solo nei riguardi dell’interprete o al contrario sarebbe andata a vincolare la stessa opera legislativa. In termini generali significava rimettere in discussione tutta la dottrina delle fonti, il rapporto tra legge, principî e il ruolo dell’interprete. In termini ancor più generali si trattava in buona sostanza di ripensare da capo le connessioni tra diritto e

(59) Cfr. C. JANNACCONE, *I principî generali dell’ordinamento giuridico statale enunciati in un sistema di precetti legislativi*, in *Studi sui principî generali dell’ordinamento giuridico fascista*, Pisa, Pacini Mariotti, 1943, p. 279.

(60) Cfr. C. MORTATI, *Osservazioni sulla natura e funzione di una codificazione dei principî generali del diritto*, in *Studi sui principî generali*, cit., p. 125.

(61) Si pensi solo, in questa prospettiva, ai fondamentali contributi di Mortati e Crisafulli, entrambi attivi partecipanti al dibattito degli anni Quaranta sui principî. Valorizza il tentativo dei due costituzionalisti di aprire una ‘terza via’ tra la difesa intransigente della tradizione e la torsione dei principî « in chiave di dottrina del regime », M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall’Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, Laterza, 1990, p. 63 e ss.

politica, due dimensioni ormai sempre più inestricabilmente intrecciate tra loro. E considerata la posta in gioco, non c'è da stupirsi se alcuni scelsero (anche tatticamente) di schierarsi a difesa della tradizione, riaffermando l'equazione secondo la quale i principi, o erano generali, o non erano giuridici ⁽⁶²⁾. Pur con questi limiti e molte ambiguità è tuttavia in quello stesso vivace crogiuolo che il ruolo strategico dei principi, tanto nel fondare l'ordine giuridico, quanto nel guidarne lo sviluppo in ogni sua fase (da quella legislativa a quella interpretativa/applicativa), diviene un po' alla volta un punto teorico di non ritorno.

La nuova categoria dei principi 'informativi' avrebbe fatto il suo debutto ufficiale in occasione dell'importante convegno pisano del 1940 sui *Principi generali dell'ordinamento giuridico fascista* ⁽⁶³⁾, ma di certo i materiali concettuali per la sua messa a punto erano già a disposizione — come abbiamo intravisto — da almeno un decennio. Un decennio complesso, percorso da « ripensamenti e rinnovamenti dottrinali » ⁽⁶⁴⁾, profondamente condizionato, ma non monopolizzato, dalla presenza ingombrante del regime; un decennio —

⁽⁶²⁾ È questa, ci sembra, la strategia prevalente adottata dai civilisti/romanisti che parteciparono al dibattito degli anni Quaranta sui principi generali dell'ordinamento fascista. Cfr. ad es. M. ALLARA, *Sull'opportunità di principi generali del diritto nella nuova legislazione*; G. GROSSO, *Principi generali dell'ordinamento giuridico o dichiarazione politica?*; F. SANTORO-PASSARELLI, *Riflessioni sulla formulazione legislativa dei principi generali di diritto*, tutti in *Studi sui principi generali*, cit., rispettivamente pp. 339-42, 343-58 e 333-8.

⁽⁶³⁾ Dal convegno poi sarebbe derivato il più ampio volume collettaneo del 1943 sopra citato. Cfr. R. TETI, *Codice civile e regime fascista: sull'unificazione del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 169 e ss.; P. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in « Quaderni fiorentini », XXVIII (1999), pp. 175-293; A. SCIUMÈ, *I principi generali*, cit., p. 259 e ss.; I. STOLZI, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 209 e ss. Da ultimo v. il saggio di C. STORTI, *Intorno ai principi generali dell'ordinamento giuridico fascista tra diritto e politica*, in « Journal of Constitutional History/Giornale di storia costituzionale », I (2022), 43, pp. 279-97. Per uno sguardo d'insieme, cfr. *La costruzione della 'legalità' fascista negli anni Trenta*, a cura di I. Biocchi, G. Chioldi, M. Grondona, Roma, RomaTre Press, 2020 e *Il 'groviglio costituzionale' del fascismo: materiali per una mappa concettuale*, numero monografico del « Journal of Constitutional History/Giornale di storia costituzionale », I (2022), 43.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., cap. VI.

quello degli anni Trenta — durante il quale si ridisegnano a fondo i rapporti tra Stato e società, si definiscono nuovi equilibri tra diritto, politica ed economia. Non possiamo neppure di volo accennare a questi profili di trasformazione. Ma se vogliamo risalire alle radici profonde di quel diritto ‘per principi’ di cui oggi celebriamo la centralità, probabilmente è proprio da lì che occorre partire.

GIOVANNI CHIODI

CIVILISTI ALLA RICERCA DEI SEGNI DEL TEMPO:
SGUARDI SUL NOVECENTO GIURIDICO DI PAOLO GROSSI

1. Novecento giuridico, tempo storico di rottura. — 2. «Testimoni vigili del loro tempo»: dal legislatore Vassalli ai giuristi costituzionali.

1. *Novecento giuridico, tempo storico di rottura.*

Lo storico, insegna Paolo Grossi, è colui « che legge i segni come un augure antico e li colloca nel divenire »⁽¹⁾ ed « è soprattutto un realista; il movimento c'è e c'è la crisi, l'uno e l'altra insopprimibili. Prenderne atto senza pigrizie culturali, senza misoneismi, senza pre-giudizii che affondino nella mitologia e, più sotto, nell'ideologia è dovere elementare del giurista proprio come uomo di cultura »⁽²⁾. Queste definizioni, che sono anche dichiarazioni sulla funzione dello storico del diritto, si attagliano perfettamente alla lettura originale che lo stesso Maestro ha dato del Novecento giuridico. Una lettura che ha avuto il merito di superare, dal punto di vista proprio e specifico del diritto, il celebre epiteto di « secolo breve », coniato a suo tempo dallo storico britannico Eric Hobsbawm, pur attento osservatore dei fenomeni politici nello scenario internazionale⁽³⁾. Allo sguardo del giurista, infatti, il

(1) P. GROSSI, *Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli 'atti' di un convegno milanese, e alla ricerca di segni)* (1988), in ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998, p. 20.

(2) P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica* (2002), in ID., *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006, p. 298.

(3) E.J. HOBBSAWM, *Age of Extremes. The Short Twentieth Century, 1914-1991*, London, 1994, trad. it. *Il secolo breve 1914-1991*, Milano, 1997, p. 645: « Il secolo breve è terminato lasciando aperti problemi per i quali nessuno ha o neppure dice di avere le soluzioni. Mentre i cittadini di questa fine di secolo cercano nella nebbia globale che li

Novecento appare come un secolo « lungo »⁽⁴⁾, di transizione, ricco di novità nei suoi strati più profondi. Appartiene a Paolo Grossi, dicevamo, questo taglio peculiare, questo nuovo modo di osservare e interpretare il Novecento, come tempo storico in cui il progetto giuridico della modernità, compiutamente realizzato nell'Ottocento (l'età dei Codici), entra in crisi di fronte alle trasformazioni sociali, economiche e politiche che interessano il diritto a partire dall'ultima decade del secolo della borghesia. Il progetto divenuto realtà, basato sulla rigida separazione dei poteri e sulle fondamenta pubblicistiche dello Stato di diritto, entra in crisi e viene gradualmente superato. In ragione di questo sommovimento, al fine di definire i tratti fisionomici del Novecento, Paolo Grossi si affida a coppie concettuali contrapposte, che individuano campi di tensione: modernità vs pos-modernità; statualità vs fattualità del diritto; dimensione potestativa del diritto vs dimensione sociale; monismo vs pluralismo; gerarchia/monopolio vs relazione; astrazione vs concretezza; soggettivismo individualistico vs rottura del paradigma del soggetto unico di diritto; soggetto vs persona; statuto unitario vs statuto differenziato dei beni; particolarismo vs universalismo; sovranità vs dimensione sovranazionale; legge dello Stato vs Costituzione (intesa come un *prius* rispetto allo Stato); *law* vs *law in action*; piramide vs rete.

Lo storico tematizza e analizza un fenomeno che è di lunga durata, non cristallizzato e articolato in diverse epifanie: il dinamico riappropriarsi del giuridico da parte di tutti gli attori sociali⁽⁵⁾. Ripercorrendo la storia di questo movimento Paolo Grossi ne fa una chiave di comprensione del divenire della storia giuridica, che si distende infatti su tre tempi: medioevo, modernità, pos-modernità. Di più: il disegno non è solo storico. Scavando più in profondità, la

avvolge per la strada per avanzare nel terzo millennio, tutto ciò che sanno con certezza è che un'epoca della storia è finita. La loro conoscenza non va oltre. Per la prima volta in due secoli, il mondo manca del tutto di ogni sistema o struttura internazionale ».

(4) P. GROSSI, *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno* (Ferrara, 22 novembre 2010), in ID., *Introduzione al Novecento giuridico*, Bari-Roma, 2015, pp. 3-40; ID., *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno* (2013), in ID., *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017, p. 43.

(5) Compresi i potenti gruppi economici che la globalizzazione eleva a protagonisti, non senza pericoli distorsivi ben presenti ad es. in GROSSI, *Globalizzazione*, cit., pp. 298-300.

storia, così ricostruita, dischiude una visione ontologica del diritto che affonda le sue radici nel sociale; una visione pluri-ordinamentale anti-normativistica, anti-formalista, insofferente di gerarchie tra le fonti o manifestazioni del diritto; una visione del diritto inteso come « ordinamento del sociale », secondo l'icastica (perché provocatoria) e tuttora valida (perché attuale) prospettiva di *Prima lezione del diritto*: un ordinamento caratterizzato dall'osservanza ed affidato ad una pluralità di fonti. Sappiamo con quanta insistenza e convinzione il giurista Paolo Grossi, alla ricerca dei segni dei tempi, anche ricoprendo l'autorevole ruolo di giudice e presidente della Corte costituzionale, abbia difeso questa concezione, di fronte ad altre diverse impostazioni, con l'arguzia e la carica persuasiva del suo infallibile stile dialettico e della capacità comunicativa e attrattiva della sua parola, tanto scritta quanto parlata, che faceva lievitare e animare la discussione.

Riflettiamo ancora un momento su quanto appena sinteticamente ricordato di questa chiave di lettura storica. I segni dell'ordine giuridico moderno si compendiano nell'endiadi diritto e potere: il diritto ottocentesco, innanzitutto il diritto privato ma non esclusivamente questo solo comparto, è comando che esige obbedienza, è specchio della dimensione potestativa e autoritativa del potere, che si identifica e auto-rappresenta nei Codici, formidabile strumento politico, formidabile mezzo strategico di appropriazione esclusiva del giuridico che, almeno nelle dichiarazioni programmatiche di legislatori e giuristi, taglia fuori dal circuito della produzione del diritto altre fonti ben altrimenti vivaci nell'età moderna pre-rivoluzionaria: la consuetudine, la dottrina, la giurisprudenza.

Nell'Ottocento giuridico, la fonte primaria del diritto privato è rappresentata dal Codice civile, che nello Stato di diritto ottocentesco funge anche da vera e propria costituzione della società borghese ⁽⁶⁾; per essere più precisi bisognerebbe anzi riferirsi ai Codici

(6) Lo ha ribadito in pagine molto belle P. GROSSI, *Il mondo delle terre collettive. Itinerari giuridici tra ieri e domani*, Macerata, 2019, pp. 20-21: « Poiché la civiltà borghese è civiltà dell'*avere*, dove tanto più si è quanto più si ha, e dove protagonista è il patrimonio, è il cittadino in quanto *abbiente*, in quanto proprietario, è ovvio che ci sia, al centro del suo programma, e che assuma un carattere *costituzionale*, cioè fondante la propria struttura socio-politica, la proprietà privata individuale, finalmente liberata dai

civili, ciascuno con la propria storia, ciascuno portatore dei suoi messaggi. Paolo Grossi, tuttavia, individua soprattutto un archetipo di Codice civile come rappresentativo della modernità: il *Code civil*, con il suo omologo italiano, destinato nel tempo a diventare « l'invecchiatissimo manufatto del 1865 con le sue intelaiature posnapoleoniche » (7).

Entrambi i Codici, per scendere sul piano dei contenuti, si caratterizzano per il disegno di una proprietà astratta e unitaria; di un contratto individuale, disciplinato da una parte generale che si preoccupa di garantire l'accesso al mercato a tutti, di tutelare la libertà del consenso, con qualche apertura ad istanze oggettive in alcune celebri clausole generali (ordine pubblico, buon costume, buona fede), fondato su un modello in definitiva astratto di contraente. Il contratto collettivo è creatura della società industriale di fine Ottocento, così come il contratto di adesione, termine coniato da Raymond Saleilles (un altro dei giuristi prediletti dal Nostro), è il nuovo modello spersonalizzato di contrattazione in serie, dove la negoziazione è assente. I conflitti collettivi non turbano ancora l'armonia dei Codici civili francese ed italiano, e nemmeno le proprietà collettive. Rispetto alla minuziosa disciplina contrattuale, la responsabilità civile è affidata a sei articoli: su questi pochi articoli, tuttavia, è soprattutto la giurisprudenza (come già con i nove articoli dell'ermeneutica contrattuale) a plasmare un tessuto di regole disciplinanti anche i nuovi fenomeni industriali. L'astrazione è in generale la tecnica prediletta dal legislatore. Oltre la trilogia proprietà, contratto, responsabilità civile, l'orizzonte privatistico è più vasto e comprende anche i percorsi di altri rami del diritto civile, del diritto commerciale (munito di un proprio Codice) e del nascente diritto

ceppi inchiodanti delle pesantezze feudali dell'Antico Regime, e che ci siano — con caratteri parimente *costituzionali* — i due strumenti vitali alla sua circolazione, il contratto e le regole disciplinati la successione per causa di morte ».

(7) Il giudizio, che può apparire sprezzante e irriverente, ma è realistico (Vassalli parlava di 'agonia' del Codice), si legge in P. GROSSI, *L'avvio di un itinerario scientifico (Una lettura del primo volume degli 'Scritti giuridici' di Salvatore Pugliatti)* (2008), in Id., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, II, Milano, 2014, pp. 7-32, p. 21. Per gli altri rilievi: Id., *Code civil: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, in « Quaderni fiorentini », 35 (2006), pp. 83-114; Id., *Il diritto nella storia dell'Italia unita*, Napoli, 2012, pp. 16-19.

del lavoro. Il civilista italiano, in questo paesaggio di fonti, dopo la metà del secolo diventa un costruttore di dogmi, categorie, concetti; il dialogo con la giurisprudenza affronta fasi diverse, a seconda dei campi; nelle professioni metodologiche prevalgono il monismo e il legalismo.

Il Novecento, viceversa, è il secolo del pluralismo giuridico, termine assai caro a Paolo Grossi, che ne fa la categoria ordinante dei suoi studi, il motivo e la causa delle sue numerose ricerche sulla scienza giuridica del XX secolo. Una prima osservazione s'impone: quest'angolazione porta lo storico del diritto, dopo molteplici indagini sul medioevo e sulla modernità, ad allargare lo sguardo al Novecento; è un invito metodologico, dunque, quello di Paolo Grossi, a non trascurare questo segmento di storia del diritto. Da qui le meticolose ricerche sulla scienza giuridica novecentesca, in particolare sui singoli cultori del diritto civile e commerciale (ma non soltanto), in particolare italiani, ma con frequenti incursioni oltralpe: si pensi soltanto ai noti studi intorno a Saleilles e a Gény ⁽⁸⁾.

In cosa si sostanzia la nuova apertura pluralista del giurista del Novecento? Circoscriviamo l'orizzonte alla scienza giuridica civilistica, alla quale Grossi ha dedicato scavi di riconosciuta importanza e anche di avanguardia, si potrebbe dire, nella storiografia giuridica. Si tratta di studi ora per la massima parte raccolti nei due volumi significativamente intitolati *Nobiltà del diritto* e oggetto di tre sintesi: *Scienza giuridica italiana* (2000), *La cultura del civilista italiano* (2002), *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno* (2021).

Quali sono i tratti distintivi dei giuristi novecenteschi che in ambito privatistico si sono dimostrati più sensibili a cogliere « i segni del tempo »? Il discorso, com'è noto, è complesso. Le indagini grossiane tuttavia sono accomunate da un filo rosso chiaro: esse fanno emergere le figure dei giuristi più originali, più visionari, più pronti a varcare i confini e ad ampliare lo sguardo sui nuovi fenomeni economici e sociali, a riformare, se non a rivoluzionare, il metodo. Il Novecento è quindi anche il secolo della liberazione del giurista: « il nascosto filo di Arianna che, in ben altri tempi e di ben

⁽⁸⁾ P. GROSSI, *Ripensare Gény* (1991) e *Assolutismo giuridico e diritto privato. Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles* (1993), in ID., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, 2008, rispettivamente pp. 217-267 e pp. 269-337.

maggiore chiusura, è riuscito a tessere e tendere una catena di giuristi insofferenti della condanna al silenzio e consapevoli della propria capacità ricostruttiva, un filo non vistoso ma continuo che corre ininterrotto »⁽⁹⁾. In questa direzione, il Novecento per lo storico Paolo Grossi ha la stessa forza attrattiva del medioevo, pur non identificandosi affatto in un improbabile e antistorico ritorno a quel tempo storico ormai concluso⁽¹⁰⁾.

I giuristi (non solo civilisti) ai quali si è fatto riferimento sono quelli per i quali l'interpretazione riacquista il compito di intermediazione tra i testi legislativi e i fatti⁽¹¹⁾ e le cui 'invenzioni' sono il prodotto di uno sguardo che va oltre i Codici: le leggi speciali, ad esempio, che depongono l'astrattezza civilistica e perciò sono in un primo momento fuori dal *focus* della scienza egemonica, tutta concentrata a conservare centralità al diritto comune civilistico e a confinare le prime leggi sociali tra le norme eccezionali intrise di diritto pubblico⁽¹²⁾; la prassi contrattuale e consuetudinaria; la giurisprudenza; l'esperienza di altri sistemi giuridici e di altre culture. Questo tratto tipicamente storicistico e perciò tutto novecen-

⁽⁹⁾ GROSSI, *Epicedio*, cit., p. 24.

⁽¹⁰⁾ Cfr. in particolare GROSSI, *Ultima verba*, in ID., *L'invenzione del diritto*, cit., pp. XVIII-XIX.

⁽¹¹⁾ *L'interpretatio* (non è un vezzo se lo storico usa la denominazione latina, che possiede un più vasto campo semantico rispetto al vocabolo italiano) si trasforma in 'esegesi', cioè, agli inizi dell'esperienza ottocentesca, una lettura rigida e passiva del testo normativo. Non più intermediazione tra i testi legislativi e i fatti, ma subordinazione alla volontà del legislatore, che ha il monopolio del diritto. Questa parabola, che secondo Paolo Grossi ha intensamente condizionato il giurista (e il giudice) continentale al punto da potersi qualificare come un declino della giuridicità, ha cambiato corso nel Novecento, secolo di riscoperta dell'interpretazione.

⁽¹²⁾ Di conseguenza, nella visione di Paolo Grossi giganteggiano personaggi come il giovane Francesco Carnelutti, prima libero docente di diritto commerciale a Padova e poi professore a Catania, che si distacca dalla comune opinione per fare oggetto precipuo delle sue costruzioni le 'impure' e 'grezze' leggi speciali: GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 125-128, p. 128 con riferimento al Carnelutti giuslavorista, intento ad esplorare « ancora i lembi estremi delle nuove terre emerse nei primi anni del secolo »; ID., *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 49-51. Non c'è da stupirsi di questa consonanza: come confesserà lo stesso Carnelutti più tardi nel suo romanzo autobiografico *La strada* (1941), egli era attirato dal diritto in azione e dai casi vissuti da uomini in carne e ossa e non da « fantocci addormentati ».

tesco di recupero del diritto come dimensione della società (13), e non come semplice riflesso della volontà di un legislatore, Paolo Grossi lo ravvisa solo in alcuni pionieri del pluralismo pos-moderno, *homines novi* capaci di « percepire e afferrare le novità, fondarle più robustamente grazie ad arricchimenti provenienti dall'esperienza politica e sociale nascente in Italia, attingere da culture giuridiche diverse alle quali — finalmente — si poteva guardare liberamente » (14).

Nell'occuparsi di questi giuristi, inoltre, alla prospettiva grosiana è connaturata la ricostruzione di un 'itinerario' scientifico. L'itinerario è — sono parole dello stesso Maestro — « un percorso né piatto né immobile né uni-lineare, ma al contrario, reso elastico dalla disponibilità del camminatore » (15). Un percorso quindi che è spesso accidentato, tormentato, solcato da disagi, dubbi e insoddisfazioni, non uniforme, come spesso accade quando si incrociano percorsi che prima marciavano su binari paralleli.

I personaggi che Grossi predilige sono quelli che abbandonano le vie comode e radicate per avventurarsi lungo sentieri ignoti, quelli che si distaccano dal coro per la loro « immersione entro l'incandescenza del magma storico » (16); i giuristi sperimentatori, coraggiosi per la loro apertura culturale. Ed è dunque negli scritti che delineano l'itinerario di ciascuno di essi che si rispecchiano i caratteri del secolo nuovo. Scritti che presentano due note caratteristiche su tutte: la cura con cui l'Autore, nel ricostruire le tessere del mosaico, raccoglie e mette puntigliosamente insieme i segni rivelatori di una nuova sensibilità, i tratti culturali e metodologici, estratti dall'economia del discorso tecnico, quando non da saggi già all'origine di cifra programmatica; la coerenza e la passione civile dello storico che, nel Novecento giuridico, vede l'avvio della demitizza-

(13) Da ultimo P. GROSSI, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno* (2013), in ID., *L'invenzione del diritto*, cit., p. 43; ID., *Percorsi nel giuridico pos-moderno* (2016), ivi, p. 96; ID., *Il diritto in Italia, oggi, tra modernità e pos-modernità* (2013), in ID., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. 3.

(14) P. GROSSI, *Le 'prolusioni' dei civilisti e la loro valenza progettuale* (2012), in ID., *Nobiltà del diritto*, II, cit., p. 208.

(15) P. GROSSI, *Lungo l'itinerario di Piero Calamandrei* (2009), in ID., *Nobiltà del diritto*, II, cit., p. 53.

(16) Ivi, p. 45.

zione della modernità e della ‘grande trasformazione’ dello Stato di diritto in Stato costituzionale e pluralistico: un fenomeno che sarebbe anacronistico disconoscere e che assegna alle nuove generazioni di giuristi e di giudici il compito (indubbiamente coraggioso e non scevro da difficoltà) di ripensare le coordinate di un paesaggio giuridico divenuto più complesso ⁽¹⁷⁾. La fiducia nelle capacità inventive dei giuristi e dei giudici (il vocabolo ‘invenzione’ nell’epistemologia grossiana è l’esatto opposto del monismo illuministico e post-illuministico) è ciò che lega tra loro densi contributi come *Novecento giuridico* (2015) e *Ritorno al diritto* (2015), da una parte, *L’invenzione del diritto* (2017) e *Oltre il diritto* (2020) dall’altra, così da chiudere il cerchio intorno al messaggio che lo storico del diritto Paolo Grossi ritiene di dover indirizzare ai giuristi contemporanei: non aver timore del cambiamento, affrontare il problema certamente arduo e non eludibile del « disordine delle fonti del diritto » o meglio della « odierna incertezza del diritto » (titolo di un suo eloquente e pungente intervento del 2014, già nelle vesti di giudice costituzionale) caratterizzante il terzo millennio ⁽¹⁸⁾. Lo storico, in altre parole, asseconda con la sua ricostruzione il movimento della storia e si oppone, con lo stile franco e schietto di sempre ⁽¹⁹⁾, alle

⁽¹⁷⁾ La rimozione del passato è antistorica come, con riguardo ad altra rivoluzione senza ritorno, ha osservato K. POLANYI, *The Great Transformation. The Political and Economic Origins of Our Time*, Boston, 1944, trad. it. *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Torino, 2010, p. 313: « Per quanto l’umanità sia ancora lontana dall’essersi adeguata all’uso delle macchine e per quanto grandi siano i cambiamenti ancora in atto, il ritorno al passato è altrettanto impossibile quanto il trasferimento dei nostri problemi ad un altro pianeta ».

⁽¹⁸⁾ P. GROSSI, *Sulla odierna ‘incertezza’ del diritto*, in Id., *Ritorno al diritto*, cit., pp. 5-95. In questa relazione (Napoli 3 ottobre 2014) il discorso cade sul fatto che nel Novecento le certezze ottocentesche dello Stato di diritto hanno ceduto il passo all’incertezza, le certezze immobili ad una mobilissima incertezza, così che, come si legge in un altro scritto, *Il diritto civile tra le rigidità di ieri e le mobilità di oggi* (2009), anche in Paolo Grossi, a cura di G. Alpa, pp. 211-218, « il terreno non è più fatto di stabile roccia ma di argilla mobilissima » (p. 234) e non è più possibile « misurare la giuridicità con un metro statualistico » (p. 236). È la premessa delle tesi sviluppate in P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Bari-Roma, 2020.

⁽¹⁹⁾ Paolo Grossi ha fatto spesso ricorso alla letteratura per descrivere il mestiere e la funzione dello storico giurista, e quindi anche se stesso. Viene subito alla memoria quel bellissimo frammento del poeta Mario Luzi, da lui posto in esergo anche

prospettive che, nella sua ottica, sono incomprensioni e chiusure antistoriche.

Vorrei ricordare a questo proposito uno squarcio molto suggestivo di una sua Conferenza del 2011 al Consiglio nazionale forense, un « realistico messaggio di ottimismo » che fa fede anche come testimonianza di un forte impegno civile e non solo scientifico, nell'ottica di cui dicevamo poc'anzi: « lo storico del diritto guarda senza rimpianti o compiacimenti il processo in corso, e lo coglie come una crescita, non una esecrabile alterazione patologica della nostra civiltà giuridica, bensì un fisiologico assestamento verso un nuovo paesaggio giuridico, che non è ancora definito (e da qui discende il nostro disagio), ma che sicuramente realizzerà una maggiore coerenza tra la corsa dei fatti e la statica delle forme e delle immobilizzazioni sistematiche » (20).

Grossi ha veramente saputo tenere fede, pensando e agendo, ad un motto di Pierre Teilhard de Chardin (*Lettres de voyage 1923-1955*), che ha voluto anteporre anche al suo ultimo libro: « le passé m'a révélé la construction de l'avenir » (21).

2. « *Testimoni vigili del loro tempo* »: dal legislatore Vassalli ai giuristi costituzionali.

Nel libro *Scienza giuridica italiana*, Paolo Grossi ha tracciato un primo disegno storico sulle vie percorse dai giuristi italiani in cento anni di attività, facendo tesoro delle sue numerose biografie intellettuali di singole personalità giuridiche del Novecento giuridico. Ne è venuto fuori uno studio a largo raggio, i cui protagonisti non sono solo i civilisti, ma anche commercialisti, lavoristi, pubblicisti, processualisti, penalisti, filosofi. Nel concepire questa rifles-

a *L'invenzione del diritto* (2017): « Rimani tesa volontà di dire. Tua resti sempre e forte la nominazione delle cose. Delle cose e degli eventi. Non cedere umiltà e potenza ». Mi sembra che questi versi scolpiscono plasticamente anche la passione civile spesa nel trattare i connotati del Novecento giuridico e nel parlare davanti a platee di giudici e giuristi in numerosi discorsi, ora raccolti anche in GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., 'libretto' in armonica consonanza con la sua celebre *Prima lezione di diritto*, Milano, 2003.

(20) P. GROSSI, *Nobiltà culturale degli avvocati dell'Italia unita* (2011), in ID., *Nobiltà del diritto*, II, cit., pp. 136-137.

(21) Già ad es. in GROSSI, *Epicedio*, cit., p. 14.

sione sul ruolo dei giuristi italiani nel passaggio dallo Stato liberale allo Stato corporativo fascista e da questo al primo scorcio della Repubblica, l'Autore ha voluto deliberatamente attirare l'attenzione sull'esperienza nazionale, inserendo il pensiero giuridico italiano nelle grandi correnti del secolo. Vale la pena sottolineare questo dato e lo facciamo rileggendo un passo della prefazione dettata a fine d'anno del 1999 dal suo rifugio di Citille in Chianti: « La provincia italiana segnala non un gregge di esegeti onanisticamente dèditi a esercizi scolastici sui testi legislativi, ma una consapevole scienza in continua ricerca: che fa i conti con la realtà storica in trasformazione, che vi si adegua, che elabora insomma un insieme ammirevole di strumenti interpretativi e ordinativi di quella » (22). Non è possibile in questa sede indicare tutte le intuizioni che Paolo Grossi ha disseminato nelle sue attente letture dei giuristi. In questa seconda parte del discorso sembra però opportuno fare qualche esempio di tali interpretazioni, perché è anche grazie a questi studi di scavo sulle singole personalità che è venuto emergendo la sagoma del Novecento giuridico.

Non posso non iniziare da Filippo Vassalli, ed è un inizio sicuramente personale anche se non arbitrario. Ma ho l'impressione che in Vassalli, giurista dalle molteplici dimensioni, non riducibili a quella pur rilevante di capace professore-avvocato, Paolo Grossi abbia riconosciuto più che in altri i tratti caratteristici del giurista novecentesco, proprio per il suo ruolo di legislatore, cioè di artefice della codificazione civile, il sacrario della legalità tradizionale e ottocentesca (23). Il riferimento è *in primis* al saggio antesignano del 1997: ma a Vassalli il Nostro ritorna continuamente, fino a dedicargli un apposito capitolo nel suo ultimo libro (24). Cosa lo aveva colpito di questo 'itinerario' alla ricerca dei segni del tempo?

(22) P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, p. XVII.

(23) P. GROSSI, *Il disagio di un 'legislatore' (Filippo Vassalli e le aporie dell'assolutismo giuridico)* (1997), in ID., *Nobiltà del diritto*, cit., p. 421: « 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 ».

(24) P. GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, 2021, pp. 31-33.

Lo avevano colpito, allora, le considerazioni svolte nella prolusione genovese del 1918, in cui Vassalli aveva segnalato meglio di altri lo spartiacque della prima guerra mondiale: non semplicemente un evento produttore di leggi eccezionali, ma un evento responsabile di una nuova dislocazione di confini tra il diritto pubblico e il diritto privato, venuto a maturazione già da vari anni ma solo ora evidente. È il Vassalli che osserva preoccupato, da romanista e da civilista convinto della extra-statalità del diritto civile (già allora c'è il germe di questa concezione) il declino del vecchio modo di concepire il diritto privato come spazio libero dall'interferenza dello Stato, affidato alla libera determinazione delle volontà private e ora invece oggetto dell'abbraccio statale, perché lo Stato, a causa della guerra, si fa promotore di un intervento che scardina definitivamente i vecchi ceppi confinari e la vecchia neutralità. Vassalli, in questo momento, vede con diffidenza questa intrusione, benché la legislazione bellica avesse anche fini protettivi dei più deboli, come acutamente nota Paolo Grossi. Il disagio nasce dal vedere il diritto privato sempre più sottratto all'elaborazione della scienza e il fenomeno, per un giurista ancora in quella fase individualista, non può essere accolto con favore: « 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 » (25). Ecco dunque il civilista dare l'allarme di fronte al dirigismo di Stato, al ruolo più forte dello Stato (che più tardi diventerà totalitario) nell'economia di mercato come soggetto politico produttore di norme e regolatore in antagonismo alla volontà dei privati e a scapito del diritto civile, che Vassalli identifica ancora come il diritto comune dei privati e deposito secolare di principi razionali. Lettura acuta di un saggio classico, le cui aporie vengono però messe in luce.

Così come è tuttora condivisibile la lettura della prolusione romana del 9 dicembre 1930 come « ripensamento organico » del

(25) Ivi, p. 428.

metodo del giurista, in cui Vassalli chiarisce che cosa non lo soddisfa del vecchio approccio al Codice, che egli considera superato. Se il Codice civile altro non è che un utile strumento di organizzazione del giuridico, ciò non vuol dire però che il diritto debba identificarsi esclusivamente con esso. La demitizzazione del Codice civile e dell'interpretazione intesa come ricerca della volontà del legislatore: è questo che a Paolo Grossi interessa mettere in chiaro del discorso di Vassalli, che viceversa guarda con favore a « metodi più liberi d'interpretazione » senza essere un giusliberista, e al percorso di unificazione del diritto appena timidamente iniziato con il progetto italo-francese, espressione di un ruolo attivo della scienza giuridica che, nello stesso messaggio, si nota anche nella rivendicazione di un ruolo del pari attivo del giurista nella elaborazione delle leggi, poiché era impossibile legiferare facendo *tabula rasa* delle regole provenienti dal passato essendo il diritto « opera dell'arte: opera di legislatori, di giuristi, di tribunali, e pur di quell'elemento tecnico e impersonale ch'è la consuetudine » (26). Se aggiungiamo anche l'interpretazione estesa che Vassalli dà dei principi generali dell'ordinamento menzionati nel celebre art. 3 delle preleggi del Codice civile del 1865, ne esce il quadro di un giurista poco incline ad esaltare l'onnipotenza del legislatore.

C'è un altro segmento interessante che Paolo Grossi coglie molto bene del pensiero di Vassalli ed è quello del superamento della vecchia concezione individualistica della proprietà. Egli, infatti, che negli anni Trenta sulle orme di Betti, condividendo la transizione del negozio giuridico da atto di volontà a regolamento di interessi, si distacca dall'individualismo (sua infatti è l'affermazione che « il contratto concepito per il singolo caso, com'è nella previsione del codice, è ormai un'astrazione, comunque caso non frequente, quando il traffico quotidiano è retto da contratti imposti con formulari » (27)), è anche il consapevole inventore di una nuova concezione di proprietà. Insoddisfatto della definizione codicistica, che vorrebbe anzi espunta dal nuovo codice civile in quanto non

(26) F. VASSALLI, *Arte e vita nel diritto civile*, in Id., *Studi giuridici*, II, Milano, 1960, pp. 395-414, p. 399.

(27) Ivi, p. 412. La trasfigurazione del contratto, come la chiamava Lorenzo Mossa, è perfettamente dipinta da GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 237.

solo inutile (e su questo versante rimarrà inascoltato), ma anche non realistica, essendo tutta incentrata sui poteri del proprietario, secondo lui più che di uno statuto unitario della proprietà è necessario parlare di statuti differenziati e di proprietà al plurale, ciascuna con un proprio regime. È lo spunto già lanciato da Enrico Finzi verso uno spostamento del baricentro del diritto di proprietà da potere a funzione, dal potere del soggetto sulle cose alle cose stesse, e che sarà sviluppato in altre direzioni da Pugliatti e successivamente da Rodotà, secondo una progettualità tipicamente novecentesca nettamente individuata e descritta da Paolo Grossi ⁽²⁸⁾. Proprietà e contratto: l'una non più unitaria e astratta, non più « la proprietà imbalsamata sotto la campana di vetro del Codice del 1865 » ⁽²⁹⁾; l'altro non più individuale e astratto.

È la prospettiva dei fatti economici che ora prendono il sopravvento sulla volontà del soggetto: un *leitmotiv* grossiano, che percorre in filigrana anche studi dedicati ad altri maestri. Interessa qui metterlo in evidenza con riguardo all'itinerario di Vassalli, non senza precisare un dato importante: il maestro romano intensifica le sue riflessioni sulla proprietà durante la temperie fascista e nel bel mezzo della riforma del codice civile di cui nel 1939 diventerà il maggior responsabile. Non si può allora non fare cenno al fatto che le sue considerazioni, lungi dall'astrarsi dalla realtà, erano consapevoli delle strade che andava percorrendo il fascismo, con una fitta legislazione speciale, la Carta del lavoro e più in generale il corporativismo e il suo ordinamento. Quale spazio, dunque, riservare nel Novecento a questo fenomeno dalle molte sfaccettature? La risposta che leggiamo in un bel capitolo di *Scienza giuridica italiana* di Paolo

⁽²⁸⁾ P. GROSSI, *Enrico Finzi: un innovatore solitario* (2013), in ID., *Nobiltà del diritto*, II, cit., pp. 241-296; ID., *Rileggendo le "Note critiche in tema di proprietà"* (1960) (2013), ivi, pp. 229-239.

⁽²⁹⁾ P. GROSSI, *Salvatore Pugliatti giurista inquieto* (2003), in ID., *Nobiltà del diritto*, cit., pp. 531-555, p. 545. È viceversa la proprietà quale configurata dalle leggi speciali a interessare il giurista: ID., *L'avvio di un itinerario scientifico (Una lettura del primo volume degli "Scritti giuridici" di Salvatore Pugliatti)* (2008), in ID., *Nobiltà del diritto*, II, cit., pp. 7-32, p. 22.

Grossi non lascia adito a dubbi: « fecondità di una ambiguità »⁽³⁰⁾. Anche il corporativismo, anzi i corporativismi, rappresentano dunque un'epifania della complessità novecentesca e conquistano anche un regime totalitario come quello fascista, che si proclama anti-individualista e intende superare l'atomistica visione liberale per fare posto alle masse, ai sindacati, alle imprese, alle corporazioni, ma per inquadrarle in una rigida struttura statale. La bipolarità del corporativismo fascista è benissimo colta da Paolo Grossi, che avverte tutta la contraddizione esistente nello Stato autoritario, aperto sì al pluralismo, consapevole del ruolo della nazione, delle comunità e delle altre soggettività collettive in essa comprese, ma solo per addomesticarle e controllarle. La lettura del giudizio dato sulla legge di Rocco del 1926 è istruttiva⁽³¹⁾.

Secondo spunto originale di lettura: l'attenzione dedicata al blocco di scritti vassalliani dell'età repubblicana, conferenze dedicate rispettivamente alla missione del giurista nella elaborazione delle leggi (1950); alla estrastatalità del diritto civile (1951)⁽³²⁾; all'esame di coscienza di un giurista europeo (1951). Il fulcro di questi discorsi nell'interpretazione di Paolo Grossi si può compendiare in un motto caro allo stesso Maestro: « richiamare il diritto ai giuristi ». Ed è effettivamente quello il senso di questi e altri interventi: segnalare che il protagonista del diritto è lo scienziato in senso largo, anche quando prende parte al lavoro codificatorio e non può sottrarsi all'incontro con la politica in una irrealistica neutralità, perché « se questa opzione per la legge non si può e forse non si deve

(30) GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 171-184; ma si veda anche la vivida rappresentazione dell'incontro di Lorenzo Mossa con il corporativismo, pp. 207-211.

(31) Ivi, p. 177: « La Legge del '26, che reca l'impronta inconfondibile del Guardasigilli di allora, Alfredo Rocco, e che rivela bene lo sforzo dello statalista Rocco di imbrigliare i sindacati all'interno dello Stato e di devitalizzare le espressioni pluralistiche, è il fedele documento della versione — e deformazione — autoritaria di un ordinamento corporativo ». Altra acuta notazione si legge in ID., *Il diritto civile in Italia*, cit., p. 37. Era la risposta di Rocco alla 'crisi' dello Stato, denunciata da Santi Romano.

(32) Messaggio particolarmente apprezzato da Paolo Grossi, allora passato sotto silenzio se non apertamente criticato da G. TEDESCHI, *Diritto civile e legislazione*, in *Atti del primo convegno nazionale di studi giuridico-comparativi*, Roma, 1953, pp. 657-692, in particolare pp. 667-668, p. 672, dove si sottolinea il *deficit* democratico della proposta vassalliana.

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»⁽³³⁾. Non solo: si propone di affidare ai giuristi il compito rilevante di promuovere l'unificazione del diritto oltre i confini nazionali. È un altro attacco alla statualità del diritto che si trasforma in un appello. Paolo Grossi ha afferrato lucidamente il senso di queste parole. In fondo tutto ruota intorno al superamento del dogma della sovranità, di cui Vassalli incomincia a parlare nel diritto pubblico e internazionale, in un articolo pubblicato nel 1946 ma risalente al novembre-dicembre 1945⁽³⁴⁾ e nel resoconto della missione a Londra cuore pulsante del *common law*, presentato all'Associazione italo-britannica di Roma il 21 marzo 1946; un discorso in cui, al ritorno dalla visita alle principali istituzioni giuridiche della capitale del Regno Unito, egli volle riflettere sulla sua esperienza di osservatore del mondo politico e giuridico anglosassone⁽³⁵⁾, nel quale la produzione del diritto non era centrata esclusivamente sul legislatore.

Può sembrare che la critica al positivismo giuridico e al mito del Codice nel discorso di Vassalli, « il più 'autore' fra gli 'autori' »⁽³⁶⁾ del Codice civile, costituisca paradossalmente una tappa di cesura nel suo percorso, una sorta di ripensamento se non addirittura di abiura del suo ruolo di 'legislatore', ma non è così, come dimostrato dallo stesso Paolo Grossi: essa è piuttosto una costante dello storicismo e del pluralismo giuridico di Vassalli⁽³⁷⁾.

(33) GROSSI, *Il disagio di un 'legislatore'*, cit., p. 440.

(34) F. VASSALLI, *Superamento dello Stato nazionale e della sovranità statale*, in « La Comunità Internazionale », I (ottobre 1946), 4, pp. 483-487, anche in Id., *Studi giuridici*, II.2, *Studi vari (1942-1955)*, Milano, 1960, pp. 599-604.

(35) F. VASSALLI, *Osservazioni di uomini di legge in Inghilterra*, Roma, 1946, anche in Id., *Studi giuridici*, II.2, cit., pp. 559-587.

(36) GROSSI, *Il disagio di un 'legislatore'*, cit., p. 378 per la definizione riportata nel testo.

(37) Interpretazione confermata da ultimo in GROSSI, *Il diritto civile in Italia*, cit., pp. 31-32. Anche nel 1952 Vassalli non esita a dichiarare che « il mito del codice sta tramontando di fronte al dilagare in tutti i paesi della legislazione speciale, la quale veramente sommerge quell'edificio più solenne e armonico che attraverso i secoli il lavoro pacato dei giureconsulti aveva contribuito a costruire ». Sono parole pronunciate in una conferenza a Bruxelles, *Il nuovo codice civile italiano*, traduzione italiana a stampa, pp. 399-410, 399, poi non pubblicata nei suoi *Studi giuridici*, originale in lingua francese

Le indagini più recenti sul Codice civile hanno confermato la sua « visione pluralistica delle fonti e la persuasione fermissima che il Codice altro non era se non la punta emergente di un ben più vasto continente sommerso »⁽³⁸⁾. Vassalli, anzi, se possibile, avrebbe preferito lasciare fuori dal Codice le leggi speciali. Si può ritenere che, al cospetto del sistema giuridico inglese e nel clima post-bellico, le sue convinzioni si siano rafforzate, in una direzione che agli inizi degli anni Cinquanta come già ricordato condurrà a quella forte e quasi eretica presa di posizione a favore della « estrastatualità » del diritto civile.

L'adesione al moto di superamento della sovranità nazionale sembra accostare Vassalli a Piero Calamandrei, il cui impegno nella costruzione del federalismo europeo e della democrazia costituzionale è tuttavia incommensurabile. L'attrazione per il mondo di *common law* lo distanziava invece da Betti, con cui aveva altre assonanze. Questa sensibilità sarà al contrario sviluppatissima in un allievo intelligente e colto come Gino Gorla, che non casualmente Paolo Grossi colloca al centro del rinnovamento metodologico del secondo Novecento e a pieno titolo, dal momento che i due volumi sul contratto campeggiano tuttora come un'opera singolare nel panorama di quegli anni, pur dominato da finissime ricostruzioni di teoria del negozio giuridico e delle obbligazioni come quelle di Betti.

Eppure, allo sguardo del Nostro, tali opere, che non si potrebbero immaginare più diverse, rivelano un altissimo significato culturale e metodologico, anche se per motivi differenti. Infatti con i due volumi de *Il contratto. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico* (1955), concepito negli Stati Uniti, « Gorla non apriva soltanto la sua esperienza di studioso a quel pianeta di *common law* tanto poco frequentato dal misonoista civilista italiano così imbalsamato nella sua 'mummificazione' romanistica, ma introduceva nella cultura giuridica italiana un modello alternativo »⁽³⁹⁾, « un confronto con modelli alternativi, modelli non da imitare ma con cui confrontarsi impostando un dia-

dal titolo *Le code civil italien*, in « Revue de droit international et de droit comparé », 1952, 3-4, p. 3 dell'estratto, Bruxelles, 1953.

⁽³⁸⁾ GROSSI, *La cultura del civilista italiano*, cit., p. 82.

⁽³⁹⁾ Ivi, p. 135.

logo » (40). Era tracciato un cammino inaugurato dalla figura singolare ed eccentrica di Giacomo Venezian nel campo dei *torts* (41) e che negli anni Sessanta percorreranno con successo e metodologie differenti Rodotà da un lato e Trimarchi dall'altro.

Ma è altrettanto positivo, anche se per motivi diversi, il giudizio sul Betti dogmatico degli anni Quaranta e Cinquanta. Il termine potrebbe far pensare ad un pensatore astratto. Invece la lezione di Betti è quella di una forte « missione speculativa », che lo porta ad essere « tra i più aspri censori di tutti quei dogmi della civiltà borghese » e ad immergere la sua riflessione nel sociale: da qui l'alta considerazione sia per la *Teoria generale del negozio giuridico* (1943, seconda ed. 1955, nel *Trattato di diritto civile* diretto da Vassalli) sia per la *Teoria generale delle obbligazioni* di Betti (1953-1955). Del primo *opus* Paolo Grossi mette in evidenza l'abbandono del volontarismo e la tensione verso il sociale (42); del secondo sottolinea i criteri della solidarietà e della cooperazione, che costituiscono la traccia dell'intera costruzione, facente perno sulla clausola generale di buona fede. Della divisa epistemologica di Betti, infatti, a Grossi piacciono sia la capacità di valicare i confini disciplinari all'interno del diritto, come testimonia la sua perizia nel campo del diritto processuale civile, sia la capacità di ragionamento filosofico, come attestano i suoi studi sulla teoria dell'interpretazione, sia la capacità costruttiva di concetti, l'abilità « disegnatrice di categorie studiate non per fare violenza ai fatti ma per evidenziarne, senza tradimenti e col sussidio di strumenti culturali logici tecnici, i

(40) GROSSI, *Il diritto civile in Italia*, cit., p. 59. Lo scopo antiformalistico è enunciato a chiare lettere nella prefazione al I volume nelle Avvertenze al II, p. V: « Vogliamo noi uscire dal dogmatismo o dal principio autoritario, abito mentale cui hanno contribuito le codificazioni e altri fatti importanti della nostra storia? Vogliamo, liberandocene, avere più giudici e giuristi, in genere, ispirati dal senso dello sviluppo e del divenire del diritto [...] senso della continuità, ma anche libertà ed indipendenza di giudizio e quindi capacità creativa e di sintesi? ».

(41) GROSSI, *La cultura del civilista italiano*, cit., pp. 35-42; Id., *Il diritto civile in Italia*, cit., pp. 31-33.

(42) Ivi, p. 55: « Il 'negozio' non è la proiezione all'esterno di un atteggiamento psicologico che matura e si compie all'interno dell'individuo, ma interessa la vita di relazione, si configura come fenomeno sociale e va individuato nella sua *funzione* economico-sociale ».

lineamenti essenziali altrimenti sepolti sotto la congerie particolaristica » (43).

Secondo Novecento, si è detto sopra: sì, perché il secolo lungo per Paolo Grossi non è affatto un monolite. La ‘grande trasformazione’, in ambito privatistico, era iniziata nel primo Novecento, con una diversa concezione della legge, dell’interpretazione e delle clausole generali. Legge: non più atto di volontà, ma regola oggettiva della società. Interpretazione: non più ricerca della volontà del legislatore, ma attribuzione di senso al testo normativo che può prescindere dalla volontà del legislatore storico per riempire di nuovi contenuti la forma, purché sempre all’interno della cornice semantica del testo (44). Clausole generali: aperture alla discrezionalità del giudice a cui il legislatore ricorre come alternativa alla legislazione per fattispecie quando si tratta di risolvere conflitti d’interesse che esigono una valutazione concreta e flessibile, che non è possibile racchiudere in una norma rigida. Erano stati tutti tentativi di superare l’eccessivo legalismo dei primi esegeti e perciò i civilisti auspicanti nuovi metodi d’interpretazione o un uso non più eccezionale ma fisiologico delle clausole generali divengono per Paolo Grossi protagonisti di una sensibilità tutta novecentesca.

Il secondo Novecento vede altre emersioni, altri ‘affioramenti’. La Costituzione italiana, innanzitutto, e non solo per i civilisti. Ripetutamente additata da Paolo Grossi come evento ‘rivoluziona-

(43) Ivi, p. 54.

(44) Questo limite, è bene sottolinearlo, non coincide con il principio dell’autosufficienza del testo normativo, che è fenomeno diverso, dalle teorie ermeneutiche novecentesche ripudiato, perché il giurista « è senza dubbio un tecnico, ma non potrà limitarsi a esercitare il suo sapere su un *testo*, all’interno di *quel* testo come un universo senza finestre; egli dovrà anche aver coscienza che quel testo incarna uno schema ordinativo della realtà e che dovrà preoccuparsi di collocare quel testo nella vita del diritto, lui che è il mediatore fra quel testo rigido e, come testo definito, sempre più avulso dalla continuità del divenire sociale, e il divenire stesso cui il testo è destinato e vocato » (GROSSI, *Epicedio*, cit., p. 27). Con la conseguenza che « l’interprete non può non guardare il testo normativo che con i suoi occhi e che non lo si può costringere alla situazione innaturale di guardarvi con gli occhi lontani ed alieni del legislatore, tanto più che i suoi occhi rispecchiano fedelmente e senza costrizioni la realtà circostante che la norma è chiamata a ordinare » (ivi, p. 24).

rio' del costituzionalismo pos-moderno ⁽⁴⁵⁾, essa è l'emblema di una nuova giuridicità che non ha i connotati della legalità legislativa. La capacità dei Costituenti di leggere nella società la piattaforma valoriale ivi esistente e di ergere la Costituzione a un livello ordinamentale superiore furono fatti talmente nuovi anche per alcuni protagonisti della sua elaborazione da determinarne l'inattuazione nell'immediato e anche per molti anni dopo la stessa entrata in funzione della Corte. Fanno eccezione, tra i civilisti, quelli che, prima timidamente negli anni Cinquanta (Pugliatti, Nicolò, Giorgianni), più risolutamente dagli anni Sessanta in poi (Rescigno, Rodotà, Mengoni e molti altri), si sono resi protagonisti di una stagione di rifondazione costituzionale del diritto privato, non senza incomprensioni, chiusure, battute d'arresto, ma con una marcia che è arrivata fino agli anni in cui si è verificato l'incontro con il diritto europeo di matrice giurisprudenziale ⁽⁴⁶⁾.

L'incontro dei civilisti con la Costituzione: a questo nucleo tematico appartengono alcune pagine tra le più ispirate di Paolo Grossi, proprio perché egli vede nel riferimento dei giuristi alla Costituzione il segno più forte del pluralismo di questo tornante del Novecento; segno più forte e per questo più contrastato. Prendo come esempio tre studi tra i più recenti: la biografia intellettuale di Piero Calamandrei (2009), quella di Luigi Mengoni (2011), tre capitoli dell'ultima fatica sul diritto civile (2021). Il lettore si chiederà il perché di questi accostamenti. Nulla di arbitrario, se è possibile rinvenire in questi contributi un filo rosso, costituito dal rapporto tra i giuristi e la dirompente Costituzione italiana.

Del fiorentino Calamandrei, suo maestro, Grossi ha forgiato ritratti molto robusti e convincenti, incentrati sul suo difficile itinerario di passaggio dalla legalità tradizionale alla legalità costituzionale. Di questa sofferta conversione, culminata in una partecipa-

⁽⁴⁵⁾ Così ne scolpisce mirabilmente i caratteri GROSSI, *Prima lezione di diritto*, cit., pp. 88-89: « espressione del popolo sovrano e non dello Stato »; « ordine giuridico superiore rispetto all'orditura legale »; non « comandi secchi e spiccioli » ma « principi ». Cfr. anche ID., *L'invenzione del diritto*, cit., pp. I-V; ID., *A proposito de 'il diritto giurisprudenziale'* (2019), in ID., *Oltre la legalità*, cit., p. 108.

⁽⁴⁶⁾ P. GROSSI, *Sul diritto europeo come diritto giurisprudenziale* (2014), in ID., *Oltre la legalità*, cit., pp. 37-61.

zione attiva alla Costituente, interessa segnalare un dato che lo stesso Autore mette in luce. Al tempo in cui la Costituzione si era ‘mossa’, cioè nello stesso anno 1956 in cui la Corte si sarebbe riunita per la prima volta nel Palazzo della Consulta presente il nostro giurista in veste di avvocato, Calamandrei partecipò anche al famoso processo contro Danilo Dolci. È qui, in un passo dell’arringa difensiva del 30 marzo a Palermo, che Paolo Grossi coglie giustamente un appello ai giudici affinché facciano proprio lo spirito della Costituzione, nella fattispecie dell’art. 4 sul diritto al lavoro, e muniti di questa bussola interpretino in modo conforme le leggi ⁽⁴⁷⁾. Un richiamo alla funzione giurisdizionale come fondamentale strumento di attuazione della Costituzione, che allora restò inascoltato. Quanto diverso l’atteggiamento di altri grandi giuristi, già incontrati, come Vassalli e Betti, di cui si deve rimarcare l’incomprensione per la fonte più nuova del secondo Novecento. Ad altri spetterà di valorizzarla.

Tra questi vi è Luigi Mengoni, maestro dalle profonde fondazioni culturali e filosofiche, il cui approccio originale risalta in pagine freschissime che mettono in evidenza le sue molteplici aperture: la sua « fatica del concetto », con riferimento alla sua rigorosa capacità di conciliare storia e sistema; la sua disponibilità nei confronti delle clausole generali; l’attenzione per l’ermeneutica; la piena comprensione della Costituzione, che da « prologo in cielo » diventa la « norma giuridica fondamentale della nuova Italia », grazie al fondamentale riconoscimento che « con le costituzioni novecentesche viene finalmente positivizzato il vincolo del diritto positivo a valori meta-legislativi, consentendogli di ossigenarsi e di possedere un respiro più ampio » ⁽⁴⁸⁾. Sono tratti distinguibili anche nell’opera di Pietro Rescigno, al quale Grossi dedica un ritratto ammirato, poiché nella sua opera già degli anni Cinquanta e Sessanta vede scorrere una concreta linfa costituzionale e un’attenzione speciale per le comunità e gli altri soggetti collettivi ⁽⁴⁹⁾. Infine, Grossi sente particolare consonanza con Stefano Rodotà e con le sue proposte innovative in tema di proprietà, responsabilità civile e contratto: i tre pilastri del

⁽⁴⁷⁾ GROSSI, *Lungo l’itinerario di Piero Calamandrei*, cit., pp. 51-53.

⁽⁴⁸⁾ P. GROSSI, *Luigi Mengoni nella civilistica italiana del Novecento* (2012), in ID., *Nobiltà del diritto*, II, cit., pp. 155-183, p. 160.

⁽⁴⁹⁾ GROSSI, *Il diritto civile in Italia*, cit., pp. 69-75.

diritto civile, riletti alla luce della clausola costituzionale di solidarietà ⁽⁵⁰⁾.

Esperimenti e proposte non tutte accolte, ma che schiudono una nuova aurora del diritto civile. In questa alba del nuovo giorno si è specchiato e identificato lo storico Paolo Grossi.

⁽⁵⁰⁾ Ivi, pp. 81-82, 89-90.

FERDINANDO MAZZARELLA

STORICISMO, REALISMO, SOLIDARISMO.
LA LEZIONE « EVERSIVA » DI CESARE VIVANTE

1. Vivante e il Novecento. Questione di confini. — 2. Un Maestro riconosciuto. La fondazione della gius-commercialistica italiana. — 3. Un empirismo storico-scientifico. Non solo il *Trattato*. — 4. Per un diritto unico delle obbligazioni. La coerenza di una « conversione parziale ». — 5. Solidarismo e corporativismo. La via fascista alla socializzazione del diritto privato.

1. *Vivante e il Novecento. Questione di confini.*

C'è un filo rosso che collega Vivante al Novecento, un filo che intreccia le riflessioni pionieristiche di un giurista eversivo e le tensioni di un secolo destinato a cambiare il volto dell'Europa liberale ⁽¹⁾. La lunga vita di Vivante, dal 1855 al 1944, si distende equamente a cavallo tra i due secoli, ma lo sguardo del giurista veneziano è tematicamente e metodologicamente proteso verso le trasformazioni del Novecento ⁽²⁾. Vivante squarcia il velo dell'ipocrisia borghese e del feticcio codicistico, riconfigura l'orizzonte del giurista all'insegna del positivismo filosofico, traccia la strada verso un processo di rifondazione epistemologica che passa dall'inesorabile relativizzazione delle mitologie partorite dalla cultura illuministica.

Dagli anni Ottanta dell'Ottocento la sua voce si unisce al coro della civilistica neoterica, reinterpreta in chiave sociale il repertorio del diritto commerciale, ma scandisce in realtà più in generale i ritmi

⁽¹⁾ Ci si sente autorizzati a parlare di « eversione » anche da P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 55.

⁽²⁾ Per la biografia, le opere e la bibliografia sia consentito rinviare a F. MAZZARELLA, *Vivante, Cesare*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. C, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, 2020, pp. 31-35.

di una nuova visione del diritto. Il suo itinerario riflessivo inizia nel 1881, con una monografia dedicata alla polizza di carico ⁽³⁾, proprio nel fatidico anno in cui prende corpo, grazie ai contemporanei interventi di Vadalà-Papale, Cimbali, Gianturco e Brini ⁽⁴⁾, la « nuova tendenza » della Scuola sociale ⁽⁵⁾. Ed è un itinerario che si annuncia fin dal principio gravido di conseguenze, di demolizioni funzionali ad altrettante ricostruzioni; un flusso crescente, che esprime tutta l'insoddisfazione per la pigra remissività con cui la scienza giuridica indugia nei ricami esegetici e nei proclami individualistici, mentre la società, riorganizzata su basi collettive, si allontana dall'idilliaca trama del diritto napoleonico e si contrae in un groviglio di lotte, antagonismi e contrasti.

Il Novecento è dunque il punto di arrivo, ma l'Ottocento è il punto di partenza di un'inquietudine che serpeggia tra una minoranza di giuristi eretici, che registrano lo scollamento tra le formule astratte della codificazione e le diseguaglianze concrete della realtà sociale. I confini tra i due secoli sono in questa prospettiva molto più sfumati delle convenzionali linee della periodizzazione, i prodromi del Novecento già chiaramente visibili nelle germinazioni e nelle

⁽³⁾ C. VIVANTE, *La polizza di carico*, Milano, Hoepli, 1881.

⁽⁴⁾ G. BRINI, *Saggio d'istituzioni del diritto civile italiano. Introduzione e programma*, in « Archivio giuridico », 26 (1881), pp. 544-580; E. CIMBALI, *Lo studio del diritto civile negli Stati moderni*, Prolusione letta nella Regia Università di Roma il 25 gennaio 1881, Roma, Bocca, 1881, poi in Id., *Studi di diritto civile*, Torino, Utet, 1900², pp. 1-29; E. GIANTURCO, *Gli studii di diritto civile e la quistione del metodo in Italia* (1881), in Id., *Opere giuridiche*, Roma, Libreria dello Stato, 1947, vol. I, pp. 3-19; G. VADALÀ-PAPALE, *Il Codice civile italiano e la scienza*, Napoli, Morano, 1881.

⁽⁵⁾ G. VADALÀ-PAPALE, *La nuova tendenza del diritto civile in Italia*, in « Rivista di Giureprudenza di Trani », 8 (1883), poi Trani, Giovanazzo, 1883. Sui protagonisti, il metodo e i temi della « Scuola sociale » sia consentito rinviare a F. MAZZARELLA, *Darwinismo, storicismo, socialità. La « nuova tendenza » di Giuseppe Vadalà-Papale*, in « Quaderni fiorentini », 41 (2012), pp. 583-626; Id., *Dialoghi a distanza in tema di socialità e storicità del diritto. Italia, Francia e Germania tra fine Ottocento e primo Novecento*, in « Quaderni fiorentini », 44 (2015), pp. 381-424; Id., *Per una preistoria del Progetto italo-francese di Codice delle obbligazioni e dei contratti. Dalla Scuola sociale alla socializzazione del diritto privato*, in *Bürgerliches Recht in nachbürgerlichen Zeitalter. 100 Jahre Soziales Privatrecht in Deutschland, Frankreich und Italien*, a cura di D. Deroussin, M. Lohenig, F. Mazzarella, S. Wagner, vol. I, *Vom Liberalen zum Sozialen Privatrecht? Der französisch-italienische Obligationenrechts-Entwurf von 1927*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2022, pp. 143-189.

fibrillazioni dell'ultimo ventennio dell'Ottocento (6). La Grande Guerra come cippo di confine, come « vera fine del sec. XIX », secondo la suggestiva immagine di Ascarelli, vale a condizione di non farne, con un approccio evenemenziale, una rottura originaria (7). La Guerra suggellava la fine di un mondo in agonia, la scomparsa di « un intero mondo, il nostro mondo », come scriveva Joseph Roth ne *La Cripta dei Cappuccini* (8). Ma la guerra non creava la crisi, semplicemente la certificava. Accelerava una serie di processi già da tempo avviati. Avvalorava fermenti novatorii esplosi alla fine dell'Ottocento. Amplificava linee evolutive e tendenze culturali innescate dalla rivoluzione industriale e dalla rigenerazione positivista. Era un acceleratore, un detonatore, una tragica occasione per ripensare l'effettiva attualità di un ordine e per rimediare in fretta e furia agli scompensi esasperati dalla cruda realtà del conflitto.

La crisi era dunque in atto da quella « fine del sec. XIX » su cui anche Ascarelli metteva l'accento, attribuendo in realtà alla « prima guerra europea » 'solo' l'effetto di aver « più intensamente » sollevato « l'esigenza » di una disciplina delle attività economiche coerente con lo sviluppo dell'industrializzazione e della concorrenza (9). Era la stessa crisi che con strabiliante lucidità coglieva Santi Romano nella sua prolusione pisana del 1909, quando denunciava la palese contraddizione tra l'organizzazione dello Stato moderno, « del tutto deficiente [...] nel non riconoscere gli aggruppamenti degli individui », e il « collettivismo » del mondo economico, che moltiplicava in maniera prodigiosa le « organizzazioni delle varie classi », i fenomeni associativi e sindacali di una società sempre più distante dal « carattere atomistico » affibbiatole dal Codice (10).

(6) Illuminante, come sempre, P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 3-40.

(7) T. ASCARELLI, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione* (1953), in ID., *Saggi di diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 22.

(8) J. ROTH, *Die Kapuzinergruft* (1938), trad. it. *La Cripta dei Cappuccini*, Milano, Adelphi, 2008, p. 49.

(9) ASCARELLI, *Sviluppo storico*, cit., p. 22.

(10) S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Discorso inaugurale dell'anno accademico 1909-1910 nella Regia Università di Pisa, in « Rivista di diritto pubblico », 1910, poi in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 14-23. Cfr., per tutti, i seguenti saggi di P. GROSSI: *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella*

È questo scarto tra un impianto normativo cucito a misura di individuo e una realtà sociale divisa in interessi particolari, questa « disarmonia » tra « leggi » ed « esigenze della moderna società » (11), a spiegare la catena di « insofferenze » che agita Vivante (12). Collegate da un sincero realismo, le insofferenze di Vivante esprimono nel loro insieme un netto rifiuto per un'ideologia sospesa tra definizioni universali, travolgono una dietro l'altra, una in conseguenza dell'altra, le tante certezze sedimentate nella coscienza del giurista ottocentesco. Vivante non può digerire il panlegalismo della dottrina generale dello Stato, le astrazioni e le generalizzazioni della codificazione, il neutralismo tecnicizzante della cultura liberale, la soverchiante staticità della fonte legislativa, il formalismo dell'ideologia esegetica, le degenerazioni dell'individualismo e del volontarismo, il corporativismo del ceto commerciale.

Tutto questo secondo Vivante apparteneva a un mondo non solo scomparso, ma forse mai esistito, perché era il frutto di un'abbacinante visione prodotta dalla mente di un legislatore storico. Vivante aveva invece chiarissimi i problemi e le grandezze di una società industriale. Erano in lui già presenti i motivi e le consapevolezze della cultura novecentesca: il pluralismo sociale; la dimensione organizzata e collettiva dell'economia; le sperequazioni e le dinamiche conflittuali di una società di massa; lo strapotere societario delle oligarchie capitalistiche; la « minorità » contrattuale delle categorie deboli (lavoratori, donne, consumatori, risparmiatori); l'interventismo e il dirigismo dello Stato; la contiguità tra il diritto privato e il diritto pubblico; la comune sostanza tecnica e sociale del diritto civile e del diritto commerciale.

odierna crisi delle fonti; Il diritto tra potere e ordinamento; Ordinamento; ora tutti in Id., Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto, Milano, Giuffrè, 2006, rispettivamente pp. 143-162, 163-201 e 203-215. Per un quadro d'insieme F. MAZZARELLA, *Una crisi annunciata. Aporie e incrinature dello Stato liberale di diritto*, in « Quaderni fiorentini », 41 (2012), pp. 329-397.

(11) Come si legge nelle pagine introduttive al primo numero de « La scienza del diritto privato », 1893, vergate dai due Direttori Giuseppe D'Aguanno e Alfredo Tortori.

(12) « Insofferenze », come suggerito da GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 52-53.

2. *Un Maestro riconosciuto. La fondazione della gius-commercialistica italiana.*

Già nel 1870 Ercole Vidari aveva sostenuto la necessità che il diritto commerciale si aprisse « una via da sé e tutta propria », rompendo la comune opinione che esso fosse un mero « satellite del diritto civile » e considerandolo invece la « disciplina giuridica di un certo ordine di fatti economici » (13). Il diritto commerciale aveva dunque guadagnato la sua autonomia scientifica e disciplinare, ma non aveva ancora assunto una precisa fisionomia metodologica e culturale.

Per Vivante il problema non fu mai dunque quello di liberare il diritto commerciale dal letto di Procuste del diritto civile (14). Egli avvertì invece l'esigenza di traghettare la scienza del diritto commerciale da uno stato di apatia legalistica al ruolo di forza propulsiva del progresso giuridico. La questione travalicava ovviamente i confini del diritto commerciale, ma fu naturalmente in questo campo, inteso in un'accezione ampia, aperta alle interconnessioni con il diritto civile, che Vivante mise a punto il suo indirizzo riformistico. Nel giro di un ventennio egli divenne l'indiscusso protagonista della gius-commercialistica italiana, il punto di riferimento di almeno due generazioni di giuristi, il fondatore di un indirizzo storicistico che attraverso grandi figure come Ascarelli, Mossa e Galgano, sarebbe giunto intatto alla pensosa schiera dei gius-commercialisti contemporanei (15).

(13) E. VIDARI, *Rapporti del diritto commerciale colla Pubblica economia e col Diritto civile*, in « Archivio giuridico », 5 (1870), p. 93. Il primato di Vidari è stato ampiamente sottolineato dalla storiografia, talvolta anche con toni più 'generosi' di quelli qui adoperati: sul suo « manifesto » si vedano E. FUGAZZA, *Tra liberismo e solidarismo: il lungo percorso scientifico di Ercole Vidari*, Padova, Cedam, 2018, e M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia (II)*, in « Orizzonti del diritto commerciale », 2015, 3, p. 2, n. 2. Su questo tornante cfr. E. MURA, *L'orbita di un « pianeta luminosissimo »*. *Verso l'autonomia scientifica del diritto commerciale*, e I. BIROCCHI, *Tra i due Codici. La giuscommercialistica italiana dopo il "manifesto" di Vidari (1870-1882)*, entrambi in 'Non più satellite'. *Itinerari giuscommercialistici tra Otto e Novecento*, a cura di I. Birocchi, Pisa, ETS, 2019, rispettivamente pp. 45-105 e 107-165.

(14) Anche perché, com'è noto e si vedrà oltre, Vivante avrebbe lungamente insistito nella necessità di unificare la disciplina delle obbligazioni civili e commerciali.

(15) Su questo lungo itinerario della gius-commercialistica italiana sia consentito rinviare, anche per la bibliografia relativa ai singoli autori, a F. MAZZARELLA, *The Italian*

Se per fondazione s'intende dunque non un casuale primato cronologico, ma un'autentica paternità spirituale, Vivante deve senza ombra di dubbio considerarsi il fondatore della gius-commercialistica italiana ⁽¹⁶⁾. L'unanime riconoscimento non solo dei suoi allievi diretti e dei suoi discepoli spirituali, ma di coloro che seguirono indirizzi alternativi o che furono addirittura suoi antagonisti, è la prova tangibile di un'indiscussa ascendenza ⁽¹⁷⁾. Come scrisse nel 1941 Mossa, Vivante fu, « in Italia e fuori d'Italia », il « capo riconosciuto della scuola italiana », il Maestro che « con un metodo preciso, con una intuizione ed una limpidezza di pensiero meravigliose », restituì « all'Italia la classica missione commercialista » ⁽¹⁸⁾. Vivante fu « il Maestro » che diede al diritto commerciale un nuovo « indirizzo scientifico », come chiosò Soprano nel 1934 ⁽¹⁹⁾. Il « Maestro », anche secondo l'allineato Asquini, « che ha dominato », « formato » e « guidato » per mezzo secolo « la scuola italiana del diritto commerciale » ⁽²⁰⁾.

Historiography on Commercial Law. Old Tendencies and new Perspectives, in « Études d'histoire du droit et des idées politiques », 27 (2020), *Pour une histoire européenne du droit des affaires: comparaisons méthodologique et bilans historiographiques*, sous la direction de L. Brunori, O. Descamps, X. Prévost, pp. 17-65.

⁽¹⁶⁾ Più che un « ri-fondatore », come ipotizzato da P. GROSSI, *Universalismo e particolarismo nel diritto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 12.

⁽¹⁷⁾ Oltre a Giuseppe Valeri, Ageo Arcangeli, Tullio Ascarelli, Alfredo De Gregorio e Antonio Scialoja, furono moltissimi i giovani discepoli che si riconobbero spiritualmente e metodologicamente nel magistero di Vivante. Tra i tanti, come emerge incrociando i ricordi di T. ASCARELLI, *La dottrina commercialistica italiana e Francesco Carnelutti*, in « Rivista delle società », 1960, p. 7, e A. ASQUINI, *Cesare Vivante (Commemorazione tenuta all'Università di Roma il 5 maggio 1954)*, 1954, in Id., *Scritti giuridici*, vol. III, Padova, Cedam, 1961, p. 14, si ricordano Luigi Tartufari, Arnaldo Bruschetti, Vittorio Salandra, Enrico Redenti, Vittorio Angeloni, Francesco Dominè, Roberto Scheggi e Antigono Donati, ma non può dimenticarsi il forte legame con Angelo Sraffa, evocato dallo stesso C. VIVANTE, *Discorso di ringraziamento in occasione delle onoranze a lui tributate per il 25° anno di insegnamento*, Università La Sapienza, Roma 2 febbraio 1908, ora in « Rivista italiana per le scienze giuridiche », 3 (2012), p. 42, e per suo tramite con Lorenzo Mossa e Mario Rotondi.

⁽¹⁸⁾ L. MOSSA, *La scienza e i metodi del diritto commerciale*, in « Rivista del diritto commerciale », 39 (1941), I, pp. 109-110.

⁽¹⁹⁾ E. SOPRANO, *Sul progetto Vivante per la riforma delle società anonime*, in « Il Foro italiano », 59 (1934), IV, c. 234.

⁽²⁰⁾ A. ASQUINI, *Cesare Vivante*, in « Rivista del diritto commerciale », 42 (1944), 1, p. 109, e Id., *Cesare Vivante (Commemorazione tenuta all'Università di Roma il 5 maggio 1954)*, cit., p. 6.

Anche per il distantissimo Rocco, conservatore e nazionalista, paladino dello statalismo e del formalismo dogmatico, Vivante andava obiettivamente considerato il « principe dei commercialisti italiani » (21). Un principe con un interminabile seguito di accoliti e proseliti. « La immensa maggioranza degli odierni commercialisti italiani, salvi i pochissimi che gli sono coetanei o maggiori di età » — spiegava infatti Rocco — furono « effettivamente o spiritualmente discepoli del Vivante. Non è dunque far torto a nessuno il chiamare Cesare Vivante il più grande commercialista italiano vivente » (22). Era una consapevolezza diffusa già nei primi anni del Novecento, anche tra i grandi civilisti come Chironi, che scorgeva in Vivante « un ingegno » immerso nella « ricerca storica », un « indagatore » rigorosissimo « dei fatti e dei rapporti », un « collegatore sapiente degli istituti speciali » e uno « scrutatore acuto » del rapporto tra fatti economici e posizioni giuridiche (23). Un Maestro nella cui opera, mai chiusa « nei termini della legge » e sempre proiettata verso l'« avvenire » di un « diritto commerciale » stretto al « diritto privato generale », risplendeva il rinnovamento della « scienza giuridica italiana » (24).

3. *Un empirismo storico-scientifico. Non solo il Trattato.*

Il messaggio metodologico di Vivante fu dirompente, pienamente avvertito nella sua portata eversiva e nella sua capacità di rilanciare una via tutta italiana, che si smarcasse tanto dalla stagnazione esegetica quanto dal dogmatismo pandettistico: un metodo « nazionale », ma non « nazionalistico » (25); « una scuola di diritto non più francese o tedesco, ma schiettamente ed essenzialmente italiano », come attestano le testimonianze espresse in occasione del suo venticinquesimo anno d'insegnamento: il suo « metodo » non si

(21) A. ROCCO, *L'opera scientifica di Cesare Vivante*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, vol. I, Roma, Società editrice del Foro Italiano, 1931, p. XI.

(22) *Ivi*, p. XVIII.

(23) G.P. CHIRONI, *Il Diritto Commerciale e gli studi del Prof. Cesare Vivante* (1907), in *Id.*, *Studi e questioni di diritto civile*, vol. I, Torino, Bocca, 1914, p. 95.

(24) *Ibidem*.

(25) ASCARELLI, *La dottrina commercialistica*, cit., p. 4.

accontentava « della meccanica interpretazione della legge » — scriveva Navarrini nel 1908 sulla « Rivista coloniale » (della quale Vivante stesso era condirettore) — « ma spinto dallo spirito critico » attribuiva alla « dottrina » e alla « giurisprudenza », attraverso « indagini storiche », « economiche » e « positive », il potere e il dovere di realizzare « il progresso giuridico » e di sviluppare « un testo incessantemente vivente » (26).

In un clima egemonizzato da remissività esegetiche e astrazioni pandettistiche, Vivante chiedeva al giurista un salto culturale, richiamandolo a due essenziali dimensioni della realtà, quella storica e quella economica, che altro non erano se non l'espressione di una visione sociale, presente fin dall'inizio del suo itinerario riflessivo. Nel 1882 l'emanazione del nuovo Codice di commercio era l'occasione per avviare un discorso sulle fonti, quanto mai necessario per diradare la cappa legalistica che egli intravedeva intorno alla cultura giuridica. Gli « usi mercantili », che in base al nuovo art. 1 precedevano nella gerarchia delle fonti il Codice civile, seguivano « un movimento libero, rapido, cosmopolita, come il commercio, da cui sorti sono e che devono disciplinare » (27). Vivante ne coglieva la vitalità in contrappunto alla legge, rilevando come il loro « impero » si estendesse « quanto più la legge diviene incompleta, rimanendo immobile in mezzo alla continua evoluzione dei fatti economici » (28). I giudici giuocavano in questo quadro un ruolo cruciale: « veri periti del diritto consuetudinario », essi avrebbero dovuto coglierlo « nella pratica ancora palpitante di vita », conoscerlo e applicarlo alla stregua del « diritto legislativo » e di « quello scientifico » (29).

Proprio lo scienziato, impegnato nell'interpretazione del presente e nella progettazione del futuro, avrebbe dovuto essere il protagonista di questo processo di riscrittura sociale del diritto. L'osservazione della realtà proiettava il giurista nella dimensione storica e in quella economica degli istituti. Nel 1883, scrivendo il

(26) U. NAVARRINI, *L'opera scientifica di Vivante*, in « Rivista coloniale », 3 (1908), p. 5.

(27) C. VIVANTE, *Gli usi mercantili*, in « Archivio giuridico », 29 (1882), p. 254.

(28) Ivi, pp. 253-254.

(29) Ivi, p. 261.

quinto volume del *Codice di commercio commentato*, da lui curato insieme a Bolaffio, Vivante iniziava la disamina del contratto di assicurazione ricostruendone in primo luogo « lo sviluppo storico » e indagando le forme economiche che riflettevano nella loro « evoluzione storica l'influenza dei tempi ora dispotici e repressivi, ora liberi e avventurosi »⁽³⁰⁾. Due anni dopo, nel volume su *Le assicurazioni terrestri*, egli spiegava che « tutto quel po' di buono e di nuovo » che aveva compreso lo doveva « agli studi storici », che gli avevano permesso di « sceverare il diritto ancora vivo e operoso, da quello che conserva soltanto un valore di erudizione »⁽³¹⁾. Il « metodo storico » era la chiave di volta per impadronirsi dell'intima essenza di un istituto, lungo una linea evolutiva che si distendeva senza soluzione di continuità fino ai territori della contemporaneità, da esplorare attraverso l'« osservazione dei fatti » e la « conoscenza pratica degli affari »⁽³²⁾. Una tensione tra passato e presente stemperata dalla vita, che costituiva, in un'ottica schiettamente positivista, il vero oggetto scientifico del sapere giuridico.

Nel 1893 usciva il primo volume del *Trattato di diritto commerciale*, l'opera che avrebbe consacrato l'autorità di Vivante e che la dottrina e la storiografia hanno considerato spesso come l'atto di fondazione della gius-commercialistica italiana⁽³³⁾. L'anno segna

⁽³⁰⁾ C. VIVANTE, *Del contratto di assicurazione, del pegno, del deposito di merci e derrate nei magazzini generali*, in *Il Codice di commercio italiano commentato coi lavori preparatori, con la dottrina e la giurisprudenza*, vol. V, Verona, Drucker & Tedeschi, 1883, pp. 6-8.

⁽³¹⁾ C. VIVANTE, *Il Contratto di assicurazione*, vol. I, *Le assicurazioni terrestri contro i danni dell'incendio, del rischio locativo, del ricorso dei vicini, della grandine, dei trasporti, dell'insolubilità*, Milano, Hoepli, 1885, p. V.

⁽³²⁾ Ivi, pp. V-VI. Determinante, per l'impostazione storicistica di Vivante, l'influenza di Schupfer e Goldschmidt: cfr. MAZZARELLA, *Vivante*, cit., p. 31.

⁽³³⁾ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, *Le persone*, Torino, Bocca, 1893. Cfr. in particolare M. STELLA RICHTER JR, *Cesare Vivante e il "mito di fondazione della scienza del diritto commerciale"*, in « Rivista del diritto commerciale », 112 (2014), I, pp. 523-540. Ma già per A. DE GREGORIO, *Cesare Vivante*, in « Rivista di diritto privato », 14 (1944), p. 150, il *Trattato* era, per « il modo di impostazione e di svolgimento delle varie questioni di diritto commerciale », « una fonte inesauribile di ammaestramento » e « una guida luminosa », mentre per ASQUINI, *Cesare Vivante (Commemorazione tenuta all'Università di Roma il 5 maggio 1954)*, cit., p. 10, esso era l'opera che costituiva « il viatico fondamentale per gli studi del diritto commerciale » e

una coincidenza singolarissima con l'apparizione del primo numero de *La scienza del diritto privato*, una delle riviste più audaci della civilistica neoterica ⁽³⁴⁾. Il *Trattato* costò a Vivante una fatica immensa. Approdato nel 1888 all'Università di Bologna, Vivante visse, come avrebbe ricordato il 2 febbraio del 1908 nel discorso di ringraziamento tenuto in occasione del suo 25° anno di insegnamento, « una vita quasi claustrale » ⁽³⁵⁾, un decennio di 'schiavitù' ⁽³⁶⁾, concluso nel 1902 con la pubblicazione dell'ultima parte del *Trattato* ⁽³⁷⁾.

Nel primo volume del *Trattato* le fondazioni del metodo vivantiano appaiono ormai saldamente infisse in una concezione dalla fisionomia ben definita. Un empirismo scientifico, impregnato di venature positivistiche e sociologiche. Vivante faceva del diritto una « scienza di osservazione », rivolta alla vita nelle sue tre dimensioni del passato, del presente e del futuro ⁽³⁸⁾. Immergeva il diritto nel terreno dell'esperienza, ricostruendo gli istituti lungo « il filo storico del loro svolgimento » e studiando « la pratica mercantile dominata com'è da grandi leggi economiche » ⁽³⁹⁾. « Polizze » e « tariffe », « statuti » e corrispondenze fornivano i dati per impostare uno studio sull'assicurazione ⁽⁴⁰⁾; « contratti » e « patti », « statuti di società anonime » e bilanci quelli per elaborare una disciplina per i vari tipi delle società commerciali ⁽⁴¹⁾. Il diritto scaturiva dai fatti economici e sociali, che entravano massicciamente

che incarnava « la formazione italiana ed europea del nostro diritto commerciale ». Sul *Trattato* si leggano le notazioni ancora una volta esaustive di GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 51-57, e ID., « *La scienza del diritto privato* ». *Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo. 1893-1896*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 65-71.

⁽³⁴⁾ GROSSI, « *La scienza del diritto privato* », cit., pp. 65-66.

⁽³⁵⁾ VIVANTE, *Discorso di ringraziamento*, cit., p. 41.

⁽³⁶⁾ Si espresse in questi termini lo stesso C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, *I commercianti*, Torino, Bocca, 1902², p. IX, annotando all'inizio della *Prefazione* di « essere stato per dieci anni lo schiavo di questo trattato ».

⁽³⁷⁾ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. IV, parte II, *Il Trasporto ferroviario* — *La prescrizione*, Torino, Bocca, 1902.

⁽³⁸⁾ VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, 1893, cit., *Prefazione*, p. VI.

⁽³⁹⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁰⁾ VIVANTE, *Le assicurazioni terrestri*, cit., p. VI.

⁽⁴¹⁾ VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, 1893, cit., *Prefazione*, p. VI.

nel novero delle fonti, sotto forma di usi e consuetudini ⁽⁴²⁾, ma anche e prima di tutto nel loro stato grezzo, come « natura dei fatti », da ricercare scientificamente nella miriade di manifestazioni umane che riflettono le mille sfaccettature della vita ⁽⁴³⁾: talvolta « la regola di diritto » emergeva « immediatamente dalla natura dei fatti » e avrebbe dovuto « ispirare la sentenza dei giudici » benché non fosse « configurata né in una legge né in una consuetudine » ⁽⁴⁴⁾.

Insieme al servilismo esegetico, Vivante chiudeva così ogni spazio alle velleità pandettistiche della scienza giuridica, al concettualismo e al dogmatismo che imperversavano nelle dottrine germanistiche dell'accademia italiana. « Di logica, anzi di metafisica » se n'era vista e respirata fin troppa, egli denunciava nel discorso di ringraziamento del 1908 ⁽⁴⁵⁾. I giuristi si ostinavano a ragionare per astrazioni, volavano « coll'ala della mente di cima in cima alzandosi alle costruzioni più generali » ⁽⁴⁶⁾. Vivante restava invece « a mezza costa », per « non perdere il contatto colla realtà » e « cadere nel vuoto » a caccia di « idee generali » ⁽⁴⁷⁾. Raccoglieva « i fatti per farli parlare », cercava « nelle banche, nelle borse, nelle agenzie d'affari, nelle cancellerie giudiziarie, nelle sentenze, il ricco materiale con cui s'intesse la vita » ⁽⁴⁸⁾. Il positivismo filosofico gli indicava la via della conoscenza, che era in ogni ambito del sapere fondata sull'osservazione di fatti empiricamente accertati e sulla scoperta scientifica delle loro leggi regolative: una « scuola rigogliosa, che poggiando sulla base solida della ricerca sperimentale » puntava a scoprire « le regole giuridiche nell'essenza dei fatti » e ad « adeguare il diritto alle prementi esigenze della vita » ⁽⁴⁹⁾.

Il rifiuto per astrazioni e pandettismi non poteva essere più

(42) La cui forza — Vivante ribadiva — si andava « naturalmente estendendo » via via che « il codice diventa incompleto », « immobile in mezzo alla continua evoluzione dei fatti economici » (ivi, p. 44).

(43) Ivi, libro I, cap. I, *Le fonti*, § 9. *Natura dei fatti*, pp. 64-66.

(44) Ivi, p. 64.

(45) VIVANTE, *Discorso di ringraziamento*, cit., p. 41.

(46) Ivi, p. 42.

(47) *Ibidem*.

(48) *Ibidem*.

(49) *Ibidem*.

netto. Alle architetture dogmatiche costruite sulle fragili fondamenta dei testi legislativi Vivante sostituiva la « costruzione organica » di principi desunti dall'« osservazione sistematica » dei fatti economici e sociali ⁽⁵⁰⁾. Un lavoro sistematico per colmare « le lacune della legge », supplire « ai silenzi della giurisprudenza » e ravvivare « le norme frammentarie e superficiali » del « codice » e delle « leggi » ⁽⁵¹⁾. La fondazione nel 1903 della « Rivista di diritto commerciale » era l'occasione per ribadire le basi empiriche del metodo vivantiano, ma anche per puntualizzarne l'irrinunciabile dimensione teorica. La Rivista, fondata insieme ad Angelo Sraffa, era destinata a diventare la « rivista principe tra le riviste di diritto privato » e anzi « tra le riviste giuridiche » ⁽⁵²⁾; il periodico « più rilevante del primo trentennio del Novecento » ⁽⁵³⁾, un « eminente osservatorio » dal quale rilevare le tendenze economiche e tracciare le linee evolutive del diritto commerciale ⁽⁵⁴⁾.

Nel programma pubblicato in apertura, i fondatori chiarivano che la dimensione teorica rimaneva una parte essenziale della metodologia giuridica, ma essa si risolveva nell'elaborazione di « una

⁽⁵⁰⁾ C. VIVANTE, *Prefazione al Trattato di diritto commerciale*, vol. II, parte I, *Le persone (cont. e fine)*, Torino, Bocca, 1894, pp. VII-VIII, anche con il titolo *Le nuove influenze sociali nello studio del diritto commerciale*, in « La scienza del diritto privato », 2 (1894), pp. 616-618, e in « *Monitore dei Tribunali* », 35 (1894), pp. 729-731.

⁽⁵¹⁾ Ivi, p. VII.

⁽⁵²⁾ ASCARELLI, *La dottrina commercialistica italiana*, cit., p. 5.

⁽⁵³⁾ GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 57.

⁽⁵⁴⁾ « Eminente osservatorio » era la definizione che della Rivista dava F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro (studi)*, vol. I, Roma, Athenaeum, 1913, p. VII. Sull'impatto della Rivista sull'evoluzione del diritto commerciale sia consentito rinviare a F. MAZZARELLA, *Un diritto per l'Europa industriale. Cultura giuridica ed economia dalla Rivoluzione francese al Secondo Dopoguerra*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 207-216. Specificamente sulla rivista, oltre alle opere di Paolo Grossi già citate: G. CASTELLANO, *Le riviste giuridiche italiane tra le due guerre. I. "La Rivista del diritto commerciale"*, in « *Politica del diritto* », 1972, pp. 873-917; A. GAMBARO, *I primi anni della Rivista di diritto commerciale: comparazione e cosmopolitismo giuridico*, in *La comparazione giuridica tra Ottocento e Novecento. In memoria di Mario Rotondi*, 6 novembre 1998, Milano, Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, 2001, pp. 39-52; B. LIBONATI, L. FARENGA, U. MORERA, G.L. BRANCADORO, *La Rivista di diritto commerciale (1903-1922)*, in « *Quaderni fiorentini* », 16 (1987), *Riviste giuridiche italiane (1865-1945)*, pp. 343-374; P. RESCIGNO, in *La "cultura" delle riviste giuridiche italiane*, a cura di P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 75-84.

costruzione sistematica, fondata sull'esperienza »⁽⁵⁵⁾, un sistema scientifico basato sulla conoscenza dei fatti, della storia e della natura delle cose. Da buon positivista, Vivante scandagliava i fatti per desumerne regole e principi da organizzare in un sistema, che non era però quello legislativo, né quello razionalistico di matrice romanistica. Era invece il sistema desunto dalla vita, formato da un insieme di regole, istituti e principi ispirati a leggi di giustizia e solidarietà. Da qui la fondazione di « una rivista che » superando « la farragine delle leggi e delle sentenze » mirasse alla « *rinnovazione* » e alla « *sistemazione* del diritto commerciale »; che « pur studiando le benefiche influenze della storia e della tradizione » tenesse il « sistema giuridico in continua comunicazione colle fresche correnti della vita » e lo semplificasse « colla conquista di regole più generali e col loro logico coordinamento »⁽⁵⁶⁾.

4. *Per un diritto unico delle obbligazioni. La coerenza di una « conversione parziale ».*

È in questa cornice filosofica che vanno collocate le proposte di Vivante per l'unificazione del diritto delle obbligazioni. Il 14 gennaio del 1888, appena chiamato all'Università di Bologna, Vivante pronunciava infatti la celebre prolusione che riaccendeva il dibattito sull'unificazione del diritto privato⁽⁵⁷⁾. Per infrangere la

⁽⁵⁵⁾ C. VIVANTE, A. SRAFFA, *Il nostro Programma*, in « Rivista del diritto commerciale », 1 (1903), I, p. 10.

⁽⁵⁶⁾ *Ibidem*.

⁽⁵⁷⁾ C. VIVANTE, *Per un codice unico delle obbligazioni*, in « Archivio giuridico », 39 (1887), pp. 497-516, nonché in « Monitore dei Tribunali », 29 (1888), pp. 169-176, da cui si cita. In Italia, a favore della scelta unitaria, si schierarono, tra gli altri, anche Cimbali, Sraffa, Bolaffio, Scalamandrè, Cavagnari, Perrone, Porro e Viani; contro, Franchi, Supino, Sacerdoti, Bensa, ma soprattutto U. MANARA, *Contro un Codice unico delle obbligazioni*, Prolusione al corso di diritto commerciale letta il 12 gennaio 1893 nella Regia Università di Genova, in « Giurisprudenza italiana », 1893, IV, pp. 53-76, e VIDARI, *Rapporti del diritto commerciale*, cit., pp. 92-135. Il dibattito ebbe ovviamente un'eco internazionale, come dimostrano da un lato le prese di posizione di Cohn e Goldschmidt, dall'altro la traduzione in francese della tesi di Vivante, pubblicata in « *Annales de droit commercial français, étranger et international* », 7 (1893), II, pp. 1-23. Cfr. sul tema M. CARVALE, « *Perché mai il diritto privato è ancora diviso in due campi, il civile e il commerciale?* », in *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de commerce*,

« barriera legislativa » che separava il diritto civile dal diritto commerciale, « puntellata » com'era da « finzioni » e « presunzioni legali », egli proponeva l'adozione di un unico diritto delle obbligazioni, con un contenuto « essenzialmente mercantile », sul modello del Codice svizzero, « semplice, rigoroso, spedito », capace di spirare « un nuovo alito di vita a tanti vietati istituti del diritto civile »⁽⁵⁸⁾.

Il tema era riproposto nel 1892⁽⁵⁹⁾. E di nuovo, estesamente, nell'*Introduzione* al primo volume del *Trattato*, il cui § 1. s'intitolava *L'unità del diritto privato*⁽⁶⁰⁾. Così concepito — ragionava Vivante — il Codice di commercio era un vero e proprio diritto di ceto, che salvaguardava « una classe privilegiata », in « fragrante contrasto coi principi di eguaglianza sociale »⁽⁶¹⁾. « Legge di classe »⁽⁶²⁾ perché duplicava il diritto delle obbligazioni, prevedendo una disciplina più moderna e vantaggiosa per i commercianti, con « privilegi » addirittura « maggiori » di quelli vigenti « al tempo delle corporazioni d'arti e mestieri »⁽⁶³⁾; ma ancora di più perché si costringevano « tutti i cittadini che contrattano coi commercianti (art. 54) a subire una legge che è fatta a favore di questa classe », compilata dagli stessi industriali, banchieri e assicuratori, subordinando così « l'interesse

Milano, Mondadori, 2008, pp. 81-116, ma sull'itinerario storico già F. GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, Bologna, il Mulino, 1976, pp. 79-108, e M. ROTONDI, *L'unification du droit des obligations civiles et commerciales en Italie*, in *L'unité du droit des obligations*, a cura di M. Rotondi, Padova, Cedam, 1974, pp. 489-526.

⁽⁵⁸⁾ VIVANTE, *Per un codice unico delle obbligazioni*, cit., pp. 169-171.

⁽⁵⁹⁾ C. VIVANTE, *Ancora per un codice unico delle obbligazioni*, in « *Monitore dei Tribunali* », 33 (1892), pp. 749-760.

⁽⁶⁰⁾ VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, 1893, cit., pp. 3-28.

⁽⁶¹⁾ Ivi, p. 16.

⁽⁶²⁾ « Legge di classe » — avrebbe esplicitamente denunciato C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, 1902², cit., pp. 14-16, nell'*Introduzione* ampliata e rivista per la seconda edizione — che violava « quella solidarietà sociale che dovrebbe essere il supremo intento di ogni legislatore ».

⁽⁶³⁾ VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, 1893, cit., p. 18. Si pensi, solo per fare qualche esempio, alle disposizioni sulla conclusione del contratto e sulla responsabilità precontrattuale (art. 36), alla presunzione di solidarietà passiva (art. 40), al divieto per il giudice di concedere al debitore le dilazioni previste dal Codice civile (art. 42), all'automatica decorrenza di interessi nei debiti commerciali (art. 41), alla maggiore ampiezza e disponibilità di prove (artt. 44-53).

di tutti i cittadini » a « quello dei commercianti che cercano per professione di speculare sui bisogni della propria clientela » (64).

Insieme alle incertezze sulla natura dell'atto (civile o commerciale), il Codice unico delle obbligazioni avrebbe perciò secondo Vivante eliminato questa ingiustizia legislativa, giovando al contempo a entrambe le tradizioni disciplinari: il diritto commerciale avrebbe sanato la propria « debolezza scientifica », che derivava da un metodo descrittivo, praticato da « giureconsulti improvvisati », incapaci di misurarsi con il sistema generale del diritto comune e di « far rientrare anche i nuovi istituti nelle regole vecchie » (65); mentre il diritto civile avrebbe svecchiato la propria armatura teorica, aprendosi ai rapporti sociali e al collettivismo economico, abbandonando istituti che sembravano ormai « mere esercitazioni di scuola » e vivificandone altri che rischiavano « di morire per atrofia » (66).

Negli anni Venti, grazie anche all'esperienza maturata nelle commissioni legislative, Vivante avrebbe rimodulato la sua proposta, senza per questo rinnegare la sostanza originaria delle sue idee (67). Nel progetto di Codice di commercio del 1922, come semplificava con toni metaforici Mossa, Vivante « metteva nella guaina la bandiera dell'unificazione del diritto privato, che aveva per tanto tempo agitata ad épater le bourgeois » (68). Più precisamente, nell'illustrare

(64) VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, 1893, cit., p. 15.

(65) Ivi, p. 20.

(66) Ivi, p. 21.

(67) Membro della commissione governativa per la riforma del codice di commercio nominata dal guardasigilli Calenda nel 1894, di quella nominata dal ministro Finocchiaro Aprile nel 1905 e di quella reale per la riforma del diritto cambiario del 1914, Vivante fu anche delegato italiano alla conferenza internazionale dell'Aja per l'unificazione del diritto cambiario (giugno-luglio 1910) e a quella preliminare di Vienna con i rappresentanti dell'Austria-Ungheria e della Germania (febbraio 1910), componente del Comitato italiano promosso nel 1916 da Scialoja per elaborare con la Francia e le altre « nazioni neutrali » una disciplina comune delle obbligazioni, ma soprattutto presidente della commissione incaricata nel 1919 dal ministro della giustizia Mortara di proporre le riforme « più urgenti e utili alla legislazione commerciale italiana ».

(68) L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, vol. III, *Società a responsabilità limitata*, Padova, Cedam, 1958, p. 74. Il « progetto Vivante » era opera di una commissione nominata dal ministro Mortara con decreto ministeriale dell'8 novembre 1919. Della commissione facevano parte, tra gli altri, Sraffa, Bolaffio, Bonelli, Arcangeli,

le ragioni della riforma, Vivante rilevava come la « diversa velocità » con cui si andavano elaborando i contenuti del Codice civile e del Codice di commercio avrebbe « probabilmente » rappresentato « sempre un grande ostacolo alla unificazione » (69). Tre anni dopo Vivante formalizzava il suo « atto parziale di conversione », giudicando « l'impeto » dell'attività commerciale « troppo vivo » per « fissarla entro il sistema statico del diritto civile » e ritenendo quindi « più prudente » collaudare i nuovi fenomeni giuridici « nel Codice di commercio, onde passare successivamente, se la loro vitalità si estende ad altri campi dell'attività giuridica, nel Codice civile » (70): « almeno per ora » — egli spiegava — la « fusione dei due codici recherebbe un grave danno al progresso del diritto privato e alla sua funzione pratica » (71).

Il cambio di rotta era in realtà molto meno netto di quanto lo stesso timoniere lasciava ipotizzare. Vivante aveva infatti sempre avuto chiarissima, almeno fin dal 1882, la differenza tra l'incontenibile fluidità del diritto commerciale e l'exasperante vischiosità del diritto civile, con la conseguente necessità di favorire il « libero svolgimento » del primo rispetto alle « norme lente, prudenti e comode » del secondo (72). Soprattutto, e di conseguenza, egli non aveva mai aprioristicamente escluso l'idea di due codici distinti, a condizione, ovviamente, di non perdere di vista l'obiettivo di un'unica comune disciplina delle obbligazioni. Nel 1906, in un'intervista al *Giornale d'Italia*, egli dichiarava apertamente la possibilità di varare un « codice civile » contenente « i principi generali sulle obbligazioni e le regole degli istituti più saldamente costituiti » (proprietà immobiliare e persone giuridiche) e di conservare un

Antonio Scialoja, Treves, Valeri, Rocco, Navarrini e Asquini. Per ulteriori ragguagli MAZZARELLA, *Un diritto per l'Europa industriale*, cit., pp. 229-232, e A. PADOA SCHIOPPA, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, il Mulino, 2003, pp. 554-558.

(69) C. VIVANTE, *Ragioni della riforma*, in *Progetto preliminare per il nuovo Codice di commercio*, Milano, Hoepli, 1922, p. 200.

(70) C. VIVANTE, *L'autonomia del diritto commerciale e i progetti di riforma*, in « Rivista del diritto commerciale », 1925, I, p. 576.

(71) Ivi, p. 573. Il concetto era ribadito qualche anno dopo: C. VIVANTE, *L'autonomia del diritto commerciale e il sistema corporativo*, in « Diritto e pratica commerciale », 8 (1929), pp. 113-120.

(72) C. VIVANTE, *Gli usi mercantili*, cit., p. 254.

autonomo codice di commercio « per regolare la disciplina di quegli istituti che sono soggetti a più frequenti revisioni, perché subiscono più immediatamente l'influenza dei progressi tecnici o l'influenza di una pratica cosmopolita » (società, titoli di credito, assicurazioni, trasporto, operazioni di banca e di borsa) (73).

Vivante non era ossessionato dall'assetto formale della codificazione; aveva invece a cuore la sostanza etico-filosofica del diritto privato. L'obiettivo non era necessariamente un unico Codice di diritto privato, ma un diritto comune delle obbligazioni, informato ai più progrediti modelli del diritto commerciale, in modo da evitare la duplicazione di discipline e la prevaricante vigenza di una legge di classe. Egli aveva perciò sempre sostenuto la necessità di una « teoria generale delle obbligazioni », un « Codice unico delle obbligazioni », un comune « diritto delle obbligazioni », sul quale sarebbe stato anche più agevole convergere per realizzare un « diritto generale uniforme » di respiro internazionale (74). D'altronde, come si legge nel programma, anche la « Rivista di diritto commerciale » — che dal 1910, non a caso, avrebbe assunto la definitiva denominazione di « Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni » — era stata concepita per « coltivare » il « campo delle obbligazioni comuni ai due codici » (75).

In quest'ottica, per di più, Vivante si era sempre mostrato consapevole del fatto che « la unificazione » del diritto delle obbligazioni non avrebbe eliminato « la necessità di conservare alcune norme speciali pei commercianti », quando ad esempio avessero abusato « del credito o della fede pubblica », tanto più che « le poche norme che si conservassero nel diritto privato pei commercianti non turbereb-

(73) C. VIVANTE, *La riforma del diritto privato*, intervista rilasciata a Vittorio Vettori, in « Giornale d'Italia », 25 settembre 1906, anche sulla copertina del « Monitore dei Tribunali », 1906, 46 e 47, pp. 182 e 186.

(74) VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, 1893, cit., p. 24. Il pensiero corre ovviamente al Progetto italo-francese delle obbligazioni e dei contratti, alla cui redazione partecipò anche Vivante e sul quale si vedano ora, anche per la bibliografia, gli scritti contenuti in *Vom Liberalen zum Sozialen Privatrecht?*, cit., oltre ovviamente al volume a cura di G. Alpa e G. Chiodi, *Il Progetto italo francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, Milano, Giuffrè, 2007, impreziosito dai saggi introduttivi dei curatori.

(75) VIVANTE, SRAFFA, *Il nostro Programma*, cit., p. 11.

bero la compagine del codice unico, più che le poche norme speciali scritte nel codice civile pei commercianti stessi, per gli imprenditori, pei vettori, per gli albergatori non ne turbino l'unità » (76).

Lo sviluppo della vita economica in senso industriale avrebbe dimostrato che le esigenze di specialità del diritto commerciale interessavano non « poche » norme, come immaginava Vivante nel 1893, ma una quantità considerevole di rapporti, condizioni e istituti, cresciuti intorno all'ordinamento dell'impresa e del lavoro. Collocarli in un autonomo codice, di più pronta realizzazione e di più rapido cambiamento, sembrò a Vivante negli anni Venti un aggiornamento necessario delle sue tesi, ma non era certo un'abiura.

La « conversione » era dunque davvero solo « parziale », il termine un po' enfatico e plateale, non del tutto insolito per Vivante (77). All'unificazione del diritto delle obbligazioni si sarebbe arrivati gradualmente, come Vivante preconizzava nel 1925, magari per il tramite di una progressiva « commercializzazione » del diritto civile (78). Anche questo Vivante aveva già esplicitamente previsto e considerato. Nel 1902, in una nota aggiunta in calce all'*Introduzione* del primo volume del *Trattato*, giunto ormai alla seconda edizione, egli infatti ipotizzava un graduale processo di generalizzazione della disciplina del Codice di commercio, che sarebbe così alla fine « naturalmente »

(76) VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, 1893, cit., pp. 25-26.

(77) A un'altra sua « conversione », rispetto a quanto sostenuto nel *Trattato*, Vivante allude in *La prescrizione in materia di società*, in « Rivista del diritto commerciale », 1 (1903), I, pp. 263-273, come pure ne « Il Foro italiano », 27 (1903), I, cc. 497-503, dove annotando due sentenze sempre in tema di prescrizione delle azioni, derivanti dal contratto di società, dichiarava di essere caduto in « errore » e di andare ora « facendo la critica di » sé « stesso ». Sottolinea la sua « singolare capacità di modificare, alla prova dei fatti, le proprie opinioni », anche C. MONTAGNANI, *Informazione e controlli nelle nuove società a responsabilità limitata*, Padova, Piccin, 2008, p. 31. Per un altro esempio in materia societaria, si pensi al passaggio dalla formula del collegio sindacale alla proposta di un ufficio di revisione contabile: A. SCIUMÈ, *Sindaci (collegio dei)*, *Storia*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLII, Milano, Giuffrè, 1990, p. 726.

(78) Sulla genesi (Ripert) e sul significato del concetto di « commercializzazione » del diritto civile cfr. M. LIBERTINI, *La c.d. commercializzazione del diritto privato*, in « Rivista italiana per le scienze giuridiche », 2022, numero speciale, *Il contributo della Sapienza alle codificazioni*, pp. 283-300. Già prima, ovviamente, GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, cit., pp. 95-99.

diventato il Codice comune delle obbligazioni ⁽⁷⁹⁾: dinanzi a un « movimento economico » che generava « nuovi istituti giuridici » privi di uno specifico carattere civile o commerciale, ma inerenti « obbiettivamente » al « campo comune dell'industria », l'Italia si avviava ad avere « un codice che avrà solo il nome di codice di commercio », ma il contenuto di « un diritto comune », che avrebbe prima o poi « gettato all'aria » la sua « sconnessa armatura di diritto professionale », l'« involucro » che ostacolava il suo più « ampio sviluppo » ⁽⁸⁰⁾.

Aveva quindi ragione Asquini, nel 1944, quando scriveva che « malgrado certe oscillazioni », Vivante fu « certamente uno dei precursori della recente riforma legislativa che portò all'unificazione del diritto delle obbligazioni, senza per ciò sopprimere il diritto commerciale della impresa » ⁽⁸¹⁾. Malgrado il disappunto per la forma, e l'ovvia diversità dello sfondo ideologico ⁽⁸²⁾, Vivante ottenne alla fine quello che aveva sempre auspicato: l'unificazione del diritto delle obbligazioni, la commercializzazione del diritto civile e la specialità di ambiti strettamente commercialistici, alcuni dei quali riservati per professione ai commercianti, altri esclusi in tutto o in parte dall'orditura del Codice e disciplinati da leggi speciali (fallimento, cambiale, banche, marchi, etc.).

5. *Solidarismo e corporativismo. La via fascista alla socializzazione del diritto privato.*

Nelle due prolusioni romane del 1898 e del 1902 l'orizzonte solidaristico di Vivante si allargava ai principi e agli istituti dell'intero diritto privato ⁽⁸³⁾. Vivante non era un socialista in senso

⁽⁷⁹⁾ Lo rileva con grande acume CARVALE, « *Perché mai il diritto privato è ancora diviso in due campi...* », cit., p. 102.

⁽⁸⁰⁾ VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, 1902², cit., p. 30.

⁽⁸¹⁾ ASQUINI, *Cesare Vivante*, cit., 1944, p. 111. Senza dunque sopprimere nel nostro ordinamento — come rileva G. CIAN, *Diritto civile e diritto commerciale oltre il sistema dei Codici*, in « *Rivista di diritto civile* », 1974, I, pp. 523-560 — una disciplina speciale per il commercio o meglio per l'attività d'impresa.

⁽⁸²⁾ GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, cit., p. 93.

⁽⁸³⁾ C. VIVANTE, *I difetti sociali del Codice di commercio*, in « *La riforma sociale* », 6 (1899), pp. 25-39; ID., *La penetrazione del socialismo nel diritto privato*, in « *Critica sociale* », 1902, 12, pp. 345-351, ora anche in « *Rivista italiana per le scienze*

propriamente politico, come non lo era la quasi totalità degli esponenti della Scuola sociale, almeno non nel senso rivoluzionario che l'ideologia implicava a cavallo tra Otto e Novecento. Era un positivista in senso filosofico, uno storicista animato da un forte senso di giustizia sociale, da un « sentimentale socialismo », se si vuole utilizzare la sinestesica espressione di Ascarelli ⁽⁸⁴⁾. Le contraddizioni e le sperequazioni della realtà, per chi avesse voluto guardarle, dimostravano, senza bisogno di essere socialisti, l'inservibilità di un modello puramente liberale: erano scene di miseria, soprusi, marce e scioperi, come quelle raffigurate nelle tele di Nomellini, Longoni e Pellizza da Volpedo.

A quel modello Vivante contrappose una visione armonica del diritto commerciale, che tenesse in equilibrio gli interessi degli industriali, degli operai e dei consumatori, ma più ampiamente una visione armonica del diritto privato, che escludesse leggi di classe, privilegi di ceto e posizioni dominanti. Lo sfondo storico era messo a fuoco con estremo nitore. « La libertà e l'eguaglianza », le due « grandi forze di redenzione sociale » che la codificazione liberale aveva posto « sugli altari », recavano insiti « i pericoli della loro degenerazione » ⁽⁸⁵⁾. Il contratto, nonostante la « fase sociale », agiva ancora « liberamente per virtù di iniziative personali e di liberi accordi », nella « convinzione » dominante che la « cooperazione volontaria » favorisse « il benessere generale » e realizzasse « efficacemente quell'opera di continuo ricambio che è necessaria alla vita sociale come a quella degli individui » ⁽⁸⁶⁾. Ma « il diritto privato » non poteva essere soltanto il guardiano dell'autonomia privata, né esercitare « la sua funzione di garanzia solo a difesa delle classi dominanti », dovendo esso del pari proteggere « i progressi della solidarietà sociale » e favorire « l'ascesa degli umili » ⁽⁸⁷⁾.

giuridiche », 3 (2012), pp. 25-40, da cui si cita. Sulle prolusioni romane di Vivante cfr. F. AMARELLI, *La prolusione romana di Cesare Vivante. Significato di una rilettura*, in « Opuscola », 12 (1997), pp. 1-19, e M. LIBERTINI, *Il contributo di Cesare Vivante alla scienza commercialista. Le prolusioni romane*, in « Rivista italiana per le scienze giuridiche », 3 (2012), pp. 3-10.

⁽⁸⁴⁾ ASCARELLI, *La dottrina commercialistica italiana*, cit., p. 6.

⁽⁸⁵⁾ VIVANTE, *La penetrazione del socialismo nel diritto privato*, cit., p. 29.

⁽⁸⁶⁾ Ivi, p. 30.

⁽⁸⁷⁾ Ivi, p. 29.

L'autonomia privata andava dunque limitata in nome dei superiori valori dell'eguaglianza e della solidarietà, conformemente a un modello di società giusto, equo e solidale ⁽⁸⁸⁾. La funzione sociale del contratto autorizzava un intervento sui contenuti dell'assetto negoziale, al fine di mantenere l'autonomia privata nell'alveo della giustizia e di garantire l'equilibrio delle prestazioni mediante considerazioni di equità ⁽⁸⁹⁾. Vivante individuava immediatamente le emergenze e le incongruenze del primo Novecento, elaborando un programma teso a risolvere i problemi della società di massa e le distorsioni dell'economia di mercato: reprimere i cartelli e le coalizioni industriali, incoraggiare la cooperazione come strumento di solidarietà e di pacificazione sociale, tutelare le minoranze societarie, sancire la nullità delle clausole vessatorie, introdurre le tariffe concordate, riconoscere effetti al contratto collettivo e alla contrattazione per gruppi ⁽⁹⁰⁾.

Il contratto collettivo, in particolare, avrebbe consentito, nei settori in cui più forte si palesava la disparità economica, di sottrarre il giuoco contrattuale all'arbitrio delle libertà individuali ⁽⁹¹⁾. La tendenza sociale, sia pur in ossequio al modello contrattuale « tramandato dal diritto romano », imponeva di rafforzare la posizione

⁽⁸⁸⁾ MAZZARELLA, *Per una preistoria del Progetto italo-francese*, cit., pp. 143-189.

⁽⁸⁹⁾ G. CHIODI, *La funzione sociale del contratto: riflessioni di uno storico del diritto*, in *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, a cura di F. Macario e M.N. Miletti, Roma, TrePress, 2017, pp. 151-168.

⁽⁹⁰⁾ Sul programma riformistico di Vivante sia consentito rinviare a MAZZARELLA, *Per una preistoria del Progetto italo-francese*, cit., e ID., *Il solidarismo di Vivante e il diritto societario. Società, volontà, solidarietà*, in « Études d'histoire du droit et des idées politiques », 30 (2022), *France-Italie allers/retours: la volonté*, pp. 305-339.

⁽⁹¹⁾ Oltre che da Vivante, il tema era specificamente affrontato da G. MESSINA, *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro* (1904) e *I « contratti collettivi » ed il disegno di legge sul contratto di lavoro* (1905), poi entrambi in ID., *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1948, vol. IV, rispettivamente pp. 1-54 e 55-81. Sull'emersione, al principio del Novecento, del contratto collettivo cfr. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 97-102. Si vedano altresì P. MARCHETTI, *L'essere collettivo. L'emersione della nozione di collettivo nella scienza giuridica italiana tra contratto di lavoro e Stato sindacale*, Milano, Giuffrè, 2006, soprattutto pp. 55-149, e C. VANO, *Riflessione giuridica e relazioni industriali fra Ottocento e Novecento: alle origini del contratto collettivo di lavoro*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia tra Ottocento e Novecento*, a cura di A. Mazzacane, Napoli, Liguori, 1986, pp. 126-156.

« del contraente economicamente più debole » mediante « la contrattazione per gruppi »⁽⁹²⁾. Il contratto collettivo era espressione della « solidarietà tra gli uomini », più specificamente di una forma di « solidarietà professionale », che cementando il sodalizio economico di un gruppo individualmente svantaggiato consentiva alle « classi più deboli » di difendersi « contro gli abusi della libertà e le illusorie promesse di un'eguaglianza formale »⁽⁹³⁾.

Dall'altro lato, occorre tutelare i consumatori arginando lo strapotere delle imprese, le quali, attraverso i contratti di adesione — sotto forma di polizze, moduli o tariffari — inserivano delle « clausole » che, come denunciava Salvioli, si presentavano « come il risultato di convenzioni liberamente accettate », ineccepibili « di fronte alla legge, agli uomini del foro e alla pratica dei tribunali », ma in realtà gravide d'« inganni o se par meglio ingrate sorprese alla buona fede del compratore »⁽⁹⁴⁾. Tra queste, come ricordava Vivante, c'erano le clausole che l'imprenditore, in forza della sua posizione economica dominante, imponeva al lavoratore o al consumatore, quando ad esempio si riservava il diritto di licenziare liberamente, senza preavviso né indennità, o si esonerava da ogni responsabilità per il trasporto, o fissava la giurisdizione in un luogo lontano tanto dalla residenza dell'altra parte quanto dai beni assicurati⁽⁹⁵⁾. Il rimedio, per Vivante, era quello di prevedere la nullità di queste clausole, che con un po' di coraggio avrebbe potuto

⁽⁹²⁾ VIVANTE, *La penetrazione del socialismo nel diritto privato*, cit., p. 31.

⁽⁹³⁾ Ivi, pp. 26 e 31.

⁽⁹⁴⁾ G. SALVIOLI, *I pagamenti a rate nei contratti di vendita*, in « La scienza del diritto privato », 1 (1893), pp. 76-77. Quasi contestualmente, sulla questione dei contratti di adesione, giungevano le preoccupate parole di A. SRAFFA, *La lotta commerciale*, in « La scienza del diritto privato », 2 (1894), pp. 220-240. Sull'atteggiamento della dottrina di fine Ottocento primo Novecento rispetto al diffondersi delle clausole vessatorie nei contratti di adesione, cfr. MAZZARELLA, *Per una preistoria del Progetto italo-francese*, cit., pp. 173-175. Sul successivo sviluppo G. CHIODI, *Un pioniere della giustizia contrattuale: Lorenzo Mossa e i contratti di adesione*, in « Quaderni fiorentini », 45 (2016), pp. 249-293. Su Salvioli F. MAZZARELLA, *Giuseppe Salvioli*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero, Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, 2012, pp. 417-421.

⁽⁹⁵⁾ VIVANTE, *La penetrazione del socialismo nel diritto privato*, cit., p. 30. E qualche anno più tardi, ancora contro i « moduli o polizze a stampa » contenenti un « diritto » del « contraente più forte » in danno del « contraente più debole », A. SRAFFA,

conseguirsi già su iniziativa giurisprudenziale, facendo leva ad esempio sulla buona fede o sui vizi del consenso, ma che meglio sarebbe stato sancire prima in via legislativa ⁽⁹⁶⁾. « La parola imperativa del legislatore » — sintetizzava Vivante — avrebbe dovuto « limitare più sensibilmente la libertà dei contratti, per impedire gli abusi che il contraente più forte » compiva « spesso sul contraente più debole » ed evitare che « il magistrato, pur sentendosi bruciare le dita che stendono la sentenza », dovesse « dare libero corso » a odiose « clausole vessatorie », costretto com'era a rendere « omaggio al principio generale che consacra la libertà delle convenzioni » ⁽⁹⁷⁾.

Negli anni Trenta i traccianti corporativi della « Rivoluzione fascista » sembravano finalmente intercettare le articolazioni pluralistiche della società industriale e le istanze di socializzazione del diritto privato ⁽⁹⁸⁾. Il corporativismo limitava la volontà dei privati e istituzionalizzava la collaborazione tra le classi, riconoscendo però al contempo, come apprezzava Vivante, il ruolo cruciale dell'« iniziativa individuale » come « forza motrice della vita economica della nazione » ⁽⁹⁹⁾. Lo Stato corporativo interveniva dove aveva fallito lo Stato liberale, correggendo gli eccessi dell'individualismo con le virtù del solidarismo, subordinando « eccezionalmente » il libero consenso dei privati « a norme obbligatorie dettate nell'interesse

La riforma della legislazione commerciale e la funzione dei giuristi, in « Rivista del diritto commerciale », 11 (1913), I, p. 1018.

⁽⁹⁶⁾ La nullità delle clausole vessatorie non poteva essere — come affermava la giurisprudenza e condivideva A. ASCOLI, *La riserva di proprietà nella vendita a rate*, in « Rivista di diritto civile », 4 (1912), p. 67 — « opera del giudice », bensì semmai « oggetto di riforma legislativa ».

⁽⁹⁷⁾ VIVANTE, *La penetrazione del socialismo nel diritto privato*, cit., p. 30.

⁽⁹⁸⁾ Sul punto F. MAZZARELLA, « *Tradizione e rivoluzione* ». *Il diritto dei contratti dentro e oltre il Comitato per le relazioni giuridiche italo-germaniche*, in *Bürgerliches Recht im nachbürgerlichen Zeitalter — 100 Jahre Soziales Privatrecht in Deutschland, Frankreich und Italien*, a cura di D. Deroussin, M. Löhnig, F. Mazzarella, S. Wagner, vol. II, *Totalitäres Soziales Privatrecht? — Die juristische "Achse Berlin-Rom"*, Frankfurt am Main, Klostermann, in corso di pubblicazione.

⁽⁹⁹⁾ C. VIVANTE, *La penetrazione dell'ordinamento corporativo nel diritto privato*, in « Il diritto del lavoro », 5 (1931), 1-2, p. 437. La pensava allo stesso modo F. VASSALLI, *Arte e vita nel diritto civile*, Prolusione letta nella R. Università di Roma il 9 dicembre 1930, in « Rivista di diritto civile », 1931, poi in *Id.*, *Studi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1960, vol. II, p. 410.

pubblico e supremo dell'economia nazionale » (100). La « provvida influenza dell'ordinamento corporativo », osservava Vivante nel 1938, aveva aperto il diritto commerciale alle nuove regole « desunte dalla attuale feconda realtà » (101).

Tanto bastava a Rocco per considerare Vivante un vero « fascista », che voleva rendere la « nostra » amata « Patria » « sempre più grande nel campo del diritto, sempre più degna della immensa eredità di Roma! » (102). Si sbagliava, ovviamente (103). Come per la gran parte dei commercialisti e dei civilisti italiani, l'ordinamento corporativo rappresentava infatti per Vivante un valido modello di governo economico e di pacificazione sociale, in una realtà che non era quella individualistica vagheggiata nei Codici dell'Ottocento, ma quella pluralistica e conflittuale del Novecento (104). In linea teorica il corporativismo implicava la cooperazione tra capitale e lavoro, la solidarietà tra i fattori della produzione, la collaborazione tra industriali e operai (105). Era la via attraverso la quale aprire il diritto alla dimensione collettiva dell'economia, « passare da un diritto commerciale individualistico, necessario riflesso del mondo capitalistico del secolo XIX », a « un diritto commerciale corporativo », fatto di imprese industriali e commerciali, che « nel mondo moderno » assumevano prevalentemente la forma della società anonima, come confermarono anche Ascarelli e Mossa (106). Grazie al riconoscimento e alla creazione di « organi collettivi », l'ordinamento corporativo rappresentava lo strumento per riequilibrare le prestazioni

(100) VIVANTE, *La penetrazione dell'ordinamento corporativo*, cit., p. 439.

(101) C. VIVANTE, *Congedo*, in « Rivista del diritto commerciale », 36 (1938), I, p. 1.

(102) ROCCO, *L'opera scientifica di Cesare Vivante*, cit., p. XIX.

(103) Come sbaglia chi semplicisticamente allude a una « personale adesione del Vivante al nuovo ordine politico »: *Ricerca sulle società commerciali. Linee evolutive della legislazione italiana e ordinamenti stranieri*, Roma, Servizio Studi Legislazione e Inchieste Parlamentari, 1968, p. 45. Qualche perplessità anche su spiegazioni basate su una « formale e distaccata adesione » (LIBERTINI, *Il contributo di Cesare Vivante*, cit., p. 9).

(104) GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 181.

(105) Sulle diverse anime della riflessione giuridica corporativa cfr. I. STOLZI, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, Giuffrè, 2007.

(106) Così ad esempio T. ASCARELLI, *Problemi preliminari nella riforma delle società anonime*, in « Il Foro italiano », 61 (1936), IV, c. 20. Ma si veda anche L. MOSSA, *Per il diritto dell'Italia*, in « Rivista del diritto commerciale », 43 (1945), I, p. 7.

contrattuali, arginare con « norme inderogabili » il potere illimitato dei padroni, « sostituire alla eguaglianza fittizia » tra « padroni e operai » una « eguaglianza effettiva in modo da pareggiare la potenza dei loro consensi », mettere tanto la dignità operaia quanto l'economia nazionale al riparo dai « contrasti individuali » (107). L'ordinamento corporativo dava finalmente cittadinanza ai contratti collettivi e al contratto di lavoro, introduceva l'inderogabilità di norme imperative e sanciva la nullità delle clausole vessatorie nei contratti tipo (108).

Vivante non nutriva dunque alcuna fede verso il regime fascista, ma intravedeva come molti nel corporativismo una forma di realizzazione dell'ideologia solidaristica. Nel frattempo, il totalitarismo faceva il suo corso, senza risparmiare nemmeno lui, il Maestro della gius-commercialistica italiana. Il pensionamento per limiti d'età, nel 1930, evitò a Vivante il confronto con il mortificante obbligo del giuramento e ancor di più con l'ignominia delle leggi razziali, che ne decretarono tuttavia l'espulsione dall'Accademia dei Lincei e la cancellazione dall'Annuario dell'Università di Bologna (109). Proprio nell'anno delle leggi razziali, quasi in concomitanza con la morte di Sraffa (1937), Vivante lasciò la direzione della *Rivista del diritto commerciale* ai « colleghi più giovani » (Asquini, Valeri e Mossa) (110). I figli lasciarono l'Italia. Vivante si ritirò nella sua villa di Solaia, in Toscana, senza prendere parte ai lavori della nuova codificazione. Scrisse solo pochi appunti, inviati nel 1940 a Grandi e ad Asquini, congratulandosi « per il buon lavoro » svolto « in così breve tempo » per il progetto del Codice di commercio e confermando la decisione di andare « in campagna per un po' di riposo » (111). Nello stesso anno, 1940, pubblicò sul *Nuovo Digesto*

(107) VIVANTE, *La penetrazione dell'ordinamento corporativo*, cit., p. 437.

(108) C. VIVANTE, *I contratti-tipo nell'ordinamento fascista*, in « Commercio », 3 (1930), pp. 3-7.

(109) Cfr. MAZZARELLA, *Vivante*, cit., p. 34, e sull'Annuario C. MONTAGNANI, *Ideologia corporativa e controllo giudiziario sulle società di capitali*, Padova, Cedam, 2008, p. 172.

(110) VIVANTE, *Congedo*, cit., p. 1.

(111) Riferisce di « poche pagine » di Vivante N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 336-337 e nota 5. Le ricorda anche MONTAGNANI, *Ideologia corporativa*, cit., p. 174, che ipotizza tuttavia qualcosa di più di

Italiano la voce società a catena, conservando, a conferma della sua inalterata autorevolezza, la firma e il titolo di « Prof. emerito della R. Univ. di Roma » ⁽¹¹²⁾.

« poche pagine », come sembra confermare la ricerca di M. PICCIALUTI CAPRIOLI, *Documenti d'archivio sulla codificazione del 1942*, in *Per Francesco Calasso. Studi degli allievi*, Roma, Bulzoni, 1978, p. 575, che attribuisce a Vivante « pp. 18 a stampa ».

⁽¹¹²⁾ C. VIVANTE, *Società a catena* ("Holdings"), vol. XII/1, Torino, Utet, 1940, pp. 383-387.

LAURA MOSCATI

STILE FIORENTINO.
LA FACOLTÀ GIURIDICA E LE OSSERVAZIONI
AI PROGETTI DEL CODICE CIVILE DEL 1942 (*)

1. La fondazione della facoltà nel 1924 e la Commissione reale per la riforma dei codici. — 2. Il nuovo diritto di famiglia e le osservazioni al libro I. — 3. Il diritto successorio e i rilievi sul libro III. — 4. Sul tramonto della funzione consultiva delle università italiane.

1. *La fondazione della facoltà nel 1924 e la Commissione reale per la riforma dei codici.*

Il 1924, anno della fondazione dell'illustre facoltà giuridica fiorentina ⁽¹⁾, coincide con l'anno di promulgazione del Regio Decreto relativo alla nomina delle commissioni reali per la riforma delle codificazioni vigenti ⁽²⁾ ed è ovvio che nessun componente della facoltà ne facesse parte. Poco dopo, però, alcuni membri vennero aggiunti: mi riferisco a Giovanni Brunetti e a Francesco Ferrara per la codificazione civile ⁽³⁾.

(*) Nel ricordo di Paolo Grossi, che ha magistralmente delineato lo *Stile fiorentino* e i suoi protagonisti.

⁽¹⁾ P. GROSSI, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana*, Milano, Giuffrè, 1986; sulla ricostruzione dei percorsi storici e delle linee degli studi in occasione degli 80 anni, cfr. B. SORDI, *Giurisprudenza: sprazzi di storia nella cronaca di una Facoltà*, in *L'università degli studi di Firenze. 1924-2004*, I, Firenze, Olschki, 2004, pp. 165-200.

⁽²⁾ Ministero della Giustizia e degli Affari di Culto, *Delega al Governo per emendamenti al codice civile e per la pubblicazione dei nuovi codici di procedura civile, di commercio, e per la marina mercantile. Lavori preparatori*, Roma, Camera dei Deputati, 1925, p. 400 e ss.

⁽³⁾ Giovanni Brunetti e Francesco Ferrara entrarono, insieme a Giuseppe Messina, nel 1926 a far parte della sottocommissione per il codice civile (D.M. 25 settembre 1926, in *Bollettino ufficiale del Ministero della Giustizia e degli Affari di Culto*,

Il loro contributo si trova, così, già nell'elaborazione del progetto del libro I. La materia del regime patrimoniale del matrimonio con la relativa relazione è affidata a Giovanni Brunetti e quella della comunione dei beni tra coniugi a Francesco Ferrara (4). Va anche segnalato che Giuseppe Valeri era stato nominato fin dal 1924 quando ancora insegnava a Parma in seno alla commissione di riforma del codice di commercio e Piero Calamandrei in quella del codice di procedura civile mentre era professore a Modena (5).

Come le altre facoltà italiane (6) anche quella fiorentina è chiamata a dare il proprio parere al Guardasigilli sui progetti dei primi libri del codice civile, su cui mi concentrerò nel presente scritto. La facoltà, come altre (7), decide di non escludere coloro che già facevano parte della Commissione reale e dell'elaborazione dei progetti in seno a quest'ultima e di appoggiarsi nella discussione a un corpo multidisciplinare di docenti che rispondesse a una concezione complessiva della scienza giuridica.

Possiamo ricostruire la nomina del relatore, Giovanni Brunetti, e l'andamento dei lavori dai verbali pubblicati in calce al parere della facoltà fiorentina, meno scarni dei pochi relativi ad altre sedi (8). Le discussioni si presentano ampie e variegate, vi prendono

XLVII, n. 41, Roma, Camera dei Deputati, 1926, p. 798). In realtà Francesco Ferrara era professore a Pisa, anche se prima della fondazione dell'università teneva corsi inaugurali presso l'Istituto fiorentino di scienze sociali. Nell'anno della fondazione e dell'organizzazione delle chiamate, dopo un consiglio burrascoso per l'incarico di diritto civile, Ferrara non accetta di rientrare a Firenze (GROSSI, *Stile fiorentino*, cit., pp. 88-89) mentre da quello successivo egli risulta titolare del corso facoltativo di Diritto internazionale privato (*Annuario per l'anno accademico 1925-26*, Firenze, Ruffilli, 1926, p. 194; ivi, 1927-28, p. 265; ivi, 1930-31, p. 221; ivi, 1931-32, p. 247).

(4) Commissione Reale per la riforma dei Codici, *Codice civile. Primo Libro. Progetto e relazione*, Roma, Poligrafico dello Stato, 1931 (*Progetto Libro I*), pp. 106-107.

(5) Ministero della Giustizia e degli Affari di Culto, *Delega al Governo*, cit., p. 401.

(6) Cfr. L. MOSCATI, *Osservazioni e proposte delle università italiane ai progetti dei primi libri del Codice civile del 1942*, in *Il contributo della Sapienza alle codificazioni* (« Rivista italiana per le Scienze giuridiche », numero speciale 2022), Napoli, Jovene, 2022, pp. 149-186, a cui si rinvia per l'inquadramento generale e la bibliografia relativa.

(7) Mi riferisco in particolare alla facoltà romana per la revisione del libro I, ma anche a quelle di Sassari, Milano Cattolica, Catania: ivi, p. 156.

(8) *Parere della Facoltà di Giurisprudenza a S. E. il Ministro della Giustizia sul Progetto di riforma del Primo Libro del Codice civile*, Firenze, Vallecchi, 1932, pp. 51-57

parte giuristi che appartengono alle varie branche della scienza giuridica (il preside Arias, Checchini, Cicala, Valeri, Cammeo, Calamandrei, Livi), dalle discipline storiche e filosofiche, a quelle economiche, civilistiche e commercialistiche, pubblicistiche e anche processualistiche. Brunetti dichiara, inoltre, di essersi avvalso dell'aiuto di Cesare Aporti per la parte relativa agli obblighi alimentari tra affini, oggetto della sua tesi di laurea poi confluita in un lavoro specifico ⁽⁹⁾. In ogni caso la giovane facoltà dimostra di voler mettere tutto il suo impegno nel rinnovamento della codificazione civile vigente, attraverso le menti più significative e attive.

In linea generale, va tenuto presente che la produzione civilistica fiorentina del periodo, come quella della maggior parte delle facoltà italiane, si radica nell'aura della preparazione dei progetti di revisione del codice civile. Questi sono al tempo stesso catalizzatori di contributi già esistenti e promotori di nuovi, sempre con riguardo alle materie più dibattute o in cui era maggiormente necessaria l'applicazione delle riforme da tempo richieste e rese indispensabili dopo la guerra che aveva fatto emergere con chiarezza i limiti della codificazione ⁽¹⁰⁾.

Dai verbali risulta anche che le discussioni furono molto approfondite e numerose le integrazioni e le analisi specifiche dei componenti della facoltà. È altresì singolare, rispetto ad altre università, che le osservazioni di Brunetti e le aggiunte di Checchini sul matrimonio e di Cammeo sulla condizione dello straniero siano discusse, modificate e approvate, anche con l'integrazione di alcuni articoli o di parti di essi, in un verbale conclusivo che accompagna l'invio della relazione al Ministro ⁽¹¹⁾. In particolare, i giuristi

(Firenze, *Parere Libro I*). I verbali inediti della Facoltà presentano meno notizie rispetto a quelli pubblicati, relative solo all'inizio dei lavori, al rinvio di una seduta e alla spedizione al Ministero della relazione e dei verbali: ASUFI, Facoltà di Giurisprudenza, *Verbali del Consiglio di Facoltà*, vol. 3, sedute del 17 febbraio, 11 aprile e 13 maggio 1932.

⁽⁹⁾ C. APORTI, *L'obbligazione alimentare in rapporto alle seconde nozze o alle nuove*, in *Studi in onore di Riccardo Dalla Volta*, II, Firenze, Poligrafica Universitaria, 1936, pp. 9-38.

⁽¹⁰⁾ Cfr. G. ALPA, *Alle origini della codificazione: i lavori e il progetto di un Codice italo-francese delle obbligazioni*, in *Il contributo della Sapienza alle codificazioni*, cit., p. 13 e ss.

⁽¹¹⁾ Firenze, *Parere Libro I*, pp. 51-65.

florentini si soffermano sugli articoli relativi alla dichiarazione di morte presunta, all'autorizzazione maritale, all'obbligo di dotare, al matrimonio, al divieto della ricerca della paternità e al riconoscimento e legittimazione dei figli adulterini e incestuosi.

Per quanto attiene al progetto del libro III ⁽¹²⁾ predisposto dopo il I, i verbali, sempre pubblicati in calce al parere, risultano piuttosto cursori ⁽¹³⁾. Nel maggio del 1936 è nominato Salvatore Romano, uno dei « destinatari ideali » dello *Stile fiorentino* di Grossi, da poco chiamato in facoltà ⁽¹⁴⁾, come estensore del parere subito inviato al Ministero per le pressioni ricevute e approvato dalla facoltà nel successivo febbraio 1937. A ciò si aggiungono le osservazioni di Cugia pubblicate in appendice e relative all'alienazione dell'eredità ⁽¹⁵⁾.

Come nel caso della maggior parte delle facoltà italiane, anche per Firenze troviamo commentati solo il libro I e il libro III ⁽¹⁶⁾. Quanto al progetto del libro II relativo alla proprietà ⁽¹⁷⁾, che segue quello del libro III, come si evince dai verbali inediti della Facoltà è designato ancora una volta Salvatore Romano che viene anche sollecitato per una rapida consegna del parere. Forse per i tempi troppo rapidi e l'imminente accelerazione nel processo di codificazione il lavoro viene accantonato ⁽¹⁸⁾. Nella lista di coloro che hanno

⁽¹²⁾ Commissione Reale per la riforma dei Codici, *Codice civile. Terzo Libro. Successioni e donazioni. Progetto e relazione*, 23 marzo 1936 — XIV, Roma, Poligrafico dello Stato, 1936 (*Progetto Libro III*).

⁽¹³⁾ Anche i verbali relativi alla nomina della commissione di revisione del libro III si trovano in *Osservazioni e proposte della Facoltà di Giurisprudenza sul Terzo Libro del Progetto di Codice civile*, Firenze, Poligrafica universitaria, 1937, p. 103 (Firenze, *Parere Libro III*). Per alcune notizie più specifiche sull'andamento dei lavori: ASUFI, Facoltà di Giurisprudenza, *Verbali del Consiglio di Facoltà*, vol. 3, sedute del 18 maggio, 7 dicembre 1936, 27 febbraio 1937.

⁽¹⁴⁾ *Annuario per l'anno accademico 1936-37*, cit., p. 13.

⁽¹⁵⁾ Firenze, *Parere Libro I*, pp. 93-101.

⁽¹⁶⁾ Solo alcune facoltà, come Catania, Genova, Milano Cattolica, provvedono alla redazione di osservazioni su tutti e tre i libri. Cfr. MOSCATI, *Osservazioni e proposte*, cit., p. 173.

⁽¹⁷⁾ Commissione Reale per la riforma dei Codici, *Codice civile. Secondo Libro. Cose e diritti reali. Progetto e relazione*, Roma, Poligrafico dello Stato, 1937.

⁽¹⁸⁾ ASUFI, Facoltà di Giurisprudenza, *Verbali del Consiglio di Facoltà*, vol. 3, sedute del 29 novembre 1937, 14 marzo 1938.

contribuito alla realizzazione del progetto troviamo ancora una volta il nome di Francesco Ferrara, che risulta aver collaborato alla redazione della parte relativa all'usufrutto dei diritti (19). Nella sua produzione, è interessante ricordare alcuni studi coevi su argomenti tra i più dibattuti nel progetto del libro II, come i consorzi, il diritto d'autore e l'evoluzione del concetto di proprietà (20).

Prima di esaminare i pareri, e dato che non vi è traccia di un'attiva partecipazione alla redazione del progetto del libro III, mi vorrei soffermare sul contributo al progetto del libro I che riguarda, come accennato, il regime patrimoniale del matrimonio e la comunione dei beni. Si tratta di due materie affini che trovano una sostanziale rielaborazione rispetto al diritto vigente. Viene modificata la sistematica, spostando la materia dei rapporti patrimoniali tra coniugi dal libro III al libro I e raggruppando tutta la disciplina del matrimonio, che aveva subito una serie di trasformazioni a seguito del Concordato del 1929, nel titolo VI. Sono colmate alcune lacune come la disciplina dell'inabilità legale; si modifica l'istituto della dote, stabilendo la sua costituzione anche durante il matrimonio nell'interesse della famiglia per valorizzare l'attività extradomestica della donna sposata; si consente alla vedova « indotata », durante l'anno di lutto, di mantenere il diritto all'abitazione e i proventi della dote, oppure gli alimenti (21).

La disciplina della comunione dei beni viene radicalmente rielaborata con l'intento di concepire il matrimonio come unione personale e patrimoniale (22). Si forma, quindi un terzo patrimonio accanto ai beni del marito e della moglie, costituito dagli acquisti

(19) Commissione Reale per la riforma dei Codici, *Codice civile. Secondo Libro*, cit., *Relazione*, p. 61.

(20) Cfr. F. FERRARA, *I consorzi per l'esercizio dell'agricoltura*, in Reale Accademia dei Georgofili, *Primo Congresso nazionale di diritto agrario italiano, Firenze 21-23 ottobre 1935*, Firenze, Ricci, 1935, pp. 474-482; ID., *Nome d'arte e pseudonimo nella tutela delle opere dell'ingegno*, in « Rivista di diritto commerciale », 37 (1939), pp. 159-179; ID., *La proprietà come « dovere sociale »*, in *La concezione fascista della proprietà privata*, a cura della Confederazione fascista dei lavoratori dell'agricoltura, Roma, Arte della Stampa, 1939, pp. 277-287.

(21) *Progetto Libro III*, art. 216, *Relazione*, p. 111.

(22) *Progetto Libro I*, art. 182, *Relazione*, p. 113 e ss. Il secondo comma dell'articolo verrà soppresso nel progetto definitivo (art. 167).

fatti durante il matrimonio, che, in caso di scioglimento del vincolo, va diviso in parti uguali tra i coniugi. Il fine è quello di favorire l'unità della famiglia e le esigenze della piccola borghesia che può riuscire in tal modo a costruire un patrimonio familiare durante la vita matrimoniale. Come vedremo, si tratta di istituti ampiamente discussi nel parere e nei verbali delle sedute della facoltà, le cui proposte sono talvolta in contrasto con quelle della Commissione reale.

2. *Il nuovo diritto di famiglia e le osservazioni al libro I.*

Passando alla relazione di Brunetti va osservato che la maggior parte delle materie sono trattate anche in uno scritto specifico apparso subito dopo la pubblicazione del progetto del libro I, gli *Appunti sulla riforma del Codice civile* ⁽²³⁾, in cui alcuni istituti risultano più approfonditi, ad esempio la dichiarazione di morte, mentre altri, come l'autorizzazione maritale, sono inseriti nel nuovo titolo del matrimonio che contiene anche l'analisi dell'obbligo di dotare e del patrimonio dell'obbligato agli alimenti. Lo stesso discorso vale per il riconoscimento dei figli naturali incluso nel titolo della filiazione con l'aggiunta di alcune osservazioni tratte dal Congresso giuridico nazionale di Firenze del 1891, in cui era stata proposta l'ammissione dei figli adulterini, senza nominare gli incestuosi, poi rigettata per alcune voci contrarie che la ritenevano offensiva del sacro vincolo della famiglia ⁽²⁴⁾.

È interessante esaminare le osservazioni e i rilievi della facoltà fiorentina anche nel contesto di quelle italiane e della loro incidenza sulle modifiche introdotte nel progetto definitivo del libro I. La relazione di Brunetti e i relativi suggerimenti di modifica, infatti, confluiscono nelle osservazioni e proposte delle università italiane

⁽²³⁾ G. BRUNETTI, *Appunti sulla riforma del Codice civile*, in «Giurisprudenza italiana», 84 (1932), pp. 113-127.

⁽²⁴⁾ Si veda anche G. BRUNETTI, *L'azione di paternità e l'azione di alimenti del figlio naturale nel progetto di riforma del primo libro del codice civile*, in «Giurisprudenza italiana», 83 (1931), pp. 241-242, in polemica con il giovane Santoro-Passarelli nella prolusione urbinata: *La filiazione naturale nel progetto di Codice civile*, in «Studi urbinati», 4 (1930), pp. 1-22.

poi pubblicate insieme a quelle degli organi consultivi giudiziari, amministrativi e forensi (25). Molte proposte sono condivise dalle altre facoltà e, relativamente ad alcuni istituti, accolte nel progetto definitivo del libro I, preparato dal Guardasigilli con un gruppo ristretto di esperti, tra cui Francesco Ferrara per la disciplina delle persone giuridiche (26), e pubblicato nel 1936 (27).

Partendo dalla dichiarazione di morte presunta, il progetto preliminare, all'interno del titolo degli assenti, introduce nel nostro diritto l'istituto della dichiarazione di morte che si trova nei codici di stampo germanico e su cui Brunetti aveva fatto un lavoro specifico (28). Egli ritiene tale disciplina troppo legata alle proposte della Commissione del dopoguerra e al progetto predisposto da Alfredo Ascoli (29) che era stato ripreso in forma analoga dalla Commissione reale (30).

Brunetti dissente dalle motivazioni che avevano ispirato ambedue le commissioni, mentre condivide il progetto di legge di Gianturco del 1898 che, in conformità con il diritto canonico, applicava il principio *quod nullum est nullum producit effectum*. A suo giudizio il Concordato avrebbe dovuto indurre Ascoli a modificare la proposta, mentre quest'ultimo riteneva irrevocabile lo

(25) Ministero di Grazia e Giustizia. Lavori preparatori per la riforma del Codice civile, *Osservazioni e proposte sul progetto del Libro Primo*, I-II, Roma, Mantellate, 1933, III-IV, Roma, Mantellate, 1934 (*Osservazioni Progetto Libro I*).

(26) Si veda in particolare F. FERRARA, *La teoria delle persone giuridiche nel progetto di Codice civile italiano*, in « Rivista di diritto pubblico », 23 (1931), pp. 12-25 (su cui tornerà ampiamente nel *Trattato di diritto civile italiano*, VIII, Torino, UTET, 1938); ID., *La condizione potestativa*, in « Rivista di diritto commerciale », 29 (1931), pp. 563-593. Sulla partecipazione di Ferrara ai comitati ministeriali ristretti per la revisione del libro I e del libro II, poi III del Codice, cfr. N. RONDINONE, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 59, 192, 231 e 237.

(27) Ministero di Grazia e Giustizia, *Codice civile. Libro Primo. Progetto definitivo e relazione del Guardasigilli On. Solmi*, Roma, Poligrafico dello Stato, 1936 (*Progetto definitivo Libro I*).

(28) G. BRUNETTI, *La dichiarazione giudiziale di morte dello scomparso*, in « Giurisprudenza italiana », 75 (1923), pp. 94-103; ID., *Assenza*, in *Enciclopedia italiana*, IV, Roma, Enciclopedia italiana, 1929, pp. 994-995.

(29) Cfr. Commissione Reale per il Dopoguerra, *Studi e proposte della prima sottocommissione presieduta dal Sen. Vittorio Scialoja. Questioni giuridiche, amministrative e sociali. Giugno 1918-Giugno 1919*, Roma, Artigianelli, 1920, pp. 196-212.

(30) *Progetto Libro I*, tit. IV, artt. 55-86; *Relazione*, pp. 65-75.

scioglimento del primo matrimonio, lasciando il secondo in vigore. Brunetti propone, inoltre, che si utilizzi il termine dichiarazione di morte e non presunzione e che la disciplina non sia inserita nel titolo degli assenti, ma in quello relativo agli atti dello stato civile, all'interno del capo sugli atti di morte. Egli chiede, infine, l'eliminazione di norme di carattere processuale che avrebbero dovuto trovare la loro collocazione nel codice di procedura civile.

Alcune facoltà, come Roma e Napoli, approvano la linea di continuità con la Commissione del dopoguerra e l'operato di Ascoli, limitandosi alla richiesta di modifica del termine e di esclusione delle norme relative alla procedura ⁽³¹⁾. Le proposte di Brunetti e di altre università sono accolte nel progetto definitivo del libro I, che si allontana da quello preliminare dividendo i titoli dell'assenza e della dichiarazione di morte presunta, prevedendo l'annullamento del secondo matrimonio fatti salvi gli effetti civili, e lo spostamento nel codice di rito della materia specifica ⁽³²⁾.

Brunetti critica, inoltre, l'abolizione dell'autorizzazione maritale avvenuta con la legge del 1919 e chiede la sua reintroduzione anche se con opportuni miglioramenti, perché tale legge non aveva avuto effetti positivi, essendo dominata da dottrine individualiste non in linea con l'ideologia fascista ⁽³³⁾.

Nelle osservazioni fiorentine è molto approfondita la disciplina della ricerca della paternità, non ammessa dal legislatore del 1865 ⁽³⁴⁾ se non nei casi di ratto e di stupro violento, attraverso l'analisi del rapporto con il diritto naturale, in un contesto in cui, oltre alla spinta umanitaria, si tengono in conto le motivazioni politiche, a seguito di quella che Brunetti definisce « una Rivoluzione: quella del 1922 » ⁽³⁵⁾. Egli concorda con la Commissione reale, che aveva ampliato il numero dei casi previsti, con la sola eccezione del sovrabbondante numero di deroghe che, a suo giudizio, andavano limitate. Tra queste, si sofferma sulla seduzione,

⁽³¹⁾ Cfr. MOSCATI, *Osservazioni e proposte*, cit., pp. 161-162.

⁽³²⁾ *Progetto definitivo Libro I*, artt. 52-62; 63-75, *Relazione*, pp. 29-32.

⁽³³⁾ Firenze, *Parere Libro I*, p. 9; BRUNETTI, *Appunti sulla riforma del Codice civile*, cit., pp. 118-119.

⁽³⁴⁾ *Codice civile del Regno d'Italia*, 1865, art. 189.

⁽³⁵⁾ Firenze, *Parere Libro I*, p. 23.

ritenendo che essa debba essere presa in considerazione soltanto se accompagnata dalla promessa di matrimonio ⁽³⁶⁾, e sul concubinato con un più preciso riferimento alla sussistenza di una relazione stabile tra i genitori, *more uxorio* ⁽³⁷⁾. Reclama altresì l'introduzione di un termine di decadenza per l'azione di riconoscimento, come previsto in altre legislazioni. I rilievi indicati da Brunetti, accolti nel progetto definitivo ⁽³⁸⁾, erano già contemplati nel disegno di legge specifico del 1908 sulla ricerca della paternità naturale proposto dalla Commissione speciale nell'ambito di quella più generale relativa alla riforma della legislazione di diritto privato del 1906 ⁽³⁹⁾, e non tenuti in conto dalla Commissione del periodo fascista.

Le riflessioni sono accompagnate da un'approfondita analisi storica e comparativa, relativa al periodo in cui si ammetteva la libera ricerca della paternità, sottolineando che quelle nazioni che continuavano a prevederla come la Germania, l'Austria e il Regno Unito lo facevano solo al fine degli effetti delle obbligazioni alimentari con la conseguenza della creazione di disuguaglianze ⁽⁴⁰⁾.

Proprio riguardo al riconoscimento dei figli naturali, il parere di Brunetti si mostra favorevole a sostenere quello volontario, mentre il riconoscimento degli adulterini e incestuosi, nati da persone che avevano un impedimento legale al matrimonio, è considerato un'eccessiva mutazione del diritto vigente ⁽⁴¹⁾. Non si tratta solo della nascita fuori dal matrimonio ma contro il matrimonio, in confronto al Codice del 1865 che rispettava la santità del vincolo. Secondo Brunetti, il progetto preliminare viene meno a tale principio nel consentire il riconoscimento del figlio incestuoso e adulte-

⁽³⁶⁾ Ivi, pp. 25-27, 55. Per una ricostruzione del contributo di Brunetti sull'argomento nel più ampio contesto della civilistica tra Otto e Novecento e dei diversi progetti, cfr. G. CAZZETTA, *Praesumitur seducta. Onestà e consenso femminile nella cultura moderna*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 316 e ss.

⁽³⁷⁾ Firenze, *Parere Libro I*, p. 27.

⁽³⁸⁾ *Progetto definitivo Libro I*, artt. 276-278, *Relazione*, pp. 104-105.

⁽³⁹⁾ Commissione reale per la riforma generale della legislazione di diritto privato, *Commissione speciale per la riforma delle disposizioni legislative sulla ricerca della paternità naturale*, Roma, Ripamonti, 1908, artt. 5-6.

⁽⁴⁰⁾ Brunetti aveva approfondito l'argomento: *L'azione di paternità*, cit.

⁽⁴¹⁾ Firenze, *Parere Libro I*, pp. 13-16.

rino, sotto l'influenza delle dottrine umanitarie e giusnaturalistiche, in contrasto con i principi del diritto canonico.

Le facoltà giuridiche in linea di massima ritengono che la « felice quanto ardita riforma » debba essere attenuata in alcuni aspetti per mantenere prevalente la tutela dovuta alla famiglia legittima ⁽⁴²⁾. Il progetto definitivo accoglie in parte le proposte formulate in quello preliminare e accetta i rilievi della dottrina per non « turbare » la famiglia legittima, innalzando l'età richiesta per il riconoscimento e vietandolo in presenza dei figli legittimi ⁽⁴³⁾.

Come ricordato, per il diritto agli alimenti il parere si fonda sulle ricerche di Aporti ⁽⁴⁴⁾, allievo e collaboratore di Brunetti, e riguarda quello tra affini che segue il diritto francese ed entra nel Codice del 1865 tramite quello albertino. I giuristi fiorentini non ne vogliono l'abolizione ma suggeriscono alcune restrizioni relative alla sfera degli aventi diritto e la necessità di tenere conto delle mutate condizioni economiche del donante e del donatario ⁽⁴⁵⁾. Di fronte al silenzio del codice vigente e alle osservazioni delle facoltà, il progetto definitivo chiarifica il presupposto dello stato di bisogno, introduce alcune limitazioni come quelle relative a un nuovo matrimonio o alla separazione, mentre per gli aventi diritto piuttosto che prevedere un criterio rigido preferisce demandare all'interprete ⁽⁴⁶⁾.

Per il matrimonio il parere della facoltà sottolinea l'opportunità di un titolo organico che raggruppi al suo interno anche le norme speciali, colmando le lacune e le incongruenze che, a seguito del Concordato, si sarebbero potute presentare. Inoltre, si sofferma sulla necessità di avvicinare in maniera sostanziale il matrimonio

⁽⁴²⁾ *Osservazioni Progetto Libro I*, III, p. 539. Sul « nuovo modello di famiglia » voluto dal regime e ispirato alla solidarietà corporativa, cfr. G. ALPA, *Manuale di diritto privato. Dodicesima edizione*, Padova, Cedam, 2023, p. 1039 e ss. Per le osservazioni delle università e degli altri organi consultivi in materia di famiglia, cfr. P. PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della società coniugale in Italia*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 435-451.

⁽⁴³⁾ *Progetto definitivo Libro I, Relazione*, pp. 98-100.

⁽⁴⁴⁾ APORTI, *L'obbligazione alimentare*, cit.

⁽⁴⁵⁾ Firenze, *Parere Libro I*, pp. 35-37.

⁽⁴⁶⁾ *Progetto definitivo Libro I, Relazione*, p. 153.

civile e quello religioso e sull'introduzione dell'istituto dello scioglimento del matrimonio non consumato ⁽⁴⁷⁾.

Tale parere si basa anche sulle osservazioni aggiuntive di Checchini approvate dalla facoltà e relative alle difficoltà di configurare la disciplina del matrimonio a seguito del Concordato ⁽⁴⁸⁾. Il nuovo codice, secondo Checchini, dovrà contenere la materia civile e canonica completa, mentre il progetto si riferisce solo alla disciplina del diritto civile, dedicando a quello canonico una parte limitata, incompleta e talvolta inesatta. Egli propone alcune modifiche e integrazioni, relative al matrimonio celebrato davanti ai ministri dei culti ammessi, ai rapporti tra i principi ispiratori del matrimonio civile e di quello religioso e a un maggiore avvicinamento a quelli del matrimonio canonico ritenuto di fondamentale importanza ⁽⁴⁹⁾.

Le osservazioni sono ampiamente condivise con quelle di altre facoltà ⁽⁵⁰⁾ e trovano riscontro nelle modifiche introdotte nel progetto definitivo, in cui vengono date all'istituto maggiore organicità e sistematicità e sono rivisti quegli articoli che avevano subito maggiori critiche, come quelli relativi allo scioglimento del vincolo ⁽⁵¹⁾.

Brunetti propone di reintrodurre l'obbligo di dotare ⁽⁵²⁾, non contemplato dal progetto ⁽⁵³⁾, e ritiene che non debba essere costituita o aumentata la dote durante il matrimonio in ragione del nuovo istituto del patrimonio familiare ⁽⁵⁴⁾. La richiesta concernente l'obbligo di dotare non è presa in considerazione in altre osserva-

⁽⁴⁷⁾ Firenze, *Parere Libro I*, pp. 46-47.

⁽⁴⁸⁾ Alcune riflessioni di Checchini in materia sono approfondite in corsi universitari specifici, tra cui cfr. A. CHECCHINI, *Appunti di diritto canonico: (le fonti e il matrimonio) raccolti dalle lezioni di A. Checchini*, a cura di L. Parma, Padova, Gruppo universitario fascista, 1937; ID., *La giurisdizione ecclesiastica matrimoniale nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, Vita e pensiero, 1939.

⁽⁴⁹⁾ Firenze, *Parere Libro I*, pp. 45-46.

⁽⁵⁰⁾ Si tratta dei pareri di Jemolo e di Ravà per le università di Bologna e Padova: *Osservazioni Progetto Libro I*, II/1, pp. 300-301, 310.

⁽⁵¹⁾ *Progetto definitivo Libro I, Relazione*, p. 65 e ss.

⁽⁵²⁾ Si tratta dell'art. 167-bis proposto in aggiunta: Firenze, *Parere Libro I*, pp. 10-12.

⁽⁵³⁾ *Progetto Libro I, Relazione*, pp. 105-106.

⁽⁵⁴⁾ Firenze, *Parere Libro I*, pp. 12-13.

zioni delle facoltà e neanche dal legislatore perché legata a norme ormai abrogate ⁽⁵⁵⁾. Invece, la costituzione o l'aumento della dote durante il matrimonio sono ritenuti nei pareri delle università italiane un cambiamento timido o radicale ma sempre innovativo ⁽⁵⁶⁾. In alcuni casi essi sono sottoposti a critiche severe ⁽⁵⁷⁾, differenti da quelle specifiche addotte da Brunetti e relative al rapporto con il divieto di donazione tra coniugi ⁽⁵⁸⁾. Secondo altri, infine, la questione è resa inutile dall'istituzione del patrimonio familiare ⁽⁵⁹⁾ attraverso il quale i coniugi possono ottenere lo stesso scopo. Su questo punto si accende un dibattito soprattutto in relazione all'«ingiustificata imitazione di figure giuridiche straniere» ⁽⁶⁰⁾. È interessante sottolineare che il progetto definitivo modifica quello preliminare per i termini della costituzione e aumento della dote durante il matrimonio, limitandola alla moglie e non al marito, per non contravvenire al divieto delle donazioni tra coniugi sulla base del parere di Brunetti ⁽⁶¹⁾.

La seconda relazione aggiuntiva è di Federico Cammeo ed è relativa alla mancanza di un articolo sull'ammissione dello straniero al godimento dei diritti civili. Egli richiede, infatti, che venga ripristinato l'art. 3 del Codice del 1865, sia per ragioni di opportunità sia per effettuare una modifica relativa all'inserimento del principio del trattamento di reciprocità, lasciando che lo Stato escluda gli stranieri che nei loro Paesi non riconoscono gli stessi diritti. Per la condizione dello straniero, i rilievi di Cammeo, relativi all'applicazione del principio di carattere unilaterale proprio della legislazione tedesca, trovano da più parti critiche analoghe ⁽⁶²⁾. Nel progetto definitivo si accoglie la proposta della facoltà in merito all'opportunità di legiferare più espressamente sulla condizione degli

⁽⁵⁵⁾ *Progetto definitivo Libro I*, p. 70.

⁽⁵⁶⁾ È il parere delle facoltà di Milano Cattolica, Messina, Macerata: *Osservazioni Progetto Libro I*, III, pp. 72-73.

⁽⁵⁷⁾ Mi riferisco alle facoltà di Catania e Padova: *ivi*, pp. 71, 74.

⁽⁵⁸⁾ Firenze, *Parere Libro I*, pp. 12-13.

⁽⁵⁹⁾ *Progetto Libro I*, art. 256.

⁽⁶⁰⁾ *Osservazioni Progetto Libro I*, III, p. 357.

⁽⁶¹⁾ *Progetto Libro I*, art. 189; *Progetto definitivo Libro I*, art. 174; *Relazione*, p. 70.

⁽⁶²⁾ *Osservazioni Progetto Libro I*, I/1, pp. 98-102: con i pareri di Ferrara, Torino, Urbino.

stranieri e di applicare il principio di reciprocità, come richiesto da Cammeo ⁽⁶³⁾.

Dai verbali risulta che le discussioni sul progetto del libro I si svolgono in diverse sedute in cui sono votate le singole modifiche e aggiunte. È interessante sottolineare che Calamandrei, assente in una delle riunioni, fa mettere a verbale una dichiarazione relativa alla sua posizione contraria al ripristino dell'autorizzazione maritale voluta da Brunetti e favorevole in linea di massima al riconoscimento dei figli adulterini e incestuosi, sulla scia del progetto della Commissione reale ⁽⁶⁴⁾.

Dopo la presentazione delle osservazioni della facoltà, Giovanni Brunetti muore concludendo il suo *iter* di studio e di impegno per il legislatore. Anche in questo caso era emersa la sua natura atta a inquadrare gli istituti studiati in un contesto più ampio storico-giuridico e teorico-ricostruttivo, che rispecchia la sua formazione e il suo percorso universitario ⁽⁶⁵⁾. La sua piena adesione al fascismo risulta dall'accettazione della retorica e dei principi ispiratori del regime e, con riferimento alle osservazioni esaminate, dal sostegno ai postulati della riforma del diritto di famiglia. In realtà Brunetti si mostra nel parere soprattutto legato al mondo di ieri, nella persistente richiesta del ripristino di istituti conservatori in cui credeva, come la reintroduzione dell'autorizzazione maritale o l'obbligo di dotare, che trovano le loro radici nell'Italia dell'Ottocento, prima che la Grande Guerra mettesse in luce i necessari cambiamenti imposti dalle esigenze economico-sociali ⁽⁶⁶⁾.

3. *Il diritto successorio e i rilievi sul libro III.*

Come successore di Brunetti per il corso di diritto civile viene chiamato nella facoltà, presieduta da Cammeo subentrato ad Arias,

⁽⁶³⁾ *Progetto definitivo Libro I*, art. 8, *Relazione*, pp. 5-6.

⁽⁶⁴⁾ Firenze, *Parere Libro I*, pp. 56-57.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. in particolare M. CARVALE, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1972, s.v.; GROSSI, *Stile fiorentino*, cit., pp. 87-91; SORDI, *Giurisprudenza*, cit., pp. 164-165, 174.

⁽⁶⁶⁾ Sui suoi scritti nei 10 anni che precedono la riforma dei codici, cfr. G. BRUNETTI, *Scritti giuridici varii*, 4 voll., Torino, UTET, 1915-1925.

Salvatore Romano ⁽⁶⁷⁾ incaricato di stendere il parere relativo al progetto del libro III ⁽⁶⁸⁾ che segue quello del libro I. Anche questo viene sottoposto, insieme alle osservazioni e proposte delle università e degli organi consultivi, al Comitato ministeriale che prepara un nuovo progetto, quello definitivo, concluso nel novembre 1937 ⁽⁶⁹⁾.

A differenza delle osservazioni al progetto del libro I, quelle relative al libro III si aprono con alcune considerazioni di carattere generale sul miglioramento della sistematica degli istituti successori rispetto al codice vigente, sui dubbi relativi all'opportunità di riportare in vigore l'antico sistema che accomunava donazioni e successioni, sulla presenza di una maggiore connessione tra gli articoli, anche se in mancanza di una visione unitaria. Il relatore Romano sottolinea anche che le innovazioni « audaci » richieste dai tempi vanno coordinate con le disposizioni più tradizionali che provengono dal codice vigente ⁽⁷⁰⁾ e apprezza lo spostamento dell'istituto del patrimonio familiare dal libro III al progetto definitivo del libro I, con una collocazione più consona alla sua natura ⁽⁷¹⁾.

Per quanto attiene alle disposizioni comuni tra successioni legittime e testamentarie, il parere evidenzia che esse aprono il titolo invertendo la collocazione rispetto al codice vigente ⁽⁷²⁾. Romano non concorda con l'elenco essenziale dei successori legittimi e propone di conservare, migliorandolo, il modello del Codice del 1865, mentre sulla capacità di succedere del nascituro suggerisce di modificare la terminologia con « diritti riservati a titolare futuro » ⁽⁷³⁾.

Sul beneficio d'inventario, secondo Romano ⁽⁷⁴⁾, in linea con

⁽⁶⁷⁾ *Annuario per l'anno accademico 1936-37*, cit., p. 43. Dal 1933-34 egli era incaricato di Istituzioni di diritto privato: *Annuario per l'anno accademico 1933-34*, cit., p. 48. Cfr. SORDI, *Giurisprudenza*, cit., p. 174 e ss.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. Firenze, *Parere Libro III*, p. 105.

⁽⁶⁹⁾ Ministero di Grazia e Giustizia, *Codice civile. Libro Terzo. Progetto definitivo e relazione del Guardasigilli On. Solmi*, Roma, Poligrafico dello Stato, 1937 (*Progetto definitivo Libro III*).

⁽⁷⁰⁾ Firenze, *Parere Libro III*, p. 8.

⁽⁷¹⁾ Ivi, p. 69.

⁽⁷²⁾ Ivi, p. 9.

⁽⁷³⁾ Ivi, p. 27.

⁽⁷⁴⁾ Ivi, pp. 13-27.

la dottrina ⁽⁷⁵⁾ e il parere di diverse facoltà italiane ⁽⁷⁶⁾, il progetto non migliora il codice vigente che aveva riprodotto in forma peggiorativa l'articolo del Codice albertino, in cui era richiesta soltanto la redazione dell'inventario invece dell'ulteriore formalità dell'accettazione beneficiata ⁽⁷⁷⁾. Propone pertanto, insieme a Coviello per la facoltà di Bari, il ritorno alla soluzione del Codice sabaudo o la soppressione dell'articolo ⁽⁷⁸⁾.

Nel progetto definitivo non è accettata la proposta di Romano e della dottrina concorde con lui e la materia dell'accettazione dell'eredità viene divisa in due parti, la prima relativa alle disposizioni generali e la seconda al beneficio d'inventario, che « si adegua all'interesse sociale di tutelare il credito » ⁽⁷⁹⁾ e in questa forma nuova è accolto dalla Commissione parlamentare, a cui nel successivo *iter* dei lavori è sottoposto il progetto definitivo, con analoga motivazione ⁽⁸⁰⁾.

Nel parere redatto da Romano sono molto apprezzate le innovazioni profonde introdotte nei riguardi degli eredi legittimi che rappresentano un forte progresso rispetto al codice vigente ⁽⁸¹⁾. Esse vanno, però, collegate con quelle relative ai diritti dei figli naturali non riconosciuti e non riconoscibili. Egli sottolinea, inoltre, che nel progetto del libro I i fratelli e le sorelle sono contemplati tra gli aventi diritto agli alimenti ⁽⁸²⁾ e chiede che venga mantenuto questo diritto nella successione tra fratelli. Il parere positivo relativo alle innovazioni viene condiviso da alcune facoltà tra cui Genova, men-

⁽⁷⁵⁾ Mi riferisco in particolare alla tesi di Leonardo Coviello (*Successione legittima e necessaria*, Milano, Giuffrè, 1937, p. 50).

⁽⁷⁶⁾ *Osservazioni e proposte sul progetto del Libro Terzo. Successioni e donazioni*, I-II, Roma, Mantellate, 1937 (*Osservazioni Progetto Libro III*), I, pp. 133-136.

⁽⁷⁷⁾ *Codice civile del Regno di Sardegna*, 1837, art. 1026, su cui sono interessanti anche le osservazioni dello stesso Coviello e di Salvatore Romano: *ivi*, pp. 133-134.

⁽⁷⁸⁾ Firenze, *Parere Libro III*, p. 15; per Coviello si veda *Osservazioni Progetto Libro III*, I, p. 133.

⁽⁷⁹⁾ *Progetto definitivo Libro III, Relazione*, pp. 6, 20-32.

⁽⁸⁰⁾ *Atti della Commissione delle Assemblee legislative chiamata a dare il proprio parere sul progetto del Libro terzo del Codice civile "Delle successioni a causa di morte e delle donazioni"*, Roma, Tipografia del Senato, 1939 (*Atti Commissione Libro III: Relazione sul lavoro della Commissione*, p. 620).

⁽⁸¹⁾ Firenze, *Parere Libro III*, p. 23.

⁽⁸²⁾ *Progetto Libro I*, art. 428.

tre altre come Parma invitano a una maggiore moderazione per tutelare la famiglia legittima ⁽⁸³⁾. Il progetto definitivo del libro III si pone in linea soprattutto con queste ultime istanze ⁽⁸⁴⁾.

Anche la successione dei figli naturali ⁽⁸⁵⁾ presenta notevoli cambiamenti, che sono, secondo Romano, da approvare pur con alcune chiarificazioni e precisazioni, come quella relativa al coniuge superstite di cui apprezza il miglioramento della posizione ⁽⁸⁶⁾. Alcune facoltà obiettano che tali sviluppi vadano a discapito dei figli legittimi, mentre nel progetto definitivo si evidenzia come, in realtà, i casi di effettivo svantaggio risultano limitati, per cui il legislatore ritiene di dover confermare l'impianto del progetto preliminare, lasciando al genitore un margine congruo di patrimonio di cui poter disporre ⁽⁸⁷⁾.

Romano, pur ritenendo equo valutare in modo diverso la posizione della moglie e del marito ⁽⁸⁸⁾, sottolinea che non è opportuno alterare l'uguaglianza tra coniugi, anche se in presenza di condizioni soggettive differenti ⁽⁸⁹⁾. Il diverso trattamento tra marito e moglie non è approvato anche da altre facoltà che reputano le motivazioni addotte talvolta al di fuori della realtà, come sottolineano Scherillo e Degni rispettivamente per le facoltà di Genova e Messina ⁽⁹⁰⁾. Il progetto definitivo non tiene in conto tali osservazioni avvantaggiando la moglie ⁽⁹¹⁾, mentre la Commissione parlamentare propone importanti emendamenti in materia, come il ri-

⁽⁸³⁾ *Osservazioni Progetto Libro III*, I, pp. 272-273.

⁽⁸⁴⁾ *Progetto definitivo Libro III, Relazione*, pp. 44-45.

⁽⁸⁵⁾ Per l'evoluzione della posizione successoria dei figli naturali e del coniuge nei lavori preparatori del libro III e sulle diverse posizioni della dottrina si veda G. CHIODI, *Sempre più uguali. I diritti successori del coniuge e dei figli naturali a 70 anni dal Codice civile*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 127 e ss.

⁽⁸⁶⁾ Firenze, *Parere Libro III*, pp. 32-33. Il progetto preliminare, infatti, si pone sulla linea di un'illuminata tradizione: E. MONGIANO, *Patrimonio e affetti. La successione legittima nell'età dei codici*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 316-321.

⁽⁸⁷⁾ *Progetto definitivo Libro III, Relazione*, p. 41.

⁽⁸⁸⁾ *Progetto Libro III*, art. 133.

⁽⁸⁹⁾ Firenze, *Parere libro III*, p. 33.

⁽⁹⁰⁾ *Osservazioni Progetto Libro III*, I, pp. 448-449.

⁽⁹¹⁾ *Progetto definitivo Libro III*, art. 123.

torno al trattamento paritario dei coniugi ⁽⁹²⁾, proprio sulla base delle ricordate osservazioni delle facoltà, tra cui Firenze.

Le successioni testamentarie presentano una modifica della definizione legale di testamento contenuta nel Codice del 1865 ⁽⁹³⁾. A questo proposito, alcuni studi in materia di Salvatore Romano, pubblicati tra il 1931 e il 1932, in cui egli affronta talune problematiche specifiche esaminate dalla Commissione durante i lavori preparatori del libro III, devono essere analizzati insieme al parere della facoltà fiorentina ⁽⁹⁴⁾ perché costituiscono un momento essenziale della sua produzione giovanile, che è stato meno studiato e che si può considerare concluso rispetto alle tematiche affrontate successivamente ⁽⁹⁵⁾.

Si tratta di lavori redatti mentre Romano era ancora professore a Perugia e a Parma, di cui uno costituisce la prolusione al corso di diritto civile in quest'ultima università ⁽⁹⁶⁾. Questi saggi non hanno suscitato una specifica attenzione, pur rappresentando la base del parere per la facoltà fiorentina sul progetto del libro III. In realtà, sono più note altre posizioni della dottrina coeva ⁽⁹⁷⁾, anche se quella di Romano, come vedremo, avrebbe fatto riflettere i redattori del progetto definitivo.

In particolare, l'art. 140 del progetto preliminare, di cui era stato relatore Barassi, propone una concezione e una definizione

⁽⁹²⁾ *Atti Commissione Libro III*, pp. 182-185.

⁽⁹³⁾ *Codice civile del Regno d'Italia*, 1865, art. 759.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. S. ROMANO, *Appunti sulle disposizioni testamentarie attinenti al diritto di famiglia*, Perugia, Guerra, 1931; ID., *Aggiunte, correzioni e cancellazioni nel testamento olografo*, in « Il Foro della Lombardia », 2 (1932), pp. 343-358; ID., *Sulla revoca degli atti giuridici privati*, in « Archivio giuridico Filippo Serafini », 23 (1932), pp. 190-202. Tutti questi scritti si trovano riprodotti in ID., *Scritti minori*, I, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 141-244.

⁽⁹⁵⁾ Sul suo pensiero e sulla produzione successiva cfr. *Salvatore Romano*, a cura di G. Furgiuele, Napoli, ESI, 2015 e la voce dello stesso Furgiuele, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, II, Bologna, il Mulino, 2013, pp. 1727-1728.

⁽⁹⁶⁾ ROMANO, *Sulla revoca degli atti giuridici privati*, cit.

⁽⁹⁷⁾ Su cui cfr. G. CHIODI, *Una riforma originale nel solco della tradizione: il libro delle successioni e il testamento dagli autori ai primi interpreti*, in *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile. Atti dei convegni Roma 18 marzo 2016 — Genova 27 maggio 2016 — Vicenza 1 luglio 2016*, Milano, Gruppo 24 Ore, 2016, pp. 177-191.

ampia di testamento che comprende tanto le disposizioni patrimoniali quanto quelle non patrimoniali ⁽⁹⁸⁾. Nelle osservazioni Romano prospetta l'opportunità di non definire il testamento, seguendo l'esempio di qualche codice recente, ma di approfondire la questione sulla base delle posizioni della dottrina che ritiene possano far parte del testamento anche una serie di disposizioni non patrimoniali. In ogni caso, secondo Romano, l'articolo va ampliato con l'aggiunta di un capoverso atto a chiarire meglio la natura di tali disposizioni.

Nel lavoro del 1931 sulle disposizioni testamentarie attinenti al diritto di famiglia ⁽⁹⁹⁾, Romano aveva analizzato proprio la definizione di testamento contenuta nel codice vigente ⁽¹⁰⁰⁾ in cui erano contemplate anche le disposizioni non patrimoniali, quegli atti giuridici unilaterali che possono formare oggetto di testamento e che vengono da lui esaminati dettagliatamente. Tali disposizioni possono anche avere un'efficacia differita se disposte dopo la morte del testatore, con norme abbastanza numerose e omogenee riguardanti l'esercizio dei « poteri familiari » ⁽¹⁰¹⁾, come la legittimazione dei figli naturali, le condizioni stabilite per la madre superstite per l'educazione dei figli e l'amministrazione dei beni, la nomina di tutori e curatori, la riabilitazione dell'indegno a succedere.

Secondo Romano, esse possono formare oggetto di disposizioni testamentarie, come disposizioni di altro genere autonome per la sostanza e per la forma. Esse possono anche essere contenute in un contratto, come ad esempio la dichiarazione di paternità, maternità o il riconoscimento del figlio, e restano efficaci anche se questo viene meno. Quanto al loro contenuto, si tratta di dichiarazioni di verità o di convinzioni, di manifestazioni di volontà, di intenti, di divieti o di perdono. A giudizio di Romano sono « meri atti giuridici, non veri e propri negozi, mentre il testamento, nel diritto moderno, ha sostanzialmente carattere negoziale » ⁽¹⁰²⁾. Quanto agli effetti, pur dipendendo dalla volontà del testatore, essi sono soggetti alle

⁽⁹⁸⁾ L. BARASSI, *Progetto Libro III*, p. 34 e ss.

⁽⁹⁹⁾ ROMANO, *Appunti sulle disposizioni testamentarie*, cit.

⁽¹⁰⁰⁾ *Codice civile del Regno d'Italia*, 1865, art. 759, che corrisponde all'art. 140 del progetto del libro III.

⁽¹⁰¹⁾ ROMANO, *Appunti sulle disposizioni testamentarie*, cit., p. 12.

⁽¹⁰²⁾ Ivi, p. 90.

conseguenze previste dalla legge e, di regola, non sono sottoponibili a termini, a condizioni o a revoca rispetto agli atti patrimoniali contenuti nel testamento. Tali disposizioni, quando presenti nell'atto di ultima volontà, hanno di questo la forma ma non la sostanza, e mantengono la loro autonomia.

L'art. 140 è stato molto discusso dalle facoltà giuridiche, i cui pareri sono ampiamente riportati nelle osservazioni ministeriali. I rilievi riguardano la definizione di testamento in rapporto con quella del Codice del 1865. In linea di massima essa è considerata un miglioramento anche se alcuni ritengono non opportuna la definizione stessa, altri eliminerebbero la specifica « ultima » al termine volontà, ritenuta superflua, altri escluderebbero il carattere della revocabilità, che potrebbe essere stabilito in un articolo diverso come quelli attinenti alla solennità e alla personalità del negozio testamentario ⁽¹⁰³⁾.

Romano aveva proposto l'inserimento di un comma esplicativo all'art. 140, in cui fosse stabilito che le disposizioni non patrimoniali inserite all'interno del testamento non dovessero essere in contrasto con i requisiti di forma e di sostanza richiesti per quest'ultimo ⁽¹⁰⁴⁾. Il legislatore, nel progetto definitivo, accoglie la proposta dell'aggiunta nel nuovo art. 130 di un secondo comma, che, però, è relativo soltanto all'efficacia delle disposizioni non patrimoniali, anche quando il testamento non contenga quelle patrimoniali ⁽¹⁰⁵⁾. L'art. 130 viene molto discusso dalla Commissione parlamentare con posizioni discordanti che portano a proporre una versione in un unico comma, ponendo le disposizioni patrimoniali e quelle non patrimoniali sullo stesso piano ⁽¹⁰⁶⁾, mentre il legislatore del 1942 mantiene il dettato del progetto definitivo, insistendo nel secondo comma sull'efficacia dei soli negozi che la legge consente di compiere nella forma testamentaria ⁽¹⁰⁷⁾.

⁽¹⁰³⁾ Mi riferisco rispettivamente alle facoltà di Siena, Genova e Torino: *Osservazioni Progetto Libro III*, I, pp. 474-480.

⁽¹⁰⁴⁾ Firenze, *Parere Libro III*, p. 36.

⁽¹⁰⁵⁾ *Progetto definitivo Libro III*, art. 130, *Relazione*, p. 58.

⁽¹⁰⁶⁾ *Atti Commissione Libro III*, pp. 200-206; 547.

⁽¹⁰⁷⁾ *Codice civile. Libro Primo con la relazione ministeriale a Sua Maestà il Re Imperatore*, Roma, Poligrafico dello Stato, 1939, art. 133, *Relazione*, pp. 44-45, con un'ulteriore specificazione nell'art. 587 del Codice civile del Regno d'Italia, 1942.

Nel commento alla definizione del testamento olografo ⁽¹⁰⁸⁾, rielaborata rispetto a quella del Codice del 1865 ⁽¹⁰⁹⁾, Romano sottolinea soprattutto l'innovazione relativa alla data, che acquista una funzione « assai più decisiva » rispetto alla sottoscrizione legata alla sua autenticità ⁽¹¹⁰⁾. In tal senso, mentre l'apposizione della data rappresenta un requisito essenziale del testamento, il suo difetto di veridicità non ne inficia la validità ⁽¹¹¹⁾. Su questo specifico aspetto era già intervenuto Enrico Finzi in una raffinata nota a sentenza in cui aveva individuato l'importanza di stabilire una differenza tra data-forma e data-sostanza, come guida per l'interprete di fronte a una giurisprudenza ricca e alterna ⁽¹¹²⁾, che influenza la redazione del progetto definitivo e la successiva rimodulazione dell'articolo ⁽¹¹³⁾.

Sempre nel periodo parmense, ancora in materia di testamento olografo, Salvatore Romano si occupa della presenza di aggiunte o cancellazioni nel testamento ⁽¹¹⁴⁾. Il progetto preliminare colma una lacuna del Codice del 1865 e presenta un'importante innovazione, prevedendo la presunzione di revoca, in tutto o in parte, del testamento in caso di sua distruzione o lacerazione ⁽¹¹⁵⁾.

Romano dubita della soluzione prospettata e data la particolare situazione del testamento olografo ritiene si debba considerare la parte cancellata come mai scritta ⁽¹¹⁶⁾. Alcune facoltà, Genova e Messina, considerano la proposta del progetto empiricamente pratica e difficile da sostenere giuridicamente, mentre Siena propone di chiarire la norma nel senso che la distruzione da parte del testatore

⁽¹⁰⁸⁾ *Progetto Libro III*, art. 155.

⁽¹⁰⁹⁾ *Codice civile del Regno d'Italia*, 1865, art. 775.

⁽¹¹⁰⁾ Firenze, *Parere Libro III*, pp. 40-41.

⁽¹¹¹⁾ *Osservazioni Progetto Libro III*, pp. 541-546, con alterne posizioni.

⁽¹¹²⁾ E. FINZI, *Data-forma e data-sostanza nel testamento olografo*, in « Il Foro toscano », 1 (1926), pp. 101-102.

⁽¹¹³⁾ *Progetto definitivo Libro III*, art. 144; *Codice civile Libro Primo*, cit., (1939), art. 148, *Relazione*, p. 50.

⁽¹¹⁴⁾ ROMANO, *Aggiunte, correzioni e cancellazioni*, cit., p. 215 e ss.

⁽¹¹⁵⁾ *Progetto Libro III*, art. 275.

⁽¹¹⁶⁾ Firenze, *Parere Libro III*, pp. 57-58.

sia sufficiente a far presumere la sua volontà di revoca ⁽¹¹⁷⁾, scelta su cui si baserà il progetto definitivo ⁽¹¹⁸⁾.

Ma la Commissione parlamentare pone in rilievo le difficoltà che possono presentarsi nel verificare le reali intenzioni del testatore e su chi debba gravare l'onere della prova, sulla base delle osservazioni delle università di Bologna e di Milano ⁽¹¹⁹⁾. La Commissione approva a maggioranza la proposta di soppressione dell'articolo, lasciando al giudice la determinazione della volizione del testatore. Il suggerimento non è accolto dal legislatore del 1942 che lascia l'articolo nella forma del progetto definitivo ⁽¹²⁰⁾ con una maggiore specificazione dell'onere della prova, come proposto dalle università e dalla Commissione parlamentare ⁽¹²¹⁾.

Anche l'istituto della revoca nei suoi diversi profili era stato studiato da Romano in occasione della prolusione parmense ⁽¹²²⁾. In particolare egli si era soffermato sulla revoca delle disposizioni testamentarie e sulla volizione del testatore che può, infatti, essere modificata fino all'ultimo giorno della sua vita. Le relative ipotesi sono descritte analiticamente da Romano e sono anche singolarmente esaminati i casi di revoca consistenti in comportamenti concludenti assimilati ai negozi di attuazione, come nel caso già ampiamente studiato della distruzione, lacerazione o cancellazione del testamento olografo.

Come in molte altre facoltà ⁽¹²³⁾, nelle osservazioni relative alle donazioni è discusso il problema della loro collocazione. Romano sottolinea che nel Codice del 1865 la materia, trovandosi nel medesimo libro tra le successioni e le obbligazioni, si presenta in una posizione intermedia, tanto che nel parere sul progetto evidenzia che

⁽¹¹⁷⁾ *Osservazioni Progetto Libro III*, II, pp. 170-171.

⁽¹¹⁸⁾ *Progetto definitivo Libro III*, art. 221, *Relazione*, p. 92.

⁽¹¹⁹⁾ *Osservazioni Progetto Libro III*, II, p. 169.

⁽¹²⁰⁾ *Codice civile. Libro Primo*, cit., (1939), art. 230, *Relazione*, pp. 66-67; *Codice civile del Regno d'Italia*, 1942, art. 684.

⁽¹²¹⁾ *Atti Commissione Libro III*, pp. 298-301.

⁽¹²²⁾ ROMANO, *Sulla revoca degli atti giuridici privati*, cit., pp. 190-202, ampiamente rielaborata in forma monografica, Padova, Cedam, 1935.

⁽¹²³⁾ Per Ferrara cfr. *Osservazioni e proposte della Facoltà giuridica intorno alla riforma del Codice civile. Il progetto del Libro terzo*, Ferrara, Industrie grafiche, 1937, p. 9 e ss.

ne è stata mantenuta immutata la collocazione dopo le successioni ma all'interno dello stesso libro, distinto da quello dei contratti ⁽¹²⁴⁾. In tal modo le donazioni si trovano tra le due grandi categorie di istituti ⁽¹²⁵⁾, potendo richiamare ora i principi contrattuali, ora quelli successori.

Quanto alla definizione, pur sentendo la mancanza di una parte generale, Romano ritiene che le difficoltà concettuali siano tali da giustificare l'omissione. In ogni caso egli apprezza il miglioramento rispetto al codice vigente per il pregio di una maggiore ampiezza e si sofferma su un interessante parallelismo con il codice germanico ⁽¹²⁶⁾, che, insieme al modello delle codificazioni più recenti, svizzera, brasiliana e cinese, colloca le donazioni tra i contratti speciali ⁽¹²⁷⁾.

In fondo al parere sono contenute le osservazioni di Stanislao Cugia relative all'accettazione dell'eredità ⁽¹²⁸⁾ di cui era stato relatore Ascoli ⁽¹²⁹⁾, con un approfondimento anche sulla disciplina dell'alienazione, oggetto di un lavoro storico e dogmatico dell'anno successivo ⁽¹³⁰⁾, in cui considera la materia trascurata dal legislatore. Cugia analizza la proposta di Romano di sostituire il termine « erede » con « chiamato all'eredità », poi accolta dal legislatore ⁽¹³¹⁾, e propone di mantenere invariato l'articolo, lasciando impregiudicata la questione se si debba o no ammettere un acquisto *ipso iure* del possesso, come ritiene Ascoli, che potrebbe, però, confliggere con la formulazione proposta per l'articolo relativo alla successione nel possesso dei beni del defunto ⁽¹³²⁾.

⁽¹²⁴⁾ Firenze, *Parere Libro III*, p. 70.

⁽¹²⁵⁾ *Progetto Libro III*, artt. 390-443, su cui cfr. *Relazione*, pp. 92-107.

⁽¹²⁶⁾ Firenze, *Parere Libro III*, pp. 76-77.

⁽¹²⁷⁾ Si vedano i pareri di Ravà, Grassetti e Maroi, su cui cfr. MOSCATI, *Osservazioni e proposte*, cit., pp. 167-168.

⁽¹²⁸⁾ Firenze, *Parere Libro III*, pp. 91-101.

⁽¹²⁹⁾ *Progetto Libro III*, *Relazione*, pp. 2-9.

⁽¹³⁰⁾ S. CUGIA, *Spunti storici e dogmatici sull'alienazione dell'eredità*, in *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta per il XL anno del suo insegnamento*, I, Milano, Giuffrè, 1938, pp. 511-544.

⁽¹³¹⁾ *Progetto definitivo Libro I*, art. 253, *Relazione*, p. 95; *Progetto definitivo Libro III*, art. 4, *Relazione*, pp. 8-9.

⁽¹³²⁾ *Progetto Libro III*, art. 5.

Nelle osservazioni della facoltà giuridica fiorentina non viene trattato l'art. 207 del progetto, che considera priva di effetto la disposizione testamentaria soggetta a condizione sospensiva in caso di premorienza dell'erede o del legatario. È interessante ricordare un lavoro sull'argomento di Brunetti redatto nel 1934 in funzione dei lavori per la codificazione⁽¹³³⁾, in cui è analizzato il corrispondente articolo 853 del Codice civile del 1865, insieme alla dottrina in materia e alle legislazioni straniere. Brunetti evidenzia che la disciplina prevista da tale articolo è strettamente connessa con il principio dell'*intuitus personae*, che « domina nelle disposizioni testamentarie », nelle quali prevale il carattere strettamente personale, mentre nei contratti occorre considerare quello bilaterale del rapporto.

Nel progetto preliminare, la regola dell'art. 207 non era stata riprodotta per la materia delle donazioni in cui valeva il criterio opposto, cioè l'efficacia del trasferimento del diritto soggetto a condizione verificatasi dopo la morte del donatario⁽¹³⁴⁾. L'art. 207 viene soppresso nel progetto definitivo a seguito delle critiche delle università che lo considerano un vecchio retaggio storico e della dottrina⁽¹³⁵⁾.

Nei verbali della facoltà non è presente una discussione sulla relazione al progetto del libro III, come invece era avvenuto per il libro I. Il parere di Romano è particolarmente significativo non solo per l'attenzione, lo scrupolo scientifico e l'acribia euristica sui singoli istituti analizzati, ma anche perché consente di mettere in luce una parte della sua produzione a cui è stata rivolta minore attenzione, offrendo un ulteriore tassello per la ricostruzione della sua biografia intellettuale.

4. *Sul tramonto della funzione consultiva delle università italiane.*

Come ricordato, le osservazioni al libro II non sono state completate, oppure la facoltà ha deciso di non procedere vista anche la

(133) G. BRUNETTI, *Modalità sospensiva e trasmissibilità del diritto nelle successioni testamentarie. Contributo ai lavori della Commissione reale per la riforma dei codici*, Firenze, Vallecchi, 1934.

(134) *Progetto Libro III, Relazione*, p. 103.

(135) *Osservazioni Progetto Libro III*, II, p. 53.

ristrettezza dei tempi a disposizione. Va tenuto presente che il libro II non è rielaborato come i precedenti in un progetto definitivo a seguito delle osservazioni degli organi consultivi, ma è sottoposto direttamente alla Commissione parlamentare insieme alle stesse osservazioni. In ogni caso sulle materie del progetto del libro II troviamo scritti e interventi specifici, oltre a quelli già ricordati di Ferrara, soprattutto da parte di Enrico Finzi in tema di proprietà, a partire dal *Discorso inaugurale* del 1922⁽¹³⁶⁾. Vi accenno soltanto sia perché non fanno parte delle osservazioni della facoltà oggetto del presente studio sia e soprattutto perché Paolo Grossi ha scritto su questi pagine illuminanti⁽¹³⁷⁾. Mi riferisco in particolare agli studi sulla proprietà che riescono a « restituire questa tensione, necessaria e vitale, tra passato e futuro »⁽¹³⁸⁾, segnando una linea feconda nella sua produzione successiva, anche se essi già ne incarnano lo spirito e le profonde radici da cui originano. Infatti, nel periodo considerato non si erano ancora accese le vivaci discussioni sull'art. 18 del progetto del libro II relativo alla definizione di proprietà e della sua funzione sociale⁽¹³⁹⁾.

Nel complesso, anche la produzione civilistica fiorentina tra il 1930 e il 1937 è protesa a sviscerare le materie oggetto di riforma per dare ai testi in formazione, attraverso la rinnovata sostanza tecnica di alcune scelte offerte al legislatore, la forma del vero e proprio passaggio ai codici del Novecento giuridico. Si conferma che il

⁽¹³⁶⁾ Mi riferisco in particolare a *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà. Discorso inaugurale dell'Anno Accademico del R. Istituto di Scienze sociali "Cesare Alfieri"* (1922); *Diritto di proprietà e disciplina della produzione* (1935). Finzi era intervenuto specificamente sul Progetto italo-francese delle obbligazioni e dei contratti e sui lavori della commissione: *Le disposizioni preliminari del Codice di commercio nel progetto della Commissione Reale* (1928), poi in E. FINZI, "L'officina delle cose". *Scritti minori*, a cura di P. Grossi, Milano, Giuffrè, 2013, con ampia introduzione.

⁽¹³⁷⁾ *Ibidem*; P. GROSSI, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 19-45.

⁽¹³⁸⁾ I. STOLZI, *Finzi, Enrico*, in *Enciclopedia italiana. Il contributo italiano alla storia del pensiero*, Appendice VIII, Roma, Enciclopedia italiana, 2012, p. 535. Si veda anche EAD., *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 392 e ss.

⁽¹³⁹⁾ Per la sua ricostruzione storica ci sono vari interventi di G. Alpa ora ripresi in *I nuovi confini del diritto di proprietà*, a cura di G. Alpa, A. Fusaro, G. Donzelli, Milano, Giuffrè, 2020, p. 40 e ss. Per le osservazioni delle facoltà italiane, cfr. MOSCATI, *Osservazioni e proposte*, cit., pp. 175-178.

contributo dei professori di diritto chiamati a dare il loro parere presenta talvolta un accentuato spirito critico ma sempre costruttivo, di cui, come abbiamo cercato di dimostrare per i singoli istituti analizzati, resta una traccia profonda nella formazione dei primi libri del Codice civile del 1942.

Con il 1938, anno in cui vengono pubblicati gli ultimi volumi delle osservazioni ministeriali, siamo alla vigilia del cambiamento radicale nel processo di codificazione, che coincide con il passaggio di consegne tra i guardasigilli Solmi e Grandi. Si rinnovano i comitati per la codificazione civile e si modifica l'ordine dei libri del codice fino ad allora predisposto ⁽¹⁴⁰⁾. Numerosi giuristi fiorentini sono chiamati a far parte del comitato generale o di quelli singoli, ramificati in base ai libri del codice, da Romano, a Ferrara, ormai a Napoli, a Calamandrei, Bolla, Ollivero, Rocchi ⁽¹⁴¹⁾. I pareri delle facoltà giuridiche non sono più richiesti.

L'anno coincide soprattutto con la terribile pagina delle leggi razziali. Nella facoltà di Firenze è ancora preside Cammeo che viene allontanato — insieme a Finzi — con una vicenda dolorosa e perde la vita prima di assistere alla tragedia che avrebbe colpito la sua famiglia. Anche Arias, trasferito a Roma, preside nel momento della fondazione e durante i lavori di revisione del progetto del libro I, nonostante la precoce adesione al fascismo e la conversione al cattolicesimo, è costretto a lasciare la cattedra ⁽¹⁴²⁾.

⁽¹⁴⁰⁾ P. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in «Quaderni fiorentini», 28 (1999), in particolare p. 267 e ss., nel più ampio discorso sui codici e il regime fascista.

⁽¹⁴¹⁾ *Comitati e Commissioni per la relazione e l'esame dei libri del Codice civile (1939-1941)*, in Ministero di Grazia e Giustizia, *Lavori preparatori del Codice civile (Anni 1939-1941), Progetti preliminari del Libro delle obbligazioni, del Codice di commercio e del Libro del lavoro*, I, Roma, Poligrafico dello Stato, 1942, *passim*.

⁽¹⁴²⁾ Cfr. SORDI, *Giurisprudenza*, cit., pp. 177-183.

IRENE STOLZI

STORICIZZARE LA MODERNITÀ:
LE COMUNITÀ INTERMEDIE
NEL PENSIERO DI PAOLO GROSSI

« Oggi, con gli strumenti poverissimi di cui dispone, [il giurista] deve collaborare a restituire il senso e la fede nelle comunità perdute. Perché in queste società [...] l'uomo del nostro tempo e di sempre tenta di liberarsi dalle ragioni opposte di angoscia in cui si muove la condizione umana. Sospesa tra la paura dello Stato e il deserto della solitudine »
(Pietro Rescigno)

1. Gli sguardi irrituali. — 2. « Una nudità devastante ». — 3. Costituzione e comunità intermedie. 4. Relazione vs. appropriazione.

1. *Gli sguardi irrituali.*

Vorrei prendere le mosse da un volume di Paolo Grossi uscito nel 2019, *Il mondo delle terre collettive. Itinerari giuridici fra ieri e domani* ⁽¹⁾. Si tratta di un lavoro — l'unico, se non erro, escludendo le testimonianze rese in forma di intervista o di conversazione — scritto in prima persona. Non si è di fronte, o almeno mi pare, a una scelta meramente stilistica; per dir meglio: è una scelta stilistica che appare pienamente coerente coi contenuti del volume, volti a restituire i contorni di un itinerario di ricerca che si è dipanato per

⁽¹⁾ P. GROSSI, *Il mondo delle terre collettive. Itinerari giuridici fra ieri e domani*, Macerata, Quodlibet, 2019. Un'avvertenza di carattere generale: molti dei riferimenti al pensiero di Paolo Grossi riportati in queste pagine sono presenti in moltissimi suoi scritti. Si è deciso di valorizzare alcuni contributi meno noti e di indicare solo quelli da cui è direttamente tratta la citazione utilizzata nel testo.

decenni e che sembra attingere anche così, anche attraverso la scelta dell'io narrante, una sua intima unitarietà. Un itinerario estesissimo per tastiera tematica e cronologica che viene distillato in questo volume denso e breve nel quale si ritrovano i passaggi più salienti della sua intera produzione scientifica.

In ordine sparso: vi si ritrova l'incontro col medio evo, iniziato con la tesi di laurea, conseguita nel 1955, e approdato in un importante lavoro di sintesi — *L'ordine giuridico medievale* — uscito a quarant'anni esatti di distanza, nel 1995. È l'incontro con un universo che coltiva una visione del mondo radicalmente distante da quella moderna: « faceva spicco di fronte al mio sguardo — dice Grossi — un ordine giuridico straordinariamente complesso ma straordinariamente plurale » (2), imprescindibile per entrare in contatto con un modo 'altro' di concepire il diritto e le sue fonti, e per assumere, di conseguenza, un « atteggiamento altamente problematico » verso quel « legalismo positivistico [...] che il giurista-novizio degli anni Cinquanta cominciava ad avvertire asfittico » (3). Vi è poi l'incontro con la modernità continentale successiva alla Rivoluzione francese: con le sue promesse di libertà e di eguaglianza, decisive ma dimidiate, effettive, cioè, solo per gli abbienti; e con la sua pretesa di contrarre il giuridico nelle maglie strette della legge in omaggio a una visione tendenzialmente monistica dell'ordinamento e fortemente semplificata dello spazio giuspolitico. Vi è, infine, il richiamo alla Costituzione repubblicana e al pieno recupero di una concezione « autenticamente plurale » (4) della realtà e delle sue stesse manifestazioni giuridiche.

Poi, certo, vi si legge il riferimento alle terre collettive e alla variegata costellazione di quelle forme non individuali di godimento — cui non calza perfettamente il nome di proprietà — alle quali Grossi ha dedicato, a partire dagli anni Settanta, una costante attenzione scientifica e una non meno convinta partecipazione umana e ideale. Anche con riferimento a questo tema sembra sia la

(2) Ivi, p. 32.

(3) Ivi, p. 33.

(4) Ivi, p. 23.

coppia monismo/pluralismo, presente in molte altre sue pagine ⁽⁵⁾, ad acquisire una particolare pregnanza ricostruttiva. Dinanzi a una modellizzazione del sociale e dello stesso territorio dei diritti reali tarata sul soggetto singolo e su un individualismo proprietario marcatamente potestativo, si staglia un orizzonte speculare, capace di metterci in contatto con *un altro modo di possedere* ⁽⁶⁾ ma specialmente di restituire i contorni di un'antropologia, in senso lato comunitaria, che presuppone e al contempo custodisce una visione alternativa del soggetto, dello spazio sociale ed economico, delle relazioni che in esso si svolgono, del rapporto tra uomo e ambiente, del ruolo e dei compiti del diritto.

Non solo, dunque, il confronto con un tassello divergente, volutamente negletto nella sua attitudine a mettere in dubbio il carattere naturale e imprescindibile dell'esito proprietario individualistico, ma l'acquisizione di un osservatorio capace di proiettare i suoi effetti e le sue sollecitazioni molto oltre il confine dei diritti reali e la stessa rilevanza dei domini collettivi. Un varco per corroborare la visione pluriordinamentale del diritto (gli assetti collettivi riconosciuti come « ordinamenti giuridic[i] primar[i] » ⁽⁷⁾) o per rilevare l'incontro — talvolta mancato, talvolta riuscito — tra legislatore, dottrina e giurisprudenza ⁽⁸⁾. Un varco, soprattutto, per avvicinare altre, decisive, relazioni, prima tra tutte quella tra individuo, società e Stato. Calate dalla modernità giuridica nella logica dualistica del contrappunto ⁽⁹⁾ queste dimensioni ci vengono invece restituite come presenze in dialogo costante, egualmente indispensabili — ma, come si vedrà, a certe condizioni — a definire i connotati del giuridico e a tenerlo lontano da tentazioni semplificanti. Tentazioni incompatibili con la restituzione di un panorama per sua natura complesso e con il volto di un'esperienza che — alla Capograssi — riesce a ricavare la propria unitaria identità a partire dalla *relazione*

⁽⁵⁾ Cfr., da ultimo, P. GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 2021, p. IX.

⁽⁶⁾ Il riferimento è a P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*, Milano, Giuffrè, 1977.

⁽⁷⁾ GROSSI, *Il mondo delle terre collettive*, cit., p. 89.

⁽⁸⁾ Cfr., ivi, *passim*, ma specialmente le pp. 54 e ss. e 71 e ss.

⁽⁹⁾ P. COSTA, *Il pluralismo politico-giuridico. Una mappa storico-concettuale*, in « Quaderni fiorentini », 50 (2021), pp. 43-44.

tra i suoi termini e dalla presenza di uno *sguardo* disponibile ad abbracciarla nella interezza delle sue tante *articolazioni*.

Di modo che, osservati da qui, i differenti snodi tematici e cronologici richiamati da Grossi nel volume del 2019 non appaiono come i capitoli, più o meno affiancabili, di un percorso di studio alla ricerca di una sintesi; appaiono, piuttosto, come l'espressione di una identica postura metodologica: quella di chi ha avvicinato diversi temi e tempi prediligendo luoghi e sguardi irrituali e tuttavia (proprio per questo?) decisivi per sondare il territorio delle mentalità, del modo in cui le diverse epoche hanno rappresentato se stesse e tracciato il solco tra ortodossia ed eterodossia, tra ciò che si pretendeva conforme al modello dominante e ciò che invece veniva bollato come difforme, non allineato a una certa visione del mondo.

Pescare negli « strati profondi, segreti, della storia, assai meno rumorosi, assai meno appariscenti »⁽¹⁰⁾ diventa dunque una delle risorse utili a scongiurare il rischio di identificare la storia medesima, la sua ridondante ricchezza, con il « semplicismo di una esiziale geometria »⁽¹¹⁾, con un mondo popolato da modelli astratti disposti in bell'ordine sulla tavola del tempo. La stessa metafora del punto e della linea o il non raro riferimento — come anche nel titolo di questo libro — al rapporto tra « ieri e domani », tra « radici e prospettive »⁽¹²⁾, mi pare esprima un'identica esigenza di aprire l'orizzonte, di mettere a fuoco un tratto di strada senza trascurare ciò che gli sta alle spalle e ciò che viene dopo; un modo, dunque, per solcare il crinale increspato su cui si dispongono cesure e continuità e per immergere il diritto, inteso come regola ma anche e soprattutto come cultura della (e sulla) convivenza, nelle differenti realtà storiche, per vedere in esso una delle voci essenziali di quelle realtà, espressione privilegiata della tensione benefica, aperta, mai fino in fondo risolta, tra piani cronologici, fatti, idee, rappresentazioni.

In un simile orizzonte teorico, la comunità — o forse, e meglio: la dimensione comunitaria, a cui sono dedicate le pagine di questo contributo — figura come un elemento imprescindibile e vitale. E se

(10) GROSSI, *Il mondo delle terre collettive*, cit., p. 12.

(11) *Ibidem*.

(12) V., a es., P. GROSSI, *Europa: radici e prospettive (osservando il lungo distendersi di un salvante ordine giuridico)*, Roma, Edizioni di storia e letteratura, 2022.

gli assetti fondiari collettivi costituiscono una chiave di accesso privilegiata per venire in contatto con tale dimensione — « ciò che ha risalto, che conta, che si pone protagonista è la comunità »⁽¹³⁾ — si può dire che essa compaia in ogni caso, nella produzione di Grossi, nelle vesti dell'osservatorio necessario ad acquisire una determinata visuale *sul* giuridico e *attraverso* il giuridico. Come si dirà meglio più avanti, uno dei fili rossi della sua intera riflessione — la « riscoperta del nesso inscindibile fra il diritto e la società »⁽¹⁴⁾ — sembra che trovi un suo precipitato necessario proprio nell'idea di comunità: un'idea che concretizza e circostanzia il potenzialmente indistinto richiamo alla società, senza tuttavia dipendere da specifiche scelte di qualificazione formale, come, a esempio, dalla vestizione con l'abito della persona giuridica⁽¹⁵⁾.

Una dimensione, dunque, « originaria ed originale »⁽¹⁶⁾, òntica — se si vuole ricorrere a un'altra espressione tipicamente grossiana — ma tutt'altro che irriflessa o inconsapevole. La comunità non entra infatti, nelle sue pagine, nelle vesti del tassello munito di valenza meramente topografica, del tassello, cioè, che si limita a occupare lo spazio mediano tra individuo e Stato; al contrario, si presenta come momento necessario a definire (ed eventualmente a ripensare) i contorni della soggettività, delle relazioni infrasociali e dello stesso potere pubblico. Per usare un'altra espressione ricorrente in Paolo Grossi: è una dimensione che assume le sembianze del *salvataggio*, del luogo, concreto e teorico insieme, chiamato a proteggere la convivenza da ubriacature individualistiche, nelle molte accezioni che questo lemma — 'individualismo' — ha assunto nella sua riflessione. Tanto che, per i richiami alla comunità, presenti nel lavoro di Grossi, sembra potersi dire quanto recentemente notato per il concetto di pluralismo: non mi riferisco solo — lo si vedrà tra poco — all'importanza riconosciuta alla dimensione comunitaria nel promuovere e garantire assetti autenticamente pluralistici; mi riferisco al fatto che anche il ruolo e la funzione immaginati per essa sembrano definirsi, in buona parte, attraverso il richiamo a una serie

(13) GROSSI, *Il mondo delle terre collettive*, cit., p. 84.

(14) GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno*, cit., p. IX.

(15) GROSSI, *Il mondo delle terre collettive*, cit., pp. 84-85.

(16) Ivi, p. 84.

di antonimi latamente riportabili alla nozione di individualismo (monismo, assolutismo, legalismo; ma anche: formalismo, mitologia, purezza-depurazione) (17).

Con una, prima, rilevante, conseguenza: il medio evo, col suo « pluralismo dispiegato » (18), non compare tanto, nelle pagine di Grossi, nelle vesti del « modello » cui rivolgere uno sguardo nostalgico; compare semmai nelle differenti vesti del « laboratorio » (19), della zona che permette di avvicinare — lo si diceva sopra — un modo altro di concepire il diritto e i rapporti socio-politici. Una zona, dunque, che può favorire due ulteriori, rilevanti, acquisizioni: per un verso, consente di storicizzare la stessa modernità, di vedere in essa una stagione legata a specifiche coordinate spazio-temporali e a una determinata visione del mondo, sovente pensata e presentata attraverso il crisma legittimante (ma ingannevole) della oggettività; per l'altro verso, e in ossequio alla medesima istanza di storicizzazione, il medio evo non rappresenta una stagione convocabile per « suggerire spericolate analogie fra il premoderno e il postmoderno all'insegna della prorompente molteplicità di formazioni sociali che caratterizzerebbe le due epoche » (20). La nuova vivacità del sociale, tipica del Novecento, lungi dal presentarsi nelle vesti di un'impossibile riedizione del medioevo, incarna una pagina nuova di storia, una pagina che è nata dalla crisi del modello individualistico moderno ma che non spazza via i protagonisti di quel modello, l'individuo e lo Stato, semmai li cala in una diversa concezione dello spazio giuspolitico e dello stesso diritto.

(17) Il riferimento va all'impianto complessivo del già citato saggio di Pietro Costa, secondo il quale « la storia del pluralismo (politico-giuridico) può [...] essere identificata come la storia delle teorie che hanno assunto la pluralità delle formazioni sociali come la cifra esplicativa dell'ordine in alternativa a una rappresentazione 'monistica' dell'ordine stesso. [...] occorre che l'orientamento pluralistico di cui il discorso di sapere si fa portatore si presenti come un'esplicita o implicita alternativa a una scelta di segno opposto »; così COSTA, *Il pluralismo politico-giuridico. Una mappa storico-concettuale*, cit., p. 33 e p. 35.

(18) Ivi, p. 29.

(19) F.M. DE SANCTIS, *Paolo Grossi giurista*, in *Ri-trovare il diritto: Paolo Grossi alle origini delle organizzazioni sociali*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, p. XXV.

(20) COSTA, *Il pluralismo politico-giuridico. Una mappa storico-concettuale*, cit., p. 29; in questa direzione, cfr. P. GROSSI, *Unità giuridica europea: un medioevo prossimo futuro?*, in « Quaderni fiorentini », 31 (2003), pp. 39-57.

In questo contesto — per Grossi: il tempo *pos-moderno* — la dimensione comunitaria occupa un posto di assoluto rilievo, ma — come si cercherà di mettere in luce — a due condizioni; la prima: la comunità si presenta nella veste di elemento (auspicabilmente) fondativo dell'ordine se e in quanto declinata e declinabile al plurale (*le* comunità, non *la* comunità); la seconda, strettamente conseguente: non tutte le formazioni sociali possono definirsi comunità, ritenersi, cioè, espressione di una sensibilità, *latu sensu*, comunitaria (perché si possa parlare di comunità, insomma, occorre che i gruppi sociali abbiano determinate caratteristiche).

Da una simile prospettiva, è, come noto, la modernità continentale postrivoluzionaria uno dei grandi bersagli del discorso grossiano: non si disconosce la portata epocale delle sue conquiste — il principio di eguaglianza, una nuova tavola di diritti e libertà — ma si contesta l'apparato teorico (per Grossi: l'apparato mitologico) messo in campo per presidiare una determinata visione del mondo, e quindi del giuridico. Una visione strategicamente orientata a falciare la necessaria e « variegatissima multiformità »⁽²¹⁾ del reale e ad attribuirsi, anche grazie alla presa esercitata dal nitore teorico delle sue categorie, il marchio dell'approdo naturale e perciò indiscutibile. Col richiamo all'individualismo, alle concezioni individualistiche dell'ordine, che diventa, nella riflessione di Grossi, uno dei modi per entrare in contatto con quei processi di *semplificazione mistificante* le cui differenti manifestazioni appaiono tutte germinate dallo stesso grembo e che trovano proprio nel « rifiuto [...] d[ella] dimensione collettiva »⁽²²⁾ uno snodo nevralgico, una delle zone sensibili per misurarne obiettivi, tenuta, fragilità. L'individualismo si presenta, infatti, quale espressione di un'ambizione specifica e specificamente moderna, l'ambizione a polarizzare l'ordine intorno a due unici protagonisti: l'individuo, inteso *uti singulus*, e lo Stato, inteso, a sua volta, come unicità di potere, come « struttura compattamente unitaria »⁽²³⁾. L'ambizione dunque a *individuare*, a

(21) GROSSI, *Il mondo delle terre collettive*, cit., p. 19.

(22) « *Il rifiuto moderno della dimensione collettiva* », è il titolo di un paragrafo de *Il mondo delle terre collettive*, cit., p. 13.

(23) *Ivi*, p. 40.

favorire l'emersione di un « micro- e macro-individuo »⁽²⁴⁾, anzitutto liberando lo spazio mediano dalla presenza dei corpi, dei ceti, di tutte quelle presenze intermedie che sembravano impacciare tanto i movimenti dello Stato quanto quelli degli individui.

Emblematicamente espressa dal termine utilizzato dalla legge Le Chapelier (« *anéantissement* »)⁽²⁵⁾, questa vocazione demolitiva viene indicata come un elemento costitutivo della modernità continentale, rilevante per fondare le successive e conseguenti scelte di organizzazione dello spazio giuridico, nonché per tematizzare ruolo e funzione di ciò che fatica a stare nei binari (stretti) del modello. Come tutti i modelli, infatti, anche questo non è descrittivo; presenta, invece, una chiara inclinazione prescrittiva, intende, cioè, contribuire a strutturare la realtà e a orientarne le interpretazioni. In particolare, esso serve a identificare i protagonisti dell'ordine e a indicare le modalità della loro relazione, concepite all'insegna della nitida scansione tra privato e pubblico (laddove il privato si identifica con l'individuale e il pubblico con lo statale); esso permette, inoltre, di ri-collocare quanto resta nello spazio mediano tra individui e Stato e di vedervi, alternativamente, una scoria del vecchio mondo di ceti e corpi destinata, come tale, a essere fatalmente travolta dal vento individualista, ovvero un'espressione « delle nuove atmosfere borghesi »⁽²⁶⁾, accoglienti verso la « diversità delle opinioni »⁽²⁷⁾ purché gravitanti nella sola orbita della società civile ed esprimendosi nella forma composta, non conflittuale ed elitaria della pubblica opinione e delle sue tipiche « form[e] associativ[e] »⁽²⁸⁾ (il circolo, il cenacolo, le accademie).

⁽²⁴⁾ Ivi, p. 44.

⁽²⁵⁾ P. GROSSI, *Le comunità intermedie tra moderno e pos-moderno*, Genova, Marietti, 2015, p. 41.

⁽²⁶⁾ M. LUCIANI, *La costituzione e il pluralismo*, in *Pluralismo giuridico. Itinerari contemporanei*, a cura di P. Cappellini e G. Cazzetta, Milano, Giuffrè, 2023, p. 209.

⁽²⁷⁾ G. DUSO, *Reinventare la democrazia. Dal popolo sovrano all'agire politico dei cittadini*, Milano, Angeli, 2022, p. 237.

⁽²⁸⁾ LUCIANI, *La costituzione e il pluralismo*, cit., p. 209; nella stessa direzione anche COSTA, *Il pluralismo politico-giuridico. Una mappa storico-concettuale*, cit., p. 67.

2. « Una nudità devastante ».

In alcuni suoi recenti lavori, Maurizio Fioravanti ha compendiato l'idea di convivenza, che si è chiamato individualistica, ricorrendo all'immagine del cerchio, a una figura, cioè, caratterizzata dalla presenza di un centro (lo Stato) che ha di fronte a sé i punti sulla circonferenza, tutti eguali tra loro e tutti egualmente distanti dal centro (gli individui) ⁽²⁹⁾. È proprio a partire da qui — mi pare — che si apre lo spazio per la demitizzazione del moderno che ha occupato tanti passaggi del lavoro di Grossi e che si origina — lo si accennava sopra — da un'esigenza di storicizzazione, dall'esigenza, cioè, di scoprire dietro le suadenti sistemazioni il volto di un preciso progetto di convivenza, nato in un determinato contesto in virtù del concreto operare di certe forze e di certi attori. E una prima, rilevante, indicazione che è possibile ricavare attiene proprio allo sbriciolamento individualistico della società, concepita, da ora in poi, come mera somma di individualità, come spazio di un'interazione competitiva gravitante intorno al principio di eguaglianza giuridica formale. Una società, dunque, guardata soprattutto come mercato e perciò funzionale alle esigenze di sviluppo della borghesia ottocentesca, al pieno dispiegamento della sua anima contrattuale e proprietaria, perfettamente riflessa e celebrata dai codici civili.

Laddove a emergere — e con la stessa forza — è tanto l'immagine di un « individuo velleitario e presuntuoso » ⁽³⁰⁾ che si avventura da solo alla conquista del mondo e che vive gli aggregati sociali come un inutile intralcio, quanto l'immagine, solo apparentemente opposta, di una sua « nudità devastante » ⁽³¹⁾, di una sua vulnerabilità estrema, che si esprime in differenti direzioni. Anzitutto nelle relazioni infrasociali, formalmente paritarie ma sostanzialmente (e volutamente) caratterizzate da imponenti disegualianze: lungi dal rappresentare un esito secondario o imprevedibile, esse costituiscono un portato inevitabile della visione ottocentesca dell'ordine. Dietro la frase di Anatole France, tanto spesso citata da

⁽²⁹⁾ M. FIORAVANTI, *Art. 2*, Roma, Carocci, 2017, p. 10 e ID., *Il cerchio e l'ellisse*, Roma-Bari, Laterza, 2020.

⁽³⁰⁾ GROSSI, *Le comunità intermedie*, cit., p. 44.

⁽³¹⁾ Ivi, p. 60.

Grossi — « *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* » — sta la denuncia di una delle più potenti mistificazioni della modernità che, promettendo di trattare tutti allo stesso modo, finisce per penalizzare i fragili e premiare i forti (« l'astrazione giova sempre al cittadino ben provveduto » ⁽³²⁾).

Non che il mondo di *ancien régime* fosse un mondo più giusto, tutt'altro; era un mondo percorso da profonde « iniquità e discriminazioni » ⁽³³⁾, che tuttavia erano *apertamente* assunte quale parte integrante dell'ordine e puntualmente riflesse dalla stessa dimensione giuridica. Esse venivano sanzionate anche dalla presenza di quel reticolo di corpi che valeva a fissare la posizione di ciascuno nelle maglie dell'ordine; si trattava di presenze, a seconda dei casi, protettive, opprimenti, inchiodanti, disciplinanti, ma proprio perché considerate tessere necessarie di un più ampio mosaico, esse immobilizzavano, sì, la posizione dei soggetti ma senza riversare su di loro il peso (e la colpa) della eventuale fragilità economica e sociale (« l'Antico regime, iniquamente, presupponeva al suo interno l'esistenza dei poveri e ad essi destinava alcune delle sue attenzioni [...] mentre al nuovo Stato, adagiato sulle sue promesse giusnaturalistiche e illuministiche, ripugnano le questioni fattuali, giacché ogni uomo è, grazie alle dichiarazioni dei diritti, completamente libero ed uguale di fronte alla legge » ⁽³⁴⁾).

Mentre l'idea di società come « piattaforma [...] assolutamente liscia, assolutamente priva di interruzioni e frammentazioni » determina un ulteriore, consistente, effetto: consentire al « potere centrale » di piombare su di essa, di « proiettar[vi]si in tutta la sua imperiosità » ⁽³⁵⁾. La frantumazione individualistica del sociale, insomma, spoglia la società di ogni difesa: non perché — attenzione — i gruppi sociali vengano considerati delle semplici intercapedini o — peggio — degli individui in grande rispondenti alla logica, in fondo egualmente individualistica, de 'l'unione fa la forza'. Vedere nello spazio mediano uno spazio abitato da gruppi e organizzazioni

⁽³²⁾ Ivi, p. 52.

⁽³³⁾ GROSSI, *Il mondo delle terre collettive*, cit., p. 33.

⁽³⁴⁾ GROSSI, *Le comunità intermedie*, cit., p. 52.

⁽³⁵⁾ *Ibidem*.

significa acquisire una prospettiva — uno sguardo, se si vuole proseguire con la stessa immagine utilizzata sopra — interessata a dare piena cittadinanza a differenti voci e interessi elevandoli a elementi necessari dell'ordine, capaci, come tali, di contribuire a ridisegnarne complessivamente le coordinate. In una parola: queste presenze intermedie — se munite di certe caratteristiche, lo si dirà tra un attimo — costituiscono la condizione prima e imprescindibile per configurare in senso autenticamente pluralistico le convivenze. Il pluralismo, infatti, non si radica nella « mera molteplicità di individui »; richiede invece una « molteplicità di gruppi »⁽³⁶⁾; non solo: richiede di assumere consapevolmente « la pluralità delle formazioni sociali come la cifra esplicativa dell'ordine »⁽³⁷⁾. Se dunque « una società tollerante » si limita a « recepi[re] e registra[re] le diversità [...] una società pluralista di diversità si alimenta, poiché è proprio la presenza di istanze (culturali e politiche) molteplici che tiene in equilibrio la complessa architettura della casa comune »⁽³⁸⁾.

La portata del Novecento, per Grossi, sta in gran parte qui: nel volto di un secolo che pone al centro della sua scommessa ordinativa la *relazione* e non più la *separazione* (tra soggetti, società e Stato, tra privato e pubblico, tra politico, giuridico ed economico ecc.). Un secolo, dunque, che conclama la crisi della visione individualistica della convivenza e che richiede anche (non solo) ai giuristi di ripensare *ab imis* la funzionalità del proprio strumentario di lavoro. Dove, a far da detonatore alla crisi è proprio la fisionomia assunta dal sociale: non più possibile da descrivere come momento della coesistenza tra individualità irrelate, la società novecentesca si presenta come luogo abitato da una pluralità di organizzazioni, espressione, a loro volta, di determinati interessi sociali, politici, economici, culturali.

Con alcune conseguenze rilevanti: queste presenze intermedie giocano un ruolo decisivo nel complicare la scansione nitida tra il privato-individuale e il pubblico-statuale, scansione che aveva alimentato e sostenuto il discorso giuridico ottocentesco e che aveva

(36) LUCIANI, *La costituzione e il pluralismo*, cit., p. 203.

(37) COSTA, *Il pluralismo politico-giuridico. Una mappa storico-concettuale*, cit., p. 33.

(38) LUCIANI, *La costituzione e il pluralismo*, cit., p. 205.

consentito di rappresentare la relazione tra le due aree del giure nei termini di una sostanziale, reciproca, non interferenza.

È soprattutto grazie a simili presenze, infatti, che si riesce a mettere a fuoco un'idea non individualistica della privatezza — è questo uno dei meriti teorici che Grossi riconosce a Pietro Rescigno⁽³⁹⁾ e a Salvatore Romano⁽⁴⁰⁾ — che si riesce, cioè, ad allargare i confini del diritto privato riconoscendo piena cittadinanza, in esso, agli interessi sociali e collettivi. Ma che si riesce, contemporaneamente, a rivedere i confini del diritto pubblico: la (ri)scoperta novecentesca dei corpi intermedi non dà infatti luogo a una semplice *actio finium regundorum*, a una mera estensione degli abituali margini del diritto privato, ma conduce anche a identificare una zona del pubblico non identificabile con il solo orizzonte della statualità. L'incontro col Novecento diventa dunque una delle occasioni per mettere a fuoco tanto i contorni di una *privatezza non individualistica*, quanto quelli di una *pubblicità non statuale*, sotto la specie della riconosciuta possibilità che interessi in senso lato generali possano essere realizzati anche da (o con il concorso di) soggetti formalmente non pubblici. Ne è prova — nota Grossi — « la dialettica Repubblica/Stato, che innerva di sé tutta la Costituzione, dove la repubblica è una realtà per sua natura pluriordinamentale, perché non specchio di un apparato di potere, ma di una *macrocomunità plurale* vivente un complesso assai diversificato di valori sociali economici giuridici »⁽⁴¹⁾.

Ma oltre a tale capacità di espansione delle abituali frontiere, la dimensione degli interessi organizzati, questo diritto « più che privato [...e] meno che pubblico »⁽⁴²⁾, si mostra capace di reagire sulla stessa identità degli estremi noti, sul modo, cioè, di concepire sia l'individuo che lo Stato. Dinanzi alla prospettiva di un impossibile ritorno al medio evo, paventata da molti giuristi primo-novecenteschi, o alla ostinazione classificatoria con cui in tanti

⁽³⁹⁾ Cfr., a es., GROSSI, *Il mondo delle terre collettive*, cit., p. 75.

⁽⁴⁰⁾ Cfr., a es., P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 83.

⁽⁴¹⁾ GROSSI, *Il mondo delle terre collettive*, cit., pp. 90-91.

⁽⁴²⁾ W. CESARINI SFORZA, *Preliminari sul diritto collettivo* (1936), in ID., *Il corporativismo come esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1942, p. 273.

tentavano di forzare il nuovo corso storico all'interno delle tradizionali categorie interpretative, il Novecento segna, per Grossi, soprattutto il momento di una benefica vertigine, il momento nel quale ci si può riappropriare di una complessità (dolosamente o colposamente) perduta.

Non si tratta di far fronte alla crisi dei consolidati punti di orientamento sostituendo a essi griglie ermeneutiche di segno contrario ma egualmente rigide; si tratta, ben più consistentemente, di cambiare atteggiamento, di chiedere al giurista un occhio disposto a confrontarsi con la realtà e con le sue trasformazioni. Un giurista che non deve rinunciare a fare il suo mestiere — interpretare e classificare quelle trasformazioni — ma che deve imparare a farlo rinunciando all'illusione dell'approdo, della sistemazione definitiva ed esaustiva: « fattualità — nota Grossi — significa semplicemente che c'è una continua osmosi fra il mondo degli espedienti umani e il mondo virulento dei fatti appartenenti alla realtà fenomenica, e che questi fatti sono capaci [...] di incidere plasmare modificare il diritto degli uomini »⁽⁴³⁾. La stessa idea del tempo pos-moderno, di un tempo che prende forma col Novecento e che apre una stagione « storica che stiamo tuttora vivendo »⁽⁴⁴⁾, non rappresenta il modo per segnalare un'innaturale (e antistorica) immobilità dagli inizi del secolo scorso al presente; rappresenta, semmai, la via che ha permesso a Grossi di ribadire l'esigenza di osservare — di auscultare, verrebbe voglia di dire — gli incessanti cambiamenti della realtà recuperando, a partire da questa osservazione, tanto il senso necessario del movimento quanto le coordinate del proprio statuto disciplinare.

Che è poi il modo di ribadire l'irrinunciabile centralità del giuridico nelle vicende umane e per emanciparlo dalla — egualmente scheletrica — raffigurazione che ne aveva dato la modernità. Da un simile punto di vista, la legge, ossia un comando generale e astratto proveniente dallo Stato e avente per destinatari gli individui, non appare altro che la trasposizione, sul piano delle fonti, di quella idea individualistica di convivenza esemplificata dall'immagine del cerchio. È il trionfo di quello che Grossi ha chiamato assolutismo o

⁽⁴³⁾ GROSSI, *Il mondo delle terre collettive*, cit., p. 65.

⁽⁴⁴⁾ GROSSI, *Le comunità intermedie tra moderno e pos-moderno*, cit., p. 38.

monismo giuridico: una appropriazione statale del diritto che celebra la centralità della legge e costringe le altre fonti a vivacchiare sotto il suo ombrello e alle condizioni da essa imperativamente identificate.

In questo quadro, l'attenzione costante alla riflessione di Santi Romano si spiega nell'ottica, tipicamente grossiana, dei recuperi: va infatti a Santi Romano il merito di aver recuperato una diversa identità del sociale e, quindi del giuridico. Vi è il Romano del 1909 che collega la crisi dello Stato moderno alla nuova strutturazione per gruppi e organizzazioni della società novecentesca ⁽⁴⁵⁾ e vi è il Romano de *L'ordinamento giuridico* che, coerentemente, contesta l'identificazione del diritto con le sole norme formalmente poste chiarendo come il « diritto non [sia] un qualcosa di speciale che si aggiunge alla società », ma sia « l'organizzazione stessa » ⁽⁴⁶⁾, dal momento che ogni gruppo sociale organizzato, dal più semplice al più complesso, dalla famiglia allo Stato, si presenta come un ordinamento giuridico. Che questo discorso non segni un « epitaffio » ⁽⁴⁷⁾ per lo Stato, ma rappresenti, al contrario, la « risposta prescrittiva » alla sua « crisi » ⁽⁴⁸⁾, uno dei modi per salvarne l'autorità nel mutato contesto novecentesco, è evidente (e non credo che a Grossi sia potuto sfuggire il dato).

Solo che a interessare non è tanto il risultato (la salvezza dello Stato, verso il quale — lo si dirà tra poco — Grossi non mostra peraltro alcun atteggiamento iconoclasta) quanto il percorso, sotto la specie della acquisita consapevolezza di una differente articolazione del sociale e di una differente concezione del giuridico. Ancora: l'itinerario romaniano evita che « il concetto di diritto ven[ga] stretto nella tenaglia fra un normativismo astraeante e un approccio sociologizzante » ⁽⁴⁹⁾, consente, cioè, di spiegare il diritto attraverso

⁽⁴⁵⁾ Il riferimento è chiaramente a S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, 1909.

⁽⁴⁶⁾ M. CROCE, *Le virtù di un sapere in frammenti*, in S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), Macerata, Quodlibet, 2022 (ristampa), p. 10.

⁽⁴⁷⁾ Ivi, p. 9.

⁽⁴⁸⁾ LUCIANI, *La costituzione e il pluralismo*, cit., p. 205.

⁽⁴⁹⁾ M. GOLDONI, *La caduta dei miti: il sapere profetico di Frammenti*, in ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 279 e COSTA, *Il pluralismo politico-giuridico. Una mappa storico-concettuale*, cit., p. 57.

il diritto e di collocare al centro dell'ideario giuridico proprio il gruppo sociale organizzato concepito come parte di una tela di *relazioni*. Infine: in virtù di questa lettura, e in maniera solo apparentemente paradossale, « è la stessa nozione di società che [...] esce in polvere. 'Società' è termine che conosce solo declinazioni al plurale »⁽⁵⁰⁾ e questo, come si diceva e come si vedrà meglio, è uno dei tratti essenziali, anche nella visione di Grossi, per declinare l'idea di comunità (immaginabile, appunto, solo al plurale).

Non sorprende allora che un altro autore del Novecento, Widar Cesarini Sforza, sia stato valorizzato non tanto per le sue riflessioni sul diritto collettivo e per le indagini sui complessi rapporti che stringono il singolo al gruppo sociale e quest'ultimo allo Stato, quanto per le sue riflessioni sul « diritto dei privati »⁽⁵¹⁾, su un diritto, cioè, non censito dall'ordinamento ufficiale, eppure decisivo per ribadire l'origine sociale del diritto e per chiarire come questa espressione non rimandi a una società genericamente intesa ma a un insieme di comunità consapevolmente intente a confezionare i propri assetti regolativi.

Guardare *oltre la legalità* diventa così uno dei modi per ridare corpo e spessore allo spazio mediano tra individuo e Stato, per (ri)popolare il territorio delle fonti, ma anche per storicizzare la stessa anima legalistica (per Grossi: legolatrice) della modernità. La legge, infatti, sta al centro dell'universo delle fonti perché investita del compito di sanzionare quel patto di non interferenza tra privato e pubblico di cui è testimonianza la stessa codificazione, espressione di uno Stato che si appropria del diritto privato per restituirlo a una società celebrata e valorizzata nella sua autonomia. Mentre le carte si confondono quando la legge inizia a cambiare volto, ad apparire sempre meno garante della distinzione tra privato-individuale e pubblico-statale: il riferimento non va solo alle esperienze dittatoriali che mostrano in maniera patente il volto dilagante, persecutorio e liberticida della legge, ma più in generale alle nuove intersezioni tra privato e pubblico che prendono corpo a partire dall'ultimo scorcio dell'Ottocento e che alterano in maniera irreversibile la purezza

⁽⁵⁰⁾ CROCE, *Le virtù di un sapere in frammenti*, cit., p. 10.

⁽⁵¹⁾ W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati* (1929), in Id., *Il corporativismo come esperienza giuridica*, cit.

delle scansioni e del modello teorico che le aveva fondate e sostenute.

Da un simile osservatorio, il pluralismo delle fonti — come il pluralismo *tout court*, lo si dirà in conclusione — non coincide con la mera pluralità⁽⁵²⁾, con la semplice giustapposizione di una molteplicità di fonti, ma richiede un loro ingranaggio consapevole, una loro reciproca implicazione, aperta, come tale, agli apporti di un'altra comunità, la « comunità interpretativa »⁽⁵³⁾ e alla sua incessante opera di *invenzione* del diritto.

3. *Costituzione e comunità intermedie.*

Le riflessioni sulla Costituzione democratica originano in gran parte da queste acquisizioni, dalla percezione di un cambio di paradigma che tocca, insieme, il modo di concepire la convivenza, il ruolo del giuridico e la funzione del giurista. A partire dall'idea del soggetto, adesso concepito come persona e dunque come « creatura spiccatamente relazionale »⁽⁵⁴⁾, colta nella concretezza della sua condizione esistenziale e calata nella trama di un ordinamento che dichiara di volersi confrontare con la realtà (anche con la realtà delle diseguaglianze) in una prospettiva marcatamente dinamica e trasformativa. Espressione di un « diritto *ex parte societatis* », la Costituzione « non può essere intesa [tanto] come una fonte sovraordinata, ma semmai come un modo di intendere la giuridicità in chiave evolutiva e prospettica »⁽⁵⁵⁾.

Da un simile osservatorio, sostenere che i costituenti abbiano voluto e saputo « leggere » la realtà postbellica, individuando i « valori e [gli] interessi condivisi » « di un popolo ormai libero »⁽⁵⁶⁾, sembra sia il modo per evidenziare (almeno) due diffe-

(52) A titolo di esempio, cfr. COSTA, *Il pluralismo politico-giuridico. Una mappa storico-concettuale*, cit., p. 30; LUCIANI, *La costituzione e il pluralismo*, cit., p. 205 e B. PASTORE, *Pluralismi giuridici e trasformazioni del diritto contemporaneo*, in « Quaderni fiorentini », 50 (2021), p. 402.

(53) N. LIPARI, *Gli approdi pluralistici del diritto civile*, in *Pluralismo giuridico. Itinerari contemporanei*, cit., p. 279.

(54) GROSSI, *Il mondo delle terre collettive*, cit., p. 24.

(55) LIPARI, *Gli approdi pluralistici del diritto civile*, cit., p. 269.

(56) GROSSI, *Il mondo delle terre collettive*, cit., p. 23.

renti implicazioni. Da un lato, il richiamo alla lettura non vale a restituire i contorni di un'attività meramente ricognitiva svolta dall'Assemblea costituente: quell'assemblea, piuttosto, ha mostrato di saper leggere e interpretare *le richieste* (di libertà, di giustizia, di eguaglianza) provenienti da una società prostrata da venti anni di dittatura e da una guerra di proporzioni devastanti. Dall'altro lato — e in conseguenza di questa caratteristica — la Costituzione riesce a coniugare due anime del costituzionalismo che storicamente hanno marciato in parallelo, o addirittura sono state avvertite come inconciliabili: l'idea della « Costituzione come garanzia », come garanzia dai possibili arbitri del potere e l'idea della « Costituzione come indirizzo »⁽⁵⁷⁾, come progetto complessivo di convivenza chiamato a sospingere tutti gli attori (privati, sociali e pubblici) verso la realizzazione dei contenuti e dei valori identificati come necessari a definire l'identità di un contesto democratico.

È stato autorevolmente notato che la congiunzione di queste anime trova una sua chiara espressione nell'art. 2 Cost., che affianca al riconoscimento dei « diritti inviolabili dell'uomo » la previsione di « doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale ». Diritti e doveri, dunque, non considerati come parte di una dialettica degli opposti, ma come dimensioni correlative, egualmente necessarie a tracciare il campo della cittadinanza democratica: mentre infatti quella dei diritti può essere una dimensione autoreferenziale, riferibile, cioè, all'individuo isolato, il richiamo ai doveri presuppone e corrobora la « sua recuperata [...] socialità »⁽⁵⁸⁾, il suo essere « ben immers[o] all'interno di varie e diverse comunità »⁽⁵⁹⁾.

Non appare pertanto un caso che il riferimento alle formazioni sociali si collochi proprio nell'art. 2 Cost.: perché si sottolinea, anche così, l'importanza che a esse viene riconosciuta (l'ordine delle norme non è casuale) nell'edificando edificio democratico, ma anche perché esse stanno al centro di una sorta di gioco di specchi. Mi spiego: la persona, nella visione del costituente, è considerata condizione delle formazioni sociali, nel senso che esse presuppongono la presenza di

(57) FIORAVANTI, *Art. 2*, cit., p. 8.

(58) GROSSI, *Le comunità intermedie*, cit., p. 56.

(59) P. GROSSI, *Il diritto nella storia dell'Italia unita*, Napoli, ES, 2012, p. 70.

un soggetto rispettato e valorizzato nella sua unicità, autonomia e libertà; ma anche, e specularmente: le formazioni sociali sono considerate condizione abituale del soggetto, un terreno fisiologico e vitale di coltura della sua personalità, una essenziale palestra di relazione.

Non elementi misconosciuti, come nella visione ottocentesca, né strumenti chiamati a inquadrare gli uomini e a innervare la vocazione autoritaria dello Stato, come nel periodo fascista, i corpi intermedi assumono le sembianze degli snodi nei quali autonomia ed eteronomia, *ego e alter*, libertà e appartenenza, diritti e doveri si intrecciano in un dialogo costante. Di nuovo: la Costituzione recepisce l'esigenza di un bagno di realtà (« la Costituzione deve essere conforme — così La Pira — alla struttura reale del corpo sociale » e dunque deve menzionare i corpi intermedi « che sono essenziali » ⁽⁶⁰⁾); ma, al tempo stesso, identifica con chiarezza una rotta, una direzione di senso: come si è avuto modo di accennare e come si dirà meglio tra poco, si può parlare di comunità intermedie solo per quelle aggregazioni che coltivano (all'interno e verso l'esterno) una *vocazione relazionale*, mentre restano fuori i gruppi e le organizzazioni che nascono sotto un diverso cielo o che esprimono un diverso atteggiamento nei confronti dello spazio circostante.

Non a caso, in una *lectio* torinese già più volte citata in queste pagine ed espressamente dedicata a *Le comunità intermedie tra moderno e pos-moderno* Grossi dichiara di preferire il « sintagma » « comunità intermedie » all'altro, pur utilizzato « autorevolmente [da]l Costituente italiano », di « formazioni sociali » ⁽⁶¹⁾, dal momento che la prima espressione sembra restituire in maniera particolarmente chiara « il ruolo di intermediazione che queste forme associative efficacemente svolgono » ⁽⁶²⁾ e, diremmo, devono svolgere, in un contesto democratico. Esse mediano i rapporti tra soggetti (da esse « prote[tti] » e « integra[ti] » ⁽⁶³⁾); costituiscono la società come luogo di interazione (anche) tra aggregati sociali;

⁽⁶⁰⁾ G. LA PIRA, *Prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione*, seduta del 30 luglio del 1946 (pagina non numerata nella versione digitalizzata).

⁽⁶¹⁾ GROSSI, *Le comunità intermedie*, cit., p. 39.

⁽⁶²⁾ *Ibidem*.

⁽⁶³⁾ *Ibidem*.

riparano dall'invadenza statale (« Lo Stato, infatti, anche nella sua manifestazione più democratica, è sempre un apparato di potere e, in quanto tale, un possibile conculcatore dei sacrosanti diritti della persona e delle sacrosante sue espressioni all'interno dei vari e differenziati gruppi sociali » ⁽⁶⁴⁾); rappresentano infine degli strumenti di relazione tra società e Stato, un modo per tenerli in dialogo costante.

Richiamando la visione di Mortati — alla quale lo stesso Grossi, in più occasioni, ha fatto riferimento e vi ha fatto riferimento soprattutto perché espressione di un itinerario teorico capace di connettere, non di separare, società e Stato ⁽⁶⁵⁾ — si può dire che le comunità intermedie incarnino il « più saldo fondamento » dello « Stato personalista » ⁽⁶⁶⁾, della sua architettura inevitabilmente e beneficamente complessa: esse sono elementi essenziali per coniugare « dignità » e « responsabilità » dei soggetti e per distinguere la « libertà » dall'« arbitrio », giacché « mentre l'arbitrio è un soggiacere privo di riflessione agli impulsi del momento, la libertà è scelta illuminata dalla ragione e rivolta a coordinare le varie esigenze dell'uomo in armonica e coerente unità » ⁽⁶⁷⁾. Tali comunità, pertanto, mentre « assicurano meglio la libertà dell'individuo », « gli consentono di partecipare più consapevolmente alla vita dello Stato »: esse consentono, in poche parole, di sperimentare un'idea di libertà, non concepita più — a parlare adesso è Calamandrei — « come il recinto di filo spinato entro cui il singolo cerca scampo contro gli assalti della comunità ostile, ma [...] come la porta che gli consente di uscire dal suo piccolo giardino sulla strada, e di portare di lì il suo contributo al lavoro comune: libertà, non garanzia di isolamento egoistico, ma garanzia di espansione sociale » ⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁴⁾ Ivi, pp. 39-40.

⁽⁶⁵⁾ Ne « *La costituzione in senso materiale* [...] l'idea direttrice essenziale è quella di concepire la costituzione formale [...] quale espressione di un indirizzo fondamentale scaturente dalla stessa comunità » (GROSSI, *Il diritto nella storia dell'Italia unita*, cit., p. 52).

⁽⁶⁶⁾ C. MORTATI, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, Roma, Edizione radio italiana, 1959, p. 82.

⁽⁶⁷⁾ Ivi, p. 9.

⁽⁶⁸⁾ P. CALAMANDREI, *L'avvenire dei diritti di libertà* (1946), in ID., *Costituzione e leggi di Antigone*, Firenze, Sansoni, 2004, p. 27.

Da questo osservatorio, le comunità intermedie appaiono territori di coltura della cittadinanza democratica anche in quanto momenti essenziali a favorire una relazione attiva, partecipativa, alla vita della *polis*: esse « consentono [ai soggetti] — a dirlo è di nuovo Mortati — di partecipare più consapevolmente alla vita dello Stato », dal momento che permettono ai soggetti di misurarsi con l'esistenza di interessi ultraindividuali. E se, da tale visuale, appaiono equiparabili a degli « scalini che, per gradi successivi, fanno ascendere a visuali sempre più ampie fino ad arrivare allo Stato »⁽⁶⁹⁾, da altra prospettiva le comunità intermedie si presentano come elementi essenziali alla stessa vita dello Stato: « lo Stato di massa — a parlare è sempre Mortati — non potrebbe riuscire al coordinamento dei vari interessi che contrastano nel suo seno se imponesse esclusivamente dall'alto tale coordinamento e non si giovasse invece del concorso dei gruppi. Infatti, la solidarietà, per riuscire vitale, deve scaturire non già dalla artificiosa eliminazione dei motivi di contrasto che esistono nella società, ma invece [deve] dar loro pienezza di espressione »⁽⁷⁰⁾.

Com'è noto, Mortati è stato, negli anni dell'Assemblea costituente e nei successivi, un fautore, sconfitto, della rappresentanza degli interessi, considerata una forma di « integrazione del suffragio » necessaria a dare agli interessi professionali e regionali una diretta (e non surrettizia) proiezione istituzionale. E ancora agli inizi degli anni Settanta e proprio dalle pagine del secondo numero dei *Quaderni fiorentini*, Mortati denunciava l'incapacità del Parlamento repubblicano di « riflettere la varietà e molteplicità dei corpi intermedi sorti e operanti nella nuova società »: « rimasti esclusi da una partecipazione diretta al processo di formazione dei parlamenti » quei corpi finivano per premere « su di esso dal di fuori, in modo disorganico e settoriale, pregiudicando il conseguimento di sintesi armoniche »⁽⁷¹⁾. Né sorprende che lo stesso Grossi, in un incontro-intervista con i colleghi pisani, auspicasse una revisione del bicameralismo così come disegnato dalla Costituzione: « mi sembra —

⁽⁶⁹⁾ MORTATI, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, cit., p. 82.

⁽⁷⁰⁾ *Ibidem*.

⁽⁷¹⁾ C. MORTATI, *Brevi note sul rapporto fra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in « Quaderni fiorentini », II (1973), p. 529.

queste le sue parole — che l'invenzione di due Camere, con una medesima funzione, in realtà non sia altro che un mezzo per dare ai partiti possibilità di espansione senza nessun vantaggio per la produzione normativa stessa»: « si potrebbe perciò pensare — proseguiva — a una Camera che rappresenti, ad esempio, movimenti, formazioni diverse dai partiti, presenze istituzionali di grosso rilievo nella società civile come magistratura, avvocatura, Università; né mi straccerei le vesti — concludeva — se venisse a rappresentare anche interessi corporativi, che non possono non essere particolari ma forse non segnati da quell'inaccettabile particolarismo che è proprio dei partiti politici i quali sono — teoricamente — investiti del bene comune, ma — di fatto — zelantissimi nel ricordarci con disarmante franchezza che il sostantivo partito deriva da parte » (72).

Le comunità intermedie, dunque, come presenze chiamate a legare società e istituzioni e a rendere lo stesso Stato il vertice sovrano di una convivenza nutrita e sostenuta da un sottostante pluralismo sociale, politico ed economico: « nessuno ha la follia di proporre la soppressione dello Stato: in una civiltà complessa come la nostra è chiaro che abbiamo bisogno dello Stato e abbiamo bisogno di regole generali, astratte, rigide » (73). A dover essere contestata, per Grossi, è invece l'idea del « monopolio dello Stato » (74), di un potere che esibisce la propria autosufficienza e che, così facendo, non rischia solo di schiacciare la società, ma si candida a esserne schiacciato e sopraffatto, a essere travolto dalla sua incomprimibile vitalità organizzativa.

4. *Relazione vs. appropriazione.*

Si è detto: le comunità intermedie appaiono cifra essenziale dei contesti democratici, gli unici capaci di dare « senso, valore e capacità di espansione » (75) al pluralismo, e quindi gli unici capaci

(72) P. GROSSI, in *Incontro con Paolo Grossi*, a cura di I. Belloni ed E. Rippepe, Pisa, Pisa University Press, 2007, p. 67.

(73) Ivi, p. 64.

(74) *Ibidem.*

(75) P. RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato* (1965), Padova, Cedam, 1987 (ristampa), p. 11.

di vedere nel pluralismo non « un problema da risolvere, ma una risorsa » da valorizzare (76). Si è anche detto: il pluralismo non coincide mai con la pluralità, con la mera presenza di più aggregati politici, sociali ed economici, così come non coincide mai con la constatata esistenza di una molteplicità dei fonti del diritto. Un assetto sociale o regolativo può dirsi pluralistico a determinate condizioni; in particolare, se si parla di gruppi sociali, è necessario che essi « siano lasciati liberi nel loro costituirsi e ordinarsi » e che siano « organizzati nel loro interno in modo a consentire ad ogni membro di dare tutto l'apporto di cui è capace, di uscire dall'anonimato e di assumere un proprio volto; di esprimere il suo valore, che non può essere quello di un numero da aggiungere ad altri numeri per formare una somma » (77); è necessario, in secondo luogo, che si collochino in (e concorrano ad alimentare un) *sistema delle relazioni* nel quale ciascuna formazione rispetti l'esistenza dell'altra senza cedere a tentazioni prevaricatrici o senza diventare presidio di identità esclusive ed escludenti funzionali a tracciare un confine netto tra il dentro e il fuori, il 'noi' e il 'loro' (78); al contempo, serve che ognuna di esse proietti la propria esistenza anche sul piano dell'unità politica, di un'unità che si raggiunge attraverso la dialettica, appunto plurale, tra differenti attori (« l'idea della Costituzione è che unificazione e integrazione si costruiscano proprio nel processo di confronto pluralistico, se correttamente governato » (79)); ancora: per attingere questa « unità costitutivamente plurale » (80) che implica la eguale necessità dell'uno e dei molti, è indispensabile vigilare sulla la qualità delle relazioni, dal momento che « la società pluralista » sembra « funziona[re] bene (o meglio) solo a temperatura media, non troppo bassa (altrimenti implode o di esaurisce per entropia), né troppo calda (altrimenti si surriscalda o addirittura esplose) » (81); da ultimo, ma non per ultimo, se si parla di pluralismo delle fonti, si capisce che esso

(76) LUCIANI, *La costituzione e il pluralismo*, cit., p. 216.

(77) MORTATI, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, cit., p. 83.

(78) S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, Laterza, 2014, p. 4.

(79) LUCIANI, *La costituzione e il pluralismo*, cit., pp. 216-217.

(80) DUSO, *Reinventare la democrazia*, cit., p. 234.

(81) LUCIANI, *La costituzione e il pluralismo*, cit., pp. 227-228.

appare tale se e in quanto espressione di un sottostante pluralismo sociale ⁽⁸²⁾, se diventa, cioè, uno dei luoghi dai quali attingere la rinnovata complessità delle convivenze contemporanee e non l'insegna sotto la quale albergano (o addirittura necessaria a creare) pesanti squilibri culturali, sociali o economici.

A queste condizioni può dirsi che « l'ordine » non coincida con la « massificazione » e con l'« annientamento delle diversità » ⁽⁸³⁾; da una simile prospettiva, non sorprende che Grossi abbia destinato attenzione a un altro cantiere, quello dell'Europa, esposto a rischi (primo tra tutti: una « marcata impronta economicistica ») ⁽⁸⁴⁾, ma anche capace di restituirci un volto « rassicurante »; di restituircelo nella misura in cui « più che un raccordo fra apparati statuali e governi, fra poteri in azione, [l'Europa] intend[er] essere una comunità di popoli », una « realtà complessa tesa a tutelare la multiforme ricchezza della propria complessità, il *proprium* delle varie componenti, la loro diversa storia, le loro tipicità » ⁽⁸⁵⁾ (« *ohne diese Vielfalt wäre Europa nicht was es ist* ») ⁽⁸⁶⁾.

Non si tratta, anche da tale prospettiva, di defenestrare gli Stati o, in generale, i poteri pubblici, né di bacchettare pregiudizialmente il mercato; si tratta di renderli compatibili con una connotazione autenticamente pluralistica della convivenza. Con alcune rilevanti implicazioni. La prima: le esperienze a vocazione totalitaria rappresentano uno dei terreni per misurare la distanza tra il pluralismo e un generico riferimento alla pluralità delle fonti e dei gruppi sociali. Sulle fonti: negli anni del fascismo (e ancor più nella visione nazionalsocialista) la critica del monopolio della legge non vale ad attenuare il tasso di statualità del diritto; mira, al contrario, a portare lo Stato ovunque, a consentirgli di penetrare in ogni alveo della convivenza grazie alla presenza di fonti più agili, capaci, come tali, di garantire la penetrazione dell'ideologia del regime nelle differenti

⁽⁸²⁾ PASTORE, *Pluralismi giuridici*, cit., p. 431.

⁽⁸³⁾ GROSSI, *Europa: radici e prospettive*, cit., p. 38.

⁽⁸⁴⁾ Ivi, p. 37.

⁽⁸⁵⁾ Ivi, p. 38.

⁽⁸⁶⁾ Ivi, p. 39. Si tratta di una frase del 2002 di Ludwig Adamovich, al tempo Presidente della Corte Costituzionale austriaca.

situazioni concrete da regolare ⁽⁸⁷⁾. Sui gruppi sociali: anche essi appaiono un elemento centrale per consentire quella conquista statale dello spazio sociale essenziale a dar corso alla vocazione totalitaria delle dittature. Quello del regime fascista è, per Grossi, un « corporativismo alterato » ⁽⁸⁸⁾, radicato in una cultura politica monistica, programmaticamente orientata alla tacitazione delle voci difformi. Un « corporativismo alterato » eppure impossibile da privare « del tutto » — su questo non eravamo d'accordo — « [di] quelle venature di pluralismo che ogni struttura corporativa comporta » ⁽⁸⁹⁾.

La seconda implicazione: il nuovo scenario del mercato globale pone in contatto con due fenomeni egualmente rilevanti. Per un verso, esso costituisce la plastica testimonianza di un diritto che nasce e si sviluppa fuori dal calco statale e, più in generale, di un diritto che marcia su binari differenti da quelli anche altrimenti formalizzati ⁽⁹⁰⁾. Per l'altro verso, questo diritto mostra un atteggiamento spesso rapace nei confronti del contesto circostante, finendo per diventare espressione della voce prevaricante dei più forti sui più deboli, che si trovano di « nuovo soli » ⁽⁹¹⁾ a fronteggiare le caratteristiche di quella *Risikogesellschaft*, « al cui interno domina la paura, non più per i castighi di Dio, per le guerre e per i cataclismi naturali, bensì per il rischio prodotto dallo sviluppo del capitalismo globale e della tecnoscienza » ⁽⁹²⁾.

E anche quando il volto attuale del mercato non esibisce un atteggiamento apertamente antistatalista (« un pluralismo che si autointerpreta come disgregativo della statualità » ⁽⁹³⁾), riporta co-

⁽⁸⁷⁾ Sul punto mi permetto di rinviare a I. STOLZI, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 209 e ss.

⁽⁸⁸⁾ GROSSI, *Le comunità intermedie tra moderno e pos-moderno*, cit., p. 63.

⁽⁸⁹⁾ *Ibidem*.

⁽⁹⁰⁾ Cfr., a es., ivi, p. 79 e GROSSI, *Il diritto civile fra moderno e posmoderno*, cit., pp. 135-137.

⁽⁹¹⁾ LUCIANI, *La costituzione e il pluralismo*, cit., p. 214.

⁽⁹²⁾ F.M. DE SANCTIS, *Nazione e cosmopolitismo*, in corso di stampa per i tipi de *il Mulino*; il riferimento alla *Risikogesellschaft* è tratto da Ulrich Beck.

⁽⁹³⁾ LUCIANI, *La costituzione e il pluralismo*, cit., p. 214.

munque in auge il tema dei poteri privati ⁽⁹⁴⁾ e, con esso, l'esigenza di salvaguardare identità e funzione dei poteri pubblici, da non degradare a semplici « produttori periferici del diritto » ⁽⁹⁵⁾ o a soccorritori di ultima istanza delle fragilità e delle diseguaglianze nel frattempo deflagrate. A tutto questo si aggiunge — o, se si preferisce: tutto questo si è prodotto anche grazie a — un atteggiamento culturale, verso il quale Grossi era assai critico, supinamente adesivo all'« assetto capitalistico (se volete, neo-capitalistico) dell'ordine economico mondiale » ⁽⁹⁶⁾. Non che si tratti di un fenomeno nuovo: anche dietro la tutela del consumatore, tratteggiata a partire dagli anni Cinquanta, non si nascondono istanze di socialità, ma la diversa esigenza di facilitare e incentivare i consumi ⁽⁹⁷⁾. Solo che negli ultimi decenni la rimonta del mercato sembra aver assunto proporzioni tali da minacciare la stessa tenuta degli edifici democratici, della loro articolata (ma per questo anche delicata) complessione ⁽⁹⁸⁾. E tra le professioni di nichilismo — intese a ritenere « perduta l'identità degli uomini, considerati semplici funzionari del

⁽⁹⁴⁾ Cfr., da ultimo, M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, Bologna, il Mulino, 2022 e il numero monografico di « Diritto pubblico », 3 (2021), dedicato interamente ai *Poteri privati*.

⁽⁹⁵⁾ DE SANCTIS, *Nazione e cosmopolitismo*, cit.

⁽⁹⁶⁾ Val la pena citare per esteso il periodo presente nella pagina di apertura del già più volte citato GROSSI, *Il mondo delle terre collettive*: « Noi, in Italia — ma, ormai, in molte parti del mondo — viviamo il protagonismo della proprietà privata, contemplando, da parte mia con una certa mestizia — il trionfo di un assetto capitalistico (se volete, neo-capitalistico) dell'ordine economico mondiale. E siamo portati a credere che questo assetto sia la migliore (forse, l'unica) sistemazione possibile della complessità dei fatti socio-economici » (p. 11).

⁽⁹⁷⁾ Non si cerchino — ammonisce Grossi — dietro gli esordi della tutela del consumatore « istanze di socialità. Quel personaggio [...] contrassegnato come consumatore, è figlio legittimo del mercato. [...] Le tutele che vengono a realizzarsi, questo mirano: creare un clima di fiducia tale da spronare al consumo » (così GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno*, cit., p. 120). Sul punto cfr. anche la precoce e lucidissima lettura di RESCIGNO, *Persona e comunità*, cit., pp. 36-37.

⁽⁹⁸⁾ « C'è chi — dice Grossi — comincia a porsi l'imbarazzante domanda se (e come) sia possibile la armonizzazione della svolta marcatamente liberistica degli anni Ottanta con l'assetto costituzionale disegnato nel 1948 e recante nitida l'impronta di uno Stato sociale di diritto »; così GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno*, cit., p. 121.

mercato »⁽⁹⁹⁾) e il rimpianto di un mondo ormai trascorso, a essere rinnovato è il richiamo al ruolo del giurista (e del diritto): « ogni operatore del diritto è chiamato a proporsi come nuovo Diogene che, avvalendosi della lanterna magica di un rinnovato pensiero forte metodologicamente e assiologicamente orientato, ma al tempo stesso muovendo dalla profonda bassura dell'esperienza di vita dei consociati, continuamente torni ad esplorare e a interrogare, ai diversi livelli e gradi, le varie molteplici fonti di produzione giuridica »⁽¹⁰⁰⁾.

Se impegnato a custodire la caratura democratica delle società e quindi il loro assetto pluralistico e comunitario, l'orizzonte giuridico può candidarsi a dare un contributo rilevante in direzione della realizzazione di un « pluralismo ordinato » che « non comporta assorbimenti, colonizzazioni, appropriazioni [...] ma registra la specifica valenza dei plessi e dei regimi regolatori, insieme al loro orientarsi nella partecipazione a un contesto comune e nella ricerca di criteri ordinanti di collegamento »⁽¹⁰¹⁾. Contributo quanto mai necessario soprattutto oggi che il « paradigma della comodità » tende ad acquisire sembianze inedite e ad affidare al non-umano⁽¹⁰²⁾ il peso di operazioni e valutazioni complesse rinnovando, ancora una volta, quel pericoloso miraggio della neutralità e della automaticità che tante volte, nel corso della storia, ha contribuito a estraniare il diritto dalla sua indeclinabile umanità⁽¹⁰³⁾.

Per questo, credo che Paolo Grossi avrebbe convenuto con chi sostiene che la democrazia può essere ripensata (« reinventa[ta] ») tenendo « presente che la logica della sovranità » non si esaurisce nella « verticalità del potere » e che al cuore degli ordinamenti democratici non va collocata « tanto la legittimazione del potere mediante il processo autoritativo delle elezioni, quanto piuttosto la

⁽⁹⁹⁾ La citazione, tratta da Natalino Irti, è leggibile ivi, p. 150.

⁽¹⁰⁰⁾ La citazione, tratta da Vincenzo Scalisi, cui Grossi dedica il volume, è leggibile ivi, p. 160.

⁽¹⁰¹⁾ PASTORE, *Pluralismi giuridici*, cit., p. 431.

⁽¹⁰²⁾ V. MASTROIACOVO, *Il progetto Prodigit e il paradigma della comodità*, in « Rivista trimestrale di diritto tributario », 2022, numero monografico *Dal diritto naturale al diritto digitale: l'intelligenza artificiale nella giustizia tributaria*, pp. 83-93.

⁽¹⁰³⁾ Si veda T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2021.

dignità e la partecipazione di tutti »⁽¹⁰⁴⁾ e quindi « la dimensione politica dei gruppi e delle organizzazioni », a garanzia di un'« eguaglianza culturalmente esigente »⁽¹⁰⁵⁾ che anche al giurista (e al diritto) spetta di promuovere.

(104) DUSO, *Reinventare la democrazia*, cit., p. 239.

(105) LIPARI, *Gli approdi pluralistici del diritto civile*, cit., p. 281.

MARCO NICOLA MILETTI

OLTRE LA MURAGLIA:
LA LEZIONE DI PAOLO GROSSI ALLA PROVA DEL *PENALE*

1. Ai margini dell'*ordo iuris*. — 2. Lo spartiacque dell'illuminismo. — 3. L'espropriazione della *interpretatio*. — 4. Il dogma del legalismo nella storia penalistica italiana. — 5. La virata post-moderna: un'altra legalità. — 6. Un nuovo medioevo giurisprudenziale. — 7. La provocazione della libertà.

1. *Ai margini dell'ordo iuris*.

Che il *penale* ⁽¹⁾ occupi, nella riflessione scientifica di Paolo Grossi, una posizione defilata è constatazione scontata. Benché risoluto fautore dell'unitarietà del sapere giuridico ⁽²⁾, lo studioso non esitava a definirsi « uno storico del diritto di educazione sostanzialmente civilistica » ⁽³⁾. Nell'autobiografia intellettuale esprimeva riconoscenza a due illustri civilisti, Enrico Finzi e Salvatore Romano.

⁽¹⁾ Si utilizza qui l'aggettivo sostantivato coniato da Mario SBRICCOLI, "*Storia del diritto italiano*": *articolazioni disciplinari vecchie e nuove*, in *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, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 117-133, ora in Mario SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, II, pp. 1171-1186: 1183. L'A. intendeva per *penale* un campo comprensivo non solo del sostanziale e del processuale, ma anche dei saperi e delle pratiche meta-giuridiche: sociali, politiche, economiche, istituzionali. Per ulteriori delucidazioni si rinvia a Luigi LACCHE', *Introduzione a Penale Giustizia Potere. Metodi, Ricerche, Storiografie. Per ricordare Mario Sbriccoli*, a cura di Luigi Lacché, Carlotta Latini, Paolo Marchetti, Massimo Meccarelli, Macerata, Eum, 2007, pp. 1-35: 13-16.

⁽²⁾ Paolo GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, *Pref.*, p. XVI.

⁽³⁾ Paolo GROSSI, *Giuliano Vassalli: il giurista*, in *Giuliano Vassalli nel centenario della nascita*. Atti della giornata in ricordo del Presidente Emerito della Corte Costituzionale. Palazzo della Consulta, 10 dicembre 2015, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 13-26: 13.

E ricordava d'aver mosso i primi passi nella ricerca sul terreno dell'*utrumque ius* privatistico ⁽⁴⁾. Viceversa, non lo avevano attratto le lezioni penalistiche fiorentine, « perfette ma scostanti », di Raoul Frosali, « estremo epigono della Scuola positiva » ma poi approdato a un dogmatismo formalistico: gli era parso che quel corso non avesse « molto da dire a chi, fin da allora, propendeva a cogliere la storicità del diritto nell'itinerario incessante della società » ⁽⁵⁾.

Al privato egli consacrò, già dai titoli, le monografie 'portanti' e i principali saggi almeno sino al 1998 ⁽⁶⁾. Il fulcro restò invariato, pur se non sempre esplicito, nel lungo percorso successivo, il « tempo di raccolti » ⁽⁷⁾.

Se si compàrano due testi assimilabili anche per il taglio di alta divulgazione, vale a dire *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento* (1999) di Luigi Ferrajoli e *l'Introduzione al Novecento giuridico* (2012) di Grossi (raccolta di scritti già editi), il primo porta ripetutamente alla ribalta il dibattito penalistico, del tutto assente nel secondo ⁽⁸⁾. Il divario si riduce alquanto se a paragone con il libro di Ferrajoli si pongano il quasi coevo *Scienza giuridica italiana* (2000), che dischiude sulla penalistica radi ma densissimi squarci; e il 'manifesto' di poco successivo *Mitologie giuridiche della modernità*

⁽⁴⁾ Paolo GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, Bologna, il Mulino, 2008, pp. 25-29 e 56.

⁽⁵⁾ Paolo GROSSI, *Il volto attuale dell'illecito penale (a proposito di un recente libro di Massimo Donini)*, in « Quaderni fiorentini », 35 (2006), pp. 1043-1057: 1043-1044.

⁽⁶⁾ Nella *Nota prefazionale* che apre il vol. di Paolo GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, p. VIII, l'A. chiariva d'aver deliberatamente escluso dalla raccolta il saggio intitolato *Assolutismo giuridico e diritto penale* [v. *infra*, nt. 47] proprio perché di « contenuto [...] esclusivamente penalistico ».

⁽⁷⁾ GROSSI, *Uno storico del diritto* (2008), cit. (nt. 4), pp. 101 (*L'ordine giuridico medievale*), 106-116 (da *Mitologie giuridiche* [su cui v. *infra*, nt. 9] a *Società, diritto, Stato*, 2001-2006 [su cui v. *infra*, nt. 34]).

⁽⁸⁾ Luigi FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 28-33 già con riguardo ai primi decenni del xx secolo coglie nella dialettica tra le scuole penali uno snodo decisivo nel percorso di de-politicizzazione del diritto. Altrettanto incisivo, secondo l'A. (ivi, pp. 43-46), il timbro ideologico del fascismo sul codice penale del 1930. Cfr. anche ivi, p. 58 quanto all'auto-referenzialità 'a-politica' del tecnicismo giuridico nel secondo dopoguerra. Il termine di confronto è Paolo GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

(I ed. 2001), che parla a tutti i giuristi ma forse pungola soprattutto i penalisti.

Non è un'illazione supporre che per Grossi il civile fosse il diritto 'autentico', « per eccellenza »⁽⁹⁾. Nelle conclusioni al convegno fiorentino del 2000 egli battezzava *en passant* il *Code civil* come « primo vero Codice »⁽¹⁰⁾. Nel 2007, nel ribadire il primato napoleonico nella storia della codificazione, precisava, probabilmente replicando a qualche obiezione: « salvo — forse — un esperimento austriaco dell'imperatore Giuseppe II, del 1787, ma ristretto al solo campo penale, ossia a un terreno pubblicistico vincolatissimo all'esercizio della sovranità »⁽¹¹⁾.

Troppi indizi per non supporre che il diritto punitivo rappresentasse, ai suoi occhi, un fuor d'opera; la *patologia*, non la *fisiologia* del diritto⁽¹²⁾; dal punto di vista dei detrattori, un'anomalia irrisolta,

⁽⁹⁾ In una prima formulazione, Paolo GROSSI, *Scienza giuridica e legislazione nella esperienza attuale del diritto*, in « Notiziario dell'Università degli Studi di Firenze », XIV (1996); in « Rivista di storia del diritto italiano », LXIX (1996); in « Rivista di diritto civile », XLIII (1997); ora in ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit. (nt. 6), pp. 263-274; 264 non sembra voglia circoscrivere solo al *civile* quel « diritto per eccellenza » che la 'modernità' giuridica identificò con la legge. Ma, nel riproporre un paio d'anni dopo, con più ampia argomentazione, il medesimo concetto, appare inequivoco che il rango di *eccellente* spetti proprio al privato: Paolo GROSSI, *Modernità politica e ordine giuridico*, in « Quaderni fiorentini », 27 (1998), pp. 13-39; poi in ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit. (nt. 6), pp. 443-469; 446; cfr. anche Paolo GROSSI, *Giustizia come legge o legge come giustizia? Annotazioni di uno storico del diritto* (Università di Pisa, 23 novembre 1998), in Paolo GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Terza edizione accresciuta, Milano, Giuffrè, 2007, p. 22.

⁽¹⁰⁾ Paolo GROSSI, *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*. Atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre 2000, a cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 579-599; poi, con significative varianti, in GROSSI, *Mitologie*, cit. (nt. 9), pp. 83-124: 89 (si citerà da qui).

⁽¹¹⁾ Paolo GROSSI, *L'Europa del diritto* (I ed. 2007), Roma-Bari, Laterza, 2011⁷, p. 139.

⁽¹²⁾ Paolo GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 32: « Nello Stato-controllore », connotato da rigorosa legalità, si assisteva a un'espansione della « dimensione penale », di per sé sintomatica di patologia. Alla presentazione bolognese di quel « libretto » (2004) l'A. si difese dalle critiche di Marcello Gallo precisando che esso si limitava ad analizzare « la dimensione fisiologica del diritto », ossia quella privatistica: lo racconta lo stesso GROSSI, *Il volto attuale* (2006), cit. (nt. 5), p. 1046.

l'anello che non tiene. L'interessato, per la verità, argomentò a più riprese la sua predilezione. *In limine* a *L'ordine giuridico medievale* (1995) avvertiva d'aver prescelto come « campo di osservazione » gli assetti privatistici perché più in grado di svelare il tessuto, l'esperienza, la mentalità d'una civiltà e perché « meno condizionati da ingerenze autoritative »: donde la « considerazione minore » riservata al diritto pubblico e al penale ⁽¹³⁾. Nel 1998, riferendosi ancora all'esperienza medievale, egli contrapponeva ai 'settori' — come il penale — più strettamente legati al potere politico « il diritto per eccellenza, la ragion civile », che prendeva « forma » direttamente dalla società ⁽¹⁴⁾. Se s'intende il diritto come « espressione sociale » e non potestativa o artificiosa — chiariva in un'intervista del 2020 — il privato si situa « al cuore di ogni ordine giuridico » perché fornisce l'« osservatorio » ideale per registrare « la mentalità circolante » ⁽¹⁵⁾.

La marginalità del penale scontava, dunque, la polarità tra un diritto vivente nella *carnalità*, nella magmatica fattualità dell'esperienza e della società, nell'immediatezza naturale della consuetudine; e un diritto che cala dai palazzi del potere come norma, comando, legge ⁽¹⁶⁾. La dicotomia ha indotto qualcuno a insinuare maliziosamente che, se la regolamentazione del diritto punitivo venisse anch'essa rimessa ai bruti fatti, il sistema si scardinerebbe e piomberebbe in un'incontrollata, anòmica giustizia 'fai da te'. L'osserva-

⁽¹³⁾ Paolo GROSSI, *L'ordine giuridico medievale* (I ed. 1995), Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 7.

⁽¹⁴⁾ GROSSI, *Modernità politica* (1998), cit. (nt. 9), p. 446; nonché ID., *Giustizia come legge* (1998), cit. (nt. 9), p. 22.

⁽¹⁵⁾ Federico PEDRINI, *Colloquio su Storia, Diritto e Costituzione. Intervista al Prof. Paolo Grossi (Citille in Chianti, 10 giugno 2020)*, in « Lo Stato », VIII (2020), 14, pp. 211-268: 224.

⁽¹⁶⁾ Paolo GROSSI, *Sulla odierna fattualità del diritto*, in Paolo GROSSI, Alessandro SERPIERI, *Due lezioni magistrali 2013-2014*, Viterbo, Sette Città, 2014, pp. 9-22; in « Giustizia civile », 2014, 1, pp. 11-25; poi in Paolo GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Gius. Laterza & Figli, 2015, pp. 33-50: 34; Paolo GROSSI, *Il giudice civile. Un interprete?*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », LXX (2016), 4, pp. 1135-1152; poi in ID., *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2017, pp. 72-89: 73. *Carnale* è l'aggettivo adoperato da Guido ALPA, *Paolo Grossi: alla ricerca dell'ordine giuridico*, in *Paolo Grossi*, a cura di Guido Alpa, Roma-Bari, Laterza, 2011, pp. IX-XXXI: XI nelle prime battute della presentazione del vol. su Grossi.

zione è arguta; il rischio paventato, in verità, remoto. Lo studioso fiorentino era tutt'altro che incline all'anarchismo. Egli coltivava una visione quasi salvifica dell'*ordine*, cànone che, « se rigorizza il mondo indòcile dei fatti, significa però rispetto della complessità e della pluralità del reale » (17).

2. *Lo spartiacque dell'illuminismo.*

Il vizio d'origine del penale risiedeva, per Grossi, nella genetica distanza dalla società; nella contiguità al potere, persino in epoche — come l'alto medioevo — in cui lo Stato era assente (18).

Quella separatezza, per la verità, non era irreversibile. Gli studi dell'allievo Mario Sbriccoli dimostravano che il *ius criminale* d'antico regime, se indagato con metodo anti-formalistico, non si era affatto esaurito nella *lex* in senso stretto (19); che la storia della giustizia penale poteva leggersi come *speculum societatis*, comprensivo di « norme, consuetudini », dottrina, prassi, « costumanze sociali », nonché di tecniche giuridiche efficacemente ordinanti (20). Risultati pienamente coerenti con le coordinate storiografiche del Maestro. Senza considerare che per Sbriccoli la giustizia criminale

(17) A sigillo dell'invito a considerare la dimensione sociale, effettiva, pluralistica del diritto, al di fuori del « cono d'ombra » della statualità, Paolo GROSSI, *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, in « Quaderni fiorentini », 29 (2000), pp. 217-239; poi in ID., *Mitologie*, cit. (nt. 9), pp. 41-82: 63 precisava: « Non è un discorso anarcoide ». Ivi, pp. 63-65 la definizione di *ordine* riportata nel testo.

(18) GROSSI, *L'ordine giuridico medievale* (1995), cit. (nt. 13), p. 56 osservava come l'Editto di Rotari (643), poco più d'una consolidazione di consuetudini, prestasse « attenzione prevalente » al diritto penale (oltre che a quello di famiglia). Ivi, p. 47 il riferimento all'« assenza dello Stato ».

(19) Paolo GROSSI, *Ricordo di Mario Sbriccoli*, in « Quaderni fiorentini », 33/34 (2004/2005), pp. 1391-1399; poi in ID., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 611-620: 615.

(20) Paolo GROSSI, *Conclusioni* (2007), in *Penale Giustizia Potere*, cit. (nt. 1), pp. 453-459: 454 e 458. In effetti, già in apertura della sua prima monografia specificamente 'penalistica', Mario SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 6-7 aderiva alla convinzione di Bettiol [penalista particolarmente apprezzato da GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit. (nt. 2), pp. 259-261] secondo cui il diritto penale costituisce « la più caratteristica espressione della 'fisionomia' di una società » e delle sue opzioni politiche.

aveva a lungo conservato una dimensione *negoziale*, mediatrice di conflitti anziché impositiva di obblighi e dispensatrice di repressione; e che anche la fase *egemonica* non era, banalmente, coincisa con la statualizzazione del penale, ma si era nutrita di *pratiche*, consuetudini, energie e interessi sociali complessi ⁽²¹⁾.

Quel fertile pluralismo, secondo Grossi, era stato soffocato — non solo nell'orbita penale — dall'illuminismo, sul quale egli esprimeva notoriamente un giudizio di condanna senza sfumature. A suo parere, la « ben programmata mitizzazione illuministica » del principe e della legge aveva svenduto il patrimonio della sapienza giuridica a uno « Stato legislatore » che spesso altro non era se non « incarnazione squallida » di regimi totalitari o arroganti o d'una « partitocrazia risiosa e inconsapevole » ⁽²²⁾. Il *giacobinismo* aveva *ridotto* il diritto a legge, per di più « potestativa, autoritaria », statualista ⁽²³⁾, fintamente egitaria ⁽²⁴⁾. Legge, legalità, certezza del diritto non erano che « magnifici edifici vuoti eretti dalla cultura moderna » ⁽²⁵⁾; la forma-codice andava forse preservata, ma a patto di ristrutturarla *ab imis* ⁽²⁶⁾.

⁽²¹⁾ Mario SBRICCOLI, «*Storia del diritto italiano*»: articolazioni disciplinari, cit. (nt. 1), p. 1183; ID., *Giustizia criminale*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di Maurizio Fioravanti, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 163-205, ora in ID., *Storia del diritto penale*, cit. (nt. 1), I, pp. 3-44: 4-7; ID., *L'inquisizione come apparato giuridico nella storia della giustizia criminale* (1999), ivi, I, pp. 131-154: 139. Per la complessità del penale egemonico sbriccoliano cfr. Italo BIROCCHI, *La giustizia di tipo egemonico: qualche spunto di riflessione*, in *Penale giustizia potere*, cit. (nt. 1), pp. 179-211: 196-209.

⁽²²⁾ GROSSI, *Scienza giuridica e legislazione* (1996), cit. (nt. 9), p. 265 (passaggio al monismo); ivi, pp. 268-269 (gravi limiti dello Stato legislatore).

⁽²³⁾ Paolo GROSSI, *L'invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in «*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*», LXXI (2017), 3, pp. 831-846; poi in ID., *L'invenzione del diritto*, cit. (nt. 16), pp. 114-129: 115. Sul *riduzionismo*, inteso come artificiosa cristallizzazione nella legge dell'imprevedibile varietà della vita reale, v. ID., *Oltre le mitologie* (2000), cit. (nt. 17), pp. 58-60; ID., *Il diritto in Italia, oggi, tra modernità e pos-modernità* (2013), ora in ID., *Ritorno al diritto*, cit. (nt. 16), pp. 3-32: 5.

⁽²⁴⁾ Paolo GROSSI, *Il costituzionalismo moderno fra mito e storia*, in «*Giornale di storia costituzionale*», 11 (2006), 1; poi in ID., *Mitologie*, cit. (nt. 9), pp. 165-234: 200 plaudiva alla «*sensata sentenza*» della Corte costituzionale (n. 364/1988) che aveva attenuato il principio dell'inescusabilità dell'*ignorantia legis*: principio poggiante su un'irrealistica purificazione delle condizioni di accesso dei cittadini alle norme penali.

⁽²⁵⁾ GROSSI, *Giustizia come legge* (1998), cit. (nt. 9), p. 39.

⁽²⁶⁾ GROSSI, *Oltre le mitologie* (2000), cit. (nt. 17), p. 80: «Solo un folle potrebbe pensare di fare a meno d'una presenza di norme imperative generali o anche

Non occorre sottolineare quanto una così perentoria demolizione delle « mitologie [...] vetero-illuministiche » collida con i capisaldi costituzionali del penale contemporaneo ⁽²⁷⁾, settore che peraltro esaspera *pour cause* il carattere imperativo, coercitivo, asimmetrico della legge ⁽²⁸⁾. Grossi comprendeva appieno — e, in fondo, condivideva — la diffidenza con la quale l'« uomo della strada » guarda al diritto come a un « tegolo [...] confezionato nei misteri dei palazzi del potere », pronto a cadergli sulla testa « ed evocante sempre gli spettri sgradevoli della autorità sanzionatoria, il giudice o il funzionario di polizia ». L'allusione era già trasparente, ma Grossi voleva che il suo rammarico fosse lampante: purtroppo il penale, « il diritto più crudamente e severamente sanzionatorio » nonché espressione della « dimensione patologica della convivenza civile », « è sembrato assurgere a modello della giuridicità » ⁽²⁹⁾.

Ecco l'aggravante: dall'inizio della *modernità* il penale aveva usurpato la scena, si era legittimato come diritto 'per antonomasia'. Perciò la metafora del *quivis de populo* sconcertato dalla « sgradevolissima immagine » del diritto come « comando autoritario », coercizione, sanzione (« espediente estraneo » alla fisiologia dell'ordinamento) si riaffacciava nelle prime battute d'un testo destinato a larga circolazione, anche tra non giuristi ⁽³⁰⁾. Non è difficile indovinare da che parte lo studioso si schierasse nell'annosa diatriba

di Codici ». Ma al convegno fiorentino del 2000 GROSSI, *Codici* (2002), cit. (nt. 10), pp. 121-122 pensava, per il futuro, a codici-cornice; in quella sede peraltro (ivi, p. 118) egli registrava già l'obsolescenza del c.p.p. del 1989.

⁽²⁷⁾ GROSSI, *Il volto attuale* (2006), cit. (nt. 5), p. 1045 parlava d'un penale « plagiato » dalle « mitologie » e dalle « dommatiche vetero-illuministiche ».

⁽²⁸⁾ GROSSI, *Mitologie*, cit. (nt. 9), *Qualche nota introduttiva* (2001), p. 5 reputava intollerabile che, a partire dall'illuminismo, il diritto fosse « colto in vincolazione essenziale col potere politico quale comando di un superiore a un inferiore — dall'alto verso il basso —, visione imperativistica che lo identifica in una norma » autoritaria. In tutt'altro contesto, la medesima idiosincrasia per le norme potestative e autocratiche induceva probabilmente GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit. (nt. 13), p. 134 a bollare il fridericiano *Liber Constitutionum Regni Siciliae* come « corpo estraneo [alla] civiltà giuridica medievale ».

⁽²⁹⁾ GROSSI, *Oltre le mitologie* (2000), cit. (nt. 17), p. 51.

⁽³⁰⁾ GROSSI, *Prima lezione di diritto* (2003), cit. (nt. 12), pp. 6 e 29.

gius-filosofica, di recente ravvivàtasi in Italia, tra modello *fiduciario* e modello *coercitivo* del diritto ⁽³¹⁾.

La coattività della *lex Principis* post-settecentesca, anche di quella extra-penale, scompaginava, per Grossi, l'*ordine naturale* di ascendenza medievale, quell'*ordine ontico, oggettivo*, « scritto nelle cose da una suprema sapienza » e perciò decifrabile solo da un « ceto di sapienti » ⁽³²⁾. Persuaso, come Vittorio Emanuele Orlando, della crucialità del rapporto tra Stato e diritto ⁽³³⁾, lo storico fiorentino dipingeva la modernità come il passaggio dall'« indifferenza » del principe per « larghe zone del giuridico » a « una psicologia di occhiuta attenzione, un atteggiamento invadente, un coinvolgimento sempre maggiore nella produzione del diritto » ⁽³⁴⁾. Da qui gli appellativi accostati al legislatore: « ingombrante », « burattinaio », munito di « grinfie » ⁽³⁵⁾.

3. *L'espropriazione della interpretatio.*

L'ipertrofia *moderna* del monopolio legislativo ebbe come

⁽³¹⁾ Il dibattito tra modello *fiduciario* e *coercitivo* del diritto è stato, di recente, rilanciato da Tommaso GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2021 (su posizioni sintòniche con quelle di Grossi). Per una serrata critica alla tesi fiduciaria v. Anna PINTORE, *Coercizione e diritto*, Udine, Mimesis, 2023, pp. 105-123.

⁽³²⁾ GROSSI, *Giustizia come legge* (1998), cit. (nt. 9), p. 23. L'espressione *ordine naturale* era usata da Grossi in termini del tutto diversi da quelli dei fisiocratici, sui quali v. Giorgio REBUFFA, *Fisiocrazia, ordine naturale, diritti individuali*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », I (1971), pp. 211-249: 216. D'altronde Paolo GROSSI, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 1-3 considerava Jean Domat (autore de *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1689-94) responsabile d'aver promosso l'individualismo astrattizzante e meta-storico; e [GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit. (nt. 2), p. 6] d'aver « idealizzato » il principe, designandolo titolare del monopolio della legge.

⁽³³⁾ GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit. (nt. 2), p. 4.

⁽³⁴⁾ GROSSI, *Modernità politica* (1998), cit. (nt. 9), p. 457. Cfr. anche Id., *Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005; poi in Id., *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 163-201.

⁽³⁵⁾ Rispettiv. GROSSI, *Modernità politica* (1998), cit. (nt. 9), p. 460; Id., *Giustizia come legge* (1998), cit. (nt. 9), p. 23; Id., *Uno storico del diritto* (2008), cit. (nt. 4), p. 28. Cfr. anche Id., *Scienza giuridica e legislazione* (1996), cit. (nt. 9), p. 264. Un peculiare valore metodologico Grossi annetteva al suo sintetico saggio introduttivo *Ancora sull'assolutismo giuridico (ossia: della ricchezza e della libertà dello storico del diritto)* (1998), in Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit. (nt. 6), pp. 1-11.

contraccolpo l'immiserimento della funzione spettata per secoli all'interpretazione dottrinale e giudiziale. Per Grossi il legalismo codicistico *espropriò* la scienza giuridica e la ridusse a « un ruolo ancillare », mentre il giudice fu « rivestito dei panni strettissimi di voce della legge, servo della legge »⁽³⁶⁾. L'esegesi non fu soltanto una « dimessa » metodologia, ma « soprattutto [...] un atteggiamento psicologico di sostanziale passività » dell'interprete che rinunciava a partecipare alla « dinamica evolutiva dell'ordinamento giuridico »⁽³⁷⁾. Solo la ventata ermeneutica avviatasi negli anni Sessanta (principalmente grazie a Hans Georg Gadamer) avrebbe rilanciato l'idea che l'interpretazione costituisca attività non meramente cognitiva ma « attiva e con-creativa »⁽³⁸⁾. L'inversione di rotta però — come più tardi Grossi ebbe modo di puntualizzare — investiva specialmente la giurisdizione civile: il giudice penale meritava, invece, « una diversa considerazione » in virtù della riserva di legge e delle esigenze di « sicurezza pubblica »⁽³⁹⁾.

Era inevitabile che, nel riepilogare le tappe della 'moderna' de-costruzione dell'*interpretatio*, Grossi ponesse sul banco degli 'imputati' Cesare Beccaria. Oltre a una sgradevole supponenza elitaria⁽⁴⁰⁾, egli rimproverava al marchese (e al Muratori) l'*infamante* ritratto « a tinte fosche » d'« un giudice preda delle sue

⁽³⁶⁾ GROSSI, *Scienza giuridica e legislazione* (1996), cit. (nt. 9), p. 266.

⁽³⁷⁾ GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit. (nt. 2), pp. 6-7.

⁽³⁸⁾ GROSSI, *La cultura del civilista italiano* (2002), cit. (nt. 32), p. 149 e ivi, nt. 9. Per l'adesione alla tesi di Gadamer v. anche ID., *Prima lezione di diritto* (2003), cit. (nt. 12), pp. 107-109; ID., *Giudici e legislatori* (2016), in ID., *L'invenzione del diritto*, cit. (nt. 16), pp. 106-113: 113.

⁽³⁹⁾ GROSSI, *L'invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici* (2017), cit. (nt. 23), p. 124.

⁽⁴⁰⁾ GROSSI, *Il costituzionalismo moderno* (2006), cit. (nt. 24), p. 206 riscontrava nelle pagine iniziali del *Dei delitti* un « disprezzo verso il volgo » e l'« altezzosa [...] appartatezza » del sapiente. Il riferimento andava a Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di Gianni Francioni con *Le edizioni italiane del « Dei delitti e delle pene »* di Luigi Firpo, in *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria* diretta da Luigi Firpo, I, Milano, Mediobanca, 1984, *A chi legge*, pp. 17-21, spec. p. 21. Ma va ricordato che la paternità dell'introduzione *A chi legge* è oggi attribuita a Pietro Verri: v. Gianni FRANCIONI, *Notizia sul manoscritto della seconda redazione del « Dei delitti e delle pene » (con una appendice di inediti di Pietro Verri relativi all'opera di Beccaria)*, in « Studi settecenteschi », 7-8 (1985-86), pp. 229-296: 272-274 e 285-287.

passioni viscerali », a fronte d'un improbabile « Principe/legislatore [...] perennemente immerso nella sua illuministica imperturbabilità » (41). Gli pareva, inoltre, banalizzante il celebre sillogismo illustrato nel *Dei delitti*, una pagina indubbiamente memorabile « della letteratura giuridica italiana » ma da relegare nella « nicchia settecentesca » anziché brandirla per alimentare un'« acre ostilità verso l'interpretazione » (42).

È probabile che Grossi sopravvalutasse la persistenza della 'lezione' beccariana tra i giuristi contemporanei. Il ragionamento sillogistico è entrato in crisi almeno dal secondo dopoguerra (43). Anche studiosi di orientamento giuspositivista respingono l'« ideologia meccanicistica dell'applicazione della legge », che presuppone un giudice « macchina a gettoni » (44). Sul fronte penalistico si osserva che, mentre il sillogismo resta « indispensabile », vietare al giudice l'interpretazione — come sognava Beccaria — significherebbe impedirgli di rispettare il principio di tassatività, ossia violare la determinatezza della legge nel momento applicativo-giudiziale (45).

(41) GROSSI, *Il giudice civile* (2016), cit. (nt. 16), p. 77.

(42) GROSSI, *Codici* (2002), cit. (nt. 10), p. 112. GROSSI, *Il diritto in Italia, oggi* (2013), cit. (nt. 23), p. 24, nt. 38 ammetteva che il *Dei delitti* era stato « giustamente celebrato per le conquiste » penalistiche, ma non comprendeva perché nel corso del Novecento si fosse rimasti ancorati all'« inchiodante [...] meccanismo sillogistico ». Cfr. su questo rilievo le perplessità di Gianluca GENTILE, *Alice, Humpty Dumpty e la penalistica italiana: ovvero, una breve storia dell'interpretazione letterale dall'illuminismo all'ermeneutica giuridica*, in « Diacronia », 2022, 1, *La koinè ermeneutico-giuridica*, pp. 179-222: 186.

(43) Cfr. ad es., senza alcuna pretesa di esaustività, Jerzy WRÓBLEWSKY, *Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale. Con osservazioni in margine di Paolo Comanducci*, in *L'analisi del ragionamento giuridico*, a cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini, II, Torino, Giappichelli, s.d. [ma 1989], pp. 277-308: 279; Damiano CANALE, *Il ragionamento giuridico*, in *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, a cura di Giorgio Pino, Aldo Schiavello, Vittorio Villa, Torino, Giappichelli, 2013, p. 324 (per il quale Kelsen dimostrò la persistenza, nel ragionamento sillogistico, d'un intervento costitutivo e discrezionale del giudice); Federico PUPPO, *Diritto e retorica*, Torino, Giappichelli, 2023, p. 21.

(44) Luigi FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Prefazione di Norberto Bobbio, Roma-Bari, Laterza, 2008⁹, p. 157.

(45) Massimo DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in « Diritto penale contemporaneo », 2016, 3, pp. 13-38: 34.

4. *Il dogma del legalismo nella storia penalistica italiana.*

Ma Grossi restava convinto che il *Dei delitti* e il *milieu* dell'illuminismo penale avessero lasciato, tutto compreso, scorie tossiche:

Dominato da una fiducia totale nel legislatore, il penalista moderno, candido erede di Beccaria, ha sempre ritenuto la 'riserva di legge' come l'inabdicabile strumento garantistico e come l'altrettanto inabdicabile tratto distintivo [del penale 'evoluto'.] La fiducia nel legislatore e nella legge si è però trasformata in una credenza indiscutibile, in una dogmatica, in una mitologia.

Egli, peraltro, si rendeva conto che la sua « sacrosanta diffidenza verso l'assillo legalistico moderno », pienamente giustificata nella sfera privatistica, andava « sensatamente rettificata nello specifico terreno del diritto penale », tradizionalmente legato all'« ordine pubblico di uno Stato »⁽⁴⁶⁾.

Il mutevole atteggiamento verso il 'legalismo' costituiva il *fil rouge* delle nitide pennellate dedicate in *Scienza giuridica italiana* (2000) alla penalistica italiana tra Otto e Novecento. Il percorso non poteva che muovere da Francesco Carrara. In un breve schizzo del 1995 Grossi ne aveva esaltato la fiera opzione per una scienza giuridica universale, pre-statale, pre-legale, come si conviene a una tutela della libertà e della giustizia che si libra al di sopra degli

⁽⁴⁶⁾ Paolo GROSSI, *Tra fatto e diritto*, in « Quaderni fiorentini », 38 (2009), pp. 1899-1912: 1901-1902. In senso critico, Luigi FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in « Questione Giustizia », *Il giudice e la legge*, 2016, 4, pp. 13-32: 20 osserva che « archiviare il principio di legalità » comporterebbe la rinuncia al « fondamento del paradigma garantista ». Implicitamente d'accordo con Grossi, invece, Giovanni CARUSO, *A proposito di post-modernità e legalità penale*, in *Scritti per Paolo Grossi offerti dall'Università di Padova*, a cura di Mario Bertolissi, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 71-87: 80-82 rileva come soprattutto in Paul Johann Anselm Feuerbach la legalità tardo-illuministica potesse costituire un'« espressione arcigna » del potere, più che una garanzia. Sull'ambiguità semantica del lemma *dogmatica* v. Sergio MOCCIA, *La dommatica nella crisi della legalità costituzionale*, in *Legalità e diritto penale dell'economia. Studi in onore di Alessio Lanzì*, Roma, Dike Giuridica, 2020, pp. 224-236: 226-227.

specifici ordinamenti positivi ⁽⁴⁷⁾. La monografia del 2000, invece, presentava la teoria carrariana del reato, garantista ma astratta, come prototipo dello sterile formalismo dell'intera dottrina liberale ⁽⁴⁸⁾.

Di contro, lo stesso volume trattava con inattesa simpatia Enrico Ferri (maestro, *per incidens*, di Frosali ⁽⁴⁹⁾). Del discepolo di Lombroso, co-fondatore della Scuola positiva, intrigavano l'Autore l'approccio naturalistico e socio-antropologico al delinquente, più che al reato; e la restituzione al giudice d'una robusta discrezionalità, che avrebbe potuto mandare « in soffitta » garantismo e legalismo ⁽⁵⁰⁾. Per Grossi la prolusione bolognese di Ferri (6 dicembre 1880), accanto a quella romana di Enrico Cimbali (di poco successiva), era stata una delle « ventate squassanti » che all'inizio degli anni Ottanta del secolo XIX avevano modificato il panorama della cultura giuridica italiana. La cifra comune consisteva nello sguardo alla « natura delle cose », alle nuove scienze promosse dal positivismo filosofico, e non più alle astruse « metafisicherie » ⁽⁵¹⁾, D'altronde anche Vittorio Scialoja aveva riconosciuto che la criminologia ferriana mirava da un lato a « svincolare il diritto penale dalla

⁽⁴⁷⁾ Paolo GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto penale (a proposito di recenti appuntamenti 'carrariani' e della ristampa della 'Parte generale' del 'Programma del corso di diritto criminale' di Francesco Carrara)*, in « Quaderni fiorentini », 24 (1995), pp. 469-475: 472-475.

⁽⁴⁸⁾ GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit. (nt. 2), p. 16. Di diverso avviso Mario SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia. Annali 14 — Legge Diritto Giustizia*, a cura di Luciano Violante in collaborazione con Livia Minervini, Torino, Einaudi, 1998, pp. 485-551, ora in Id., *Storia del diritto penale*, cit. (nt. 1), pp. 591-671: 602, per il quale la *penalistica civile* seppe mantenersi coerente con la centralità della questione penale e con la 'missione' politica della disciplina.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. Raoul Alberto FROSALI, *Enrico Ferri al lavoro*, in « La Scuola positiva », 1929, p. 21 e ss.; poi in *Enrico Ferri maestro della scienza criminologica*, Milano, Fratelli Bocca, 1941, pp. 153-160.

⁽⁵⁰⁾ GROSSI, *Scienza giuridica italiana* (2000), cit. (nt. 2), p. 16. Poco dopo, GROSSI, *La cultura del civilista italiano* (2002), cit. (nt. 32), pp. 37-38, nt. 7 ribadiva che la Scuola positiva « attenuava parecchio il vecchio garantismo legalistico e valorizzava l'interprete (sapiente o giudice) quale personaggio affidante calato nella società ».

⁽⁵¹⁾ GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit. (nt. 2), pp. 13-14. Ivi, p. 49 l'A. definisce l'insegnamento di Ferri a Bologna « dissacrante » e « innovativo ».

metafisica » e dall'altro ad « aggredire le cause efficienti della criminalità » (52).

In altra sede Grossi avrebbe osservato come Giacomo Venezian, proprio grazie alla « giovanile familiarità » bolognese con Ferri, ne recepisse « il messaggio antiformalistico, antilegalistico e anti-individualistico » e l'attenzione alla « difesa sociale » rifiuta dal giurista triestino nella teoria oggettivistica della responsabilità civile (53). Venezian però era immune da quell'« antilegalismo icastico e sguaiato » e da quell'ermeneutica « eversiv[a] » che invece, secondo lo storico fiorentino, 'macchiarono' la parabola ferriana (54). Va comunque notato che Grossi seppe scovare nella criminologia lombrosiana, dietro una cortina di grossolane ingenuità, una promettente vena realistica e sociologica, rimasta però minoritaria nella cultura penalistica del Paese.

Sul versante opposto allo scientismo vitalistico e (soprattutto all'inizio) sgangherato dei positivisti Grossi collocava l'indirizzo tecnico-giuridico, da lui personalmente 'saggiato', come s'è detto [*supra*, § 1], da studente della Facoltà giuridica fiorentina, allorché aveva ascoltato le lezioni dell'*ex* positivista Frosali (55).

La prelezione sassarese di Arturo Rocco (1910) avrebbe dovuto, in teoria, apparirgli un distillato delle 'perversioni' della scienza giuridica moderna: il legalismo esegetico, il dogmatismo normativistico. E invece Grossi ne recepiva la lettura storicizzante di Sbriccoli (56), salvo però condividere la malevola illazione di Giu-

(52) Vittorio SCIALOJA, *La sociologia criminale*, in « Corriere della Sera », 18 marzo 1930; poi in *Enrico Ferri maestro*, cit. (nt. 49), pp. 33-38: 33.

(53) GROSSI, *La cultura del civilista italiano* (2002), cit. (nt. 32), pp. 37-38.

(54) Cfr., rispettiv., ivi, p. 37 (Venezian); GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit. (nt. 2), p. 16 (Ferri).

(55) GROSSI, *Il volto attuale* (2006), cit. (nt. 5), pp. 1043-1044.

(56) GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit. (nt. 2), p. 84. L'A. accoglieva le osservazioni di Mario SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di Aldo Schiavone, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 147-232, ora in Id., *Storia del diritto penale*, cit. (nt. 1), I, pp. 493-590: 574-580 (la prelezione di Rocco aveva invocato la distinzione, non la separazione del penale dagli altri saperi); Id., *Caratteri originari* (1998), cit. (nt. 48), p. 641 (a Sassari Rocco, sulle orme di V.E. Orlando, aveva auspicato il radicamento dei diritti e delle libertà nella legge dello Stato, intesa ancora, però, nel senso liberale di patrimonio 'razionale' e costituzionale).

seppe Maggiore, e cioè che Rocco avesse presto smesso di pubblicare perché conscio d'essersi infilato in un concettualismo asfittico ⁽⁵⁷⁾.

Rispetto al prosieguo del tecnicismo penale, Grossi trovava, prevedibilmente, respingenti la compiaciuta indifferenza dello stesso Rocco al mondo dei valori ⁽⁵⁸⁾; la pretesa del giovane Vincenzo Manzini (1900-1908) di contrastare le sbandate della Scuola positiva ri-ancorando la scienza penalistica al diritto statuale ⁽⁵⁹⁾; la ri-proposizione da parte di Alfredo Rocco (non penalista ma artefice-chiave, da guardasigilli, del codice del 1930) del sillogismo *devitalizzante* di Beccaria, « come se il tempo fosse trascorso invano » ⁽⁶⁰⁾.

Grossi non si accodava agli *smodati* e *antistorici* insulti (« allucinazione [...] isolazionistica »; « logichetta » dilettesca) rivolti dagli idealisti Giuseppe Maggiore e Ugo Spirito all'indirizzo tecnico-giuridico. Semmai era ammaliato dalla metafora escogitata da Massimo Severo Giannini, che sui « Quaderni » del 1973 aveva

⁽⁵⁷⁾ Giuseppe MAGGIORE, *Arturo Rocco e il metodo « tecnico-giuridico »*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco. Volume I*, Milano, Giuffrè, 1952, pp. 1-18: 4 attribuiva la rarefazione degli scritti di Arturo Rocco alla consapevolezza che il metodo tecnico-giuridico avesse prodotto « estremo formalismo » e fosse stato « costretto [...] a straniarsi dalla zampillante e ascendente varietà della vita » per rineserrarsi in un ambiente asfittico dove « ogni fermento di vitalità agonizza ». Il lessico del Maggiore presenta significative assonanze con quello di GROSSI, il quale infatti [*Scienza giuridica italiana*, cit. (nt. 2), p. 88] lo condivideva. Va comunque precisato che lo stesso Grossi (ivi, p. 258, nt. 155) segnalava anche la « involuzione pesante » del penalista palermitano, culminata nel famigerato saggio *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in « Rivista italiana di diritto penale », XI (1939), pp. 140-161.

⁽⁵⁸⁾ GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit. (nt. 2), p. 257, con riferimento ad Arturo ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino, Fratelli Bocca, 1913.

⁽⁵⁹⁾ GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit. (nt. 2), pp. 84-87, con riferimento alla prolusione ferrarese di Vincenzo MANZINI, *La crisi presente del diritto penale. Discorso inaugurale per l'apertura dell'a.a. 1899-1900*, Ferrara, Taddei, 1900; poi in Id., *Scelta di scritti minori*, Torino, Utet, 1959, pp. 291-314; e a Id., *Trattato di diritto penale italiano*, I, Torino, Fratelli Bocca, 1908.

⁽⁶⁰⁾ GROSSI, *Tra fatto e diritto* (2009), cit. (nt. 46), pp. 1906-1907. Seguendo una pista suggerita dal vol. recensito [Massimo VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 55] Grossi si riferiva ad Alfredo ROCCO, *La sentenza civile*, Torino, Fratelli Bocca, 1906, pp. 126-127.

paragonato il penale degli anni ante-guerra a « una specie di Cina imperiale, chiusa nelle sue muraglie » (61).

A suo avviso, la diagnosi gianniniana andava ri-calibrata. Essa calzava appieno se riferita al tecnicismo trionfante, alla spasmodica ricerca di purezza dogmatica (in perfetta coerenza, d'altronde, con le ansie della coeva civilistica post-pandettistica) (62). Campioni di questo atteggiamento gli sembravano i direttori della « Rivista italiana di diritto penale » (Aloisi e, soprattutto, Antolisei e Delitala) i quali, nel presentare l'annata 1934, si vantavano del nucleo a-filosofico e iper-dogmatico del loro metodo (63): bene aveva fatto Giuliano Vassalli, anni dopo, a prendere garbatamente le distanze da simili eccessi (64). D'altro canto, però, sempre secondo Grossi, Giannini non aveva tenuto conto dei fermenti critici che pure non erano mancati nella stagione dominata dal formalismo (1930-1945): ne erano stati avvisaglie il realismo dello stesso Antolisei (del quale lo stesso volume del 2000 abbozzava una benevola biografia intellettuale) e il teleologismo di Bettiol (65).

Scienza giuridica italiana riconosceva ai fratelli Rocco e al Manzini il talento da codificatori, e al tecnicismo il merito d'aver assicurato la tenuta del sistema penale in una fase turbolenta. Ma non sorvolava sulle troppe « sordità e troppo spesso senz'ala » d'un indirizzo che, per di più, aveva tentato di usare il dogmatismo quale

(61) GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit. (nt. 2), pp. 88 (Maggiore e Giannini); ivi, pp. 257-258 (Spirito). I riferimenti riguardavano, rispettivamente, MAGGIORE, *Arturo Rocco* (1952), cit. (nt. 57), p. 16 (« allucinazione »); Ugo SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano. Da Cesare Beccaria ai nostri giorni*, Firenze, Sansoni, 1974³, pp. 200-201; Massimo Severo GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo. Postilla 1973*, in « Quaderni fiorentini », 2 (1973), pp. 263-274: 272 (il quale aveva ricordato come, all'epoca della sua formazione, gli amministrativisti vedessero nel penale un pericoloso esempio di chiusura auto-referenziale).

(62) GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit. (nt. 2), p. 258.

(63) LA DIREZIONE [U. Aloisi, F. Antolisei, G. Delitala], *Ai lettori* [Milano, gennaio 1934], in « Rivista italiana di diritto penale », VI (1934), pp. 3-4: 4.

(64) GROSSI, *Giuliano Vassalli* (2017), cit. (nt. 3), p. 16, con riferimento a Giuliano VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, III, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 1641-1685; poi in ID., *Scritti giuridici, Volume I, Tomo II*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 893-933, spec. p. 897.

(65) GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit. (nt. 2), p. 258 (rilievo mosso a Giannini); ivi, pp. 261-265 (Antolisei); ivi, p. 265 (Bettiol).

‘scudo’ contro le imbarazzanti contaminazioni con la politica del regime ⁽⁶⁶⁾.

5. *La virata post-moderna: un'altra legalità.*

Sin qui si è provato a disporre in arbitraria sequenza i tasselli di storia del penale — non così sporadici né anodini, come può notarsi — estraibili dall'*opus* grossiano. Ma l'analisi sarebbe monca se trascurasse la partecipazione dello studioso al dibattito attuale e il contributo prospettico che egli riteneva dovere storiografico ineludibile ⁽⁶⁷⁾.

Nell'ultimo ventennio di fervida attività Grossi registrò con soddisfazione che alcuni comparti dell'ordinamento tradizionalmente ‘statualistici’ e legalistici, come il penale, stavano virando verso il pluralismo delle fonti ⁽⁶⁸⁾, la formulazione per principi, l'attenzione alla fattualità, l'*inventio* dell'interprete giudiziale. La post-modernità irrompeva, dunque, anche nel penale sostanziale e processuale ⁽⁶⁹⁾: e la dottrina si sentiva sollecitata a rintuzzare il neo-autoritarismo *muscolare* dello Stato legislatore ⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁶⁾ GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit. (nt. 2), p. 88 (tenuta del sistema; sordità metodologica); ivi, p. 217 (talento dei codificatori); ivi, pp. 260-261 (« legalismo ottuso », che diviene « paraocchi rischiosissimo », di Biagio Petrocelli).

⁽⁶⁷⁾ Cfr. Giuseppe DUSO, *Fare storia e pensare il presente: in dialogo con Paolo Grossi*, in *Scritti per Paolo Grossi offerti dall'Università di Padova*, cit. (nt. 46), pp. 199-226: 204.

⁽⁶⁸⁾ Da qui nasceva probabilmente la sintonia con Mireille DELMAS-MARTY, autrice non solo de *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme* (I ed. Paris 1986), Paris, Puf, 2004²; ma soprattutto de *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, Paris, Éditions du Seuil, 2006, il cui sotto-titolo era perfettamente in linea con le tesi di Grossi. Questi tuttavia, nella recensione a Donini [*Il volto attuale* (2006), cit. (nt. 5), p. 1056], della studiosa francese citava la collettanea (di cui era co-curatrice) *Les sources du droit international pénal*, Paris, Société de Législation Comparée, 2004.

⁽⁶⁹⁾ Roberto E. KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », LVIII (2015), 3, pp. 1177-1204; in *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*. Atti del Convegno dell'Associazione fra gli Studiosi del processo penale « G.D. Pisapia », Milano, Giuffrè, 2015, p. 35 e ss.; ora in ID., *Processo penale e paradigmi europei*, seconda edizione accresciuta, Torino, Giappichelli, 2022, pp. 163-200: 182-185; ID., *Per un diritto che si sviluppa dalla società. L'avventura scientifica di Paolo Grossi*, in « Ars Interpre-

Il professore fiorentino individuò una pattuglia di penalisti « disponibil[i] alla revisione » dei paradigmi illuministici ⁽⁷¹⁾. Francesco Palazzo, collega di Facoltà, gli prospettava la possibilità di aprire « brecce » in quella « muraglia cinese » di cui s'era lamentato Giannini. Giovanni Fiandaca constatava *apertis verbis* il ridimensionamento del primato, non più indiscusso, del legislativo ⁽⁷²⁾. Su un sentiero, in qualche modo, propedeutico si era già mosso Giuliano Vassalli, che aveva saputo storicizzare il dogmatismo dei Rocco e Delitala per distaccarsene e abbracciare una visione piena e umanizzante dei princìpi costituzionali ⁽⁷³⁾.

Della monografia di Donini recensita nel 2006 Grossi coglieva l'insofferenza per la mitizzata purezza della legalità; la coraggiosa apertura a un'interpretazione quasi equitativa, correttiva delle diseguaglianze fattuali; la fiducia 'bricoliana' nella funzione propulsiva della Costituzione all'interno del recinto penalistico; il rilancio d'una scienza *critica*, costruttiva, potenziale pilastro d'una nuova e democratica legalità e portatrice d'un respiro sovranazionale ⁽⁷⁴⁾.

tandi », 2021, 1, pp. 181-193: 191. Per una puntuale disamina dei profili dell'attuale processo penale (in partic., l'intersezione con le fonti comunitarie e convenzionali) che reclamerebbero un cambio di paradigma in termini non difforni da quelli indicati da Grossi cfr. ID., *Il processo penale tra i paradigmi della modernità e le nuove antropologie pos-moderne del diritto europeo* (2019), in *Scritti per Paolo Grossi offerti dall'Università di Padova*, cit. (nt. 46), pp. 257-275: 260-273. I caratteri essenziali della *pos-modernità* sono sintetizzati da Paolo GROSSI, *Percorsi nel giuridico pos-moderno*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, poi in ID., *L'invenzione del diritto*, cit. (nt. 16), pp. 90-105: 93-94.

⁽⁷⁰⁾ Enrico MEZZETTI, *Gli eccessi del legislatore e l'irrelevanza autoreferenziale della dottrina penalistica* (2020), in *Legalità e diritto penale dell'economia*, cit. (nt. 46), pp. 208-223: 214.

⁽⁷¹⁾ GROSSI, *Tra fatto e diritto* (2009), cit. (nt. 46), p. 1902. L'A. dichiarava (ivi, nt. 3) di consentire con le opinioni di Fiandaca, Palazzo, De Francesco, Bernardi, Donini e con Mireille Delmas-Marty.

⁽⁷²⁾ GROSSI, *Il volto attuale* (2006), cit. (nt. 5), p. 1044. In particolare, Giovanni FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, Cedam, 2002, p. xi aveva di recente auspicato l'abbandono dell'« ascendenza ideologica vetero-illuministica ». Grossi, *Il volto attuale* (2006), cit. (nt. 5), p. 1052 segnalava l'uso, da parte di Massimo DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 317, dello stesso aggettivo *vetero-illuministico* (riferito alla mentalità della magistratura di fronte alla separazione dei poteri).

⁽⁷³⁾ GROSSI, *Giuliano Vassalli* (2017), cit. (nt. 3), pp. 17-18, 22-23 e 25.

⁽⁷⁴⁾ GROSSI, *Il volto attuale* (2006), cit. (nt. 5), pp. 1048, 1050-1053.

Nell'agenda grossiana la *revisione* più urgente avrebbe dovuto riguardare il paradigma della *legalità*. La discussione, nella comunità dei giuristi italiani, era avviata ⁽⁷⁵⁾. Dall'ostica trincea penalistica pervenivano riscontri incoraggianti. In un articolo per i « Quaderni fiorentini » del 2007 Palazzo osservava che la legalità « più irrigidita e assolutizzata », ossia quella penale, aveva « subito nello scorcio dell'ultimo secolo lo scotimento concettuale di un vero e proprio terremoto teorico e pratico »: l'Autore invitava i colleghi a « rendersi conto che le formulazioni illuministiche » non reggevano « più il confronto con la prepotente realtà dei fatti » ⁽⁷⁶⁾.

6. *Un nuovo medioevo giurisprudenziale.*

Il manuale di Palazzo spiegava che l'obiettivo indebolimento della riserva di legge, causato dalla crisi della rappresentanza politica e delle procedure legislative, rendeva non più inverosimile che il giudice attingesse, entro i limiti della norma di legge, alle *fonti sostanziali*, ossia all'insieme di valori culturali e sociali di un dato contesto storico ⁽⁷⁷⁾. Alla flessione della rigida legalità illuministica corrispondeva la pressoché unanime constatazione della « tumultuosa crescita di importanza del formante giurisprudenziale » ⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷⁵⁾ Massimo VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto. Annali VI*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 371-435 promuoveva un concetto di legalità ampio e liberato dei 'miti' della modernità. Ivi, spec. pp. 373-374 e 429-430 interessanti considerazioni sulla trasformazione in atto della legalità *penale*.

⁽⁷⁶⁾ Francesco PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in « Quaderni fiorentini », 36 (2007), *Principio di legalità e diritto penale* (per Mario Sbriccoli), pp. 1279-1329: 1279-1280. L'articolo fu elogiato da Paolo GROSSI, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in « Giustizia civile », 2014, 4, pp. 921-955: 946, ora in Id., *Ritorno al diritto*, cit. (nt. 16), pp. 51-95: 83-84.

⁽⁷⁷⁾ Francesco PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2016⁶, pp. 119 (crisi della riserva di legge), 97 e 104 (fonti sostanziali). L'Autore tuttavia precisa (ivi, p. 135) che per effetto del principio di determinatezza il legislatore individua puntualmente i comportamenti criminosi, mentre il giudice compie un « accertamento valutativo e teleologico della corrispondenza » tra sentenza e *ratio* della norma.

⁽⁷⁸⁾ Massimo DONINI, Gaetano INSOLERA, *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale — considerazioni introduttive*, in *Nuovo revisionismo penale. Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di Gaetano

Per descriverla, Fiandaca si avvaleva d'un fraseggio 'grossiano': l'impossibilità di ridurre il giudice a *bouche de la loi*, « a una sorta di servo ossequiente o sciocco » della volontà politico-legislativa; la dilatazione della creatività giudiziale; il ripensamento dei cardini illuministico-liberali della legalità, tassatività etc. (79).

Una forte spinta alla giurisprudenzializzazione del penale proveniva dal processo di europeizzazione. In una monografia d'inizio millennio (anticipata, non a caso, da un saggio sui « Quaderni fiorentini » del 2002) Alessandro Bernardi ne riepilogava i principali effetti: tra questi, il recupero del razionalismo anti-statalista e la « progressiva erosione del tradizionale modello 'piramidale' del diritto penale », ossia il passaggio da una rigida gerarchia deduttivistica e legalistica alla « logica della 'rete' ». A questa transizione Bernardi ricollegava l'« emergere di prassi giurisprudenziali fortemente 'evolutive' » se non addirittura « creativ[e] », in grado di garantire al sistema penale una « flessibilità » impedita dalla legalità formale. Anche il lessico dell'Autore rivelava consonanze con le posizioni grossiane, nonostante le non marginali divergenze (80). Tra i penalisti ricostruzioni analoghe sono ormai frequenti e talora

Insolera, Bologna, Monduzzi, 2005, pp. 11-25: 17. Dal suo canto, Francesco PALAZZO, *La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza (Diritto Penale)*, in « Rivista italiana per le scienze giuridiche », n.s., 2013, 4, pp. 143-173 forniva della giurisprudenzialità una valutazione serena o comunque non ostile. Anche questa apertura era registrata con soddisfazione da GROSSI, *Sulla odierna "incertezza" del diritto* (2014), cit. (nt. 76), p. 84.

(79) Giovanni FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, pp. 14-15, 18 (sull'ultimo punto l'A. concordava con Giuseppe Zaccaria). Cfr. anche ID., *Prima lezione di diritto penale*, Bari-Roma, Gius. Laterza & Figli, 2017, pp. 115 e 129; e già ID., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in « Cassazione Penale », 2005, pp. 1722-1738, poi in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero, Milano, Giuffrè, 2006, I, pp. 239-265.

(80) Alessandro BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 54-55; ivi, p. 85 e in partic. ivi, nt. 304. Nient'affatto sintòniche, di contro, con le tesi di Grossi erano altre conseguenze — individuate dallo stesso Bernardi — dell'europeizzazione del penale: la rinascita del giusnaturalismo, l'ipotesi di codificazioni sovranazionali (ivi, pp. 55-62), il richiamo al cosmopolitismo illuministico (ivi, p. 70).

suffragate da citazioni di Grossi ⁽⁸¹⁾, quasi ad attestarne l'impegno a favore di ordinamenti non zavorrati dal territorio statale e governati da una *scientia iuris* transnazionale.

All'alba del nuovo millennio, proprio in vista dell'unificazione europea Grossi faceva balenare, come archetipo per la *post-modernità*, l'esperienza giuridica medievale: la riscoperta d'una giuridicità ontica, pre-statale, non legislativa, fattuale, pluralista avrebbe, a suo parere, consentito di sbarazzarsi « della vieta favoletta della gerarchia delle fonti e del culto acritico della legge » ⁽⁸²⁾.

Nel contempo, autorevoli penalisti segnalavano la grande novità della pluralità degli ordinamenti e della loro disposizione non più gerarchica bensì 'a rete', per certi aspetti somigliante a « un nuovo Medioevo penale » ⁽⁸³⁾: locuzioni echeggianti la *ragnatela* o *rete* medievale che a Grossi, da una prospettiva orlandiana e anti-kelseniana, piaceva evocare ⁽⁸⁴⁾. Per di più, proprio i vigentisti più

⁽⁸¹⁾ Cfr. ad es. Federico CONSULICH, *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in « Diritto penale contemporaneo », 2020, 1, pp. 45-87: 48 e ivi, nt. 8 (nei passaggi-chiave il saggio si avvale dei recenti contributi di Grossi). Cfr. anche PALAZZO, *Corso* (2016), cit. (nt. 77), p. 102.

⁽⁸²⁾ Paolo GROSSI, *Unità giuridica europea: un medioevo prossimo venturo?*, in « Quaderni fiorentini », 31 (2002), *L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive*, pp. 39-57: spec. 49 e 54. In senso critico, per il timore del tracollo delle garanzie e dei principi penalistici portanti, Alberto DE VITA, *Criminologia e sistema penale: la riscoperta della "funzione pratica" della scienza penale*, in *Diritto Penale e Criminologia. Alle origini della "questione criminale"*, a cura di Vincenzo Patalano, Napoli, I Farella, 2006, pp. 275-317: 278.

⁽⁸³⁾ Massimo DONINI, *Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in « Cassazione penale », XLIII (2003), 6, pp. 1808-1822: 1814 (nascita d'una « rete normativa [...] complessa, legislativa e giudiziaria, nazionale, comunitaria e internazionale »); ivi, p. 1816 (il « movimento centrifugo » tra ordinamenti « ricorda alcuni aspetti del Medioevo del diritto »); ivi, nt. 26 l'A. citava, tra gli altri, Grossi [*L'ordine giuridico medievale*], Cavanna, Calasso). Per alcune precisazioni sulle analogie del presente (non rinnegate, ma neppure enfatizzate) con il Medioevo del diritto v. DONINI, *Il volto attuale* (2004), cit. (nt. 72), pp. 154-155. Cfr. anche DONINI, INSOLERA, *Riserva di legge* (2005), cit. (nt. 78), p. 16. FIANDACA, *Prima lezione* (2017), cit. (nt. 79), p. 126 esclude invece che lo scenario neo-giurisprudenziale possa sfociare in un « ritorno sconcertante al diritto penale dei secoli bui ».

⁽⁸⁴⁾ Paolo GROSSI, *Dalla società di società alla insularità dello Stato: fra medioevo ed età moderna*, Napoli, Istituto Universitario Suor Orsola Benincasa, 2003, poi in ID.,

affascinati dalla nuova (o antica) conformazione ‘reticolare’ del sistema penale ne facevano conseguire la restituzione alla scienza penalistica d’un ruolo trainante ⁽⁸⁵⁾. Nell’arena penalistica del presente, però, il compito che si prospetta per lo scienziato sembra consistere non tanto nella cooperazione, auspicata da Grossi, tra giudici e studiosi ai fini dell’*inventio* di comuni principi, bensì nel vigilare sul rispetto della legalità, se del caso anche in dialettica « con i giudici « esorbitanti » » e con il legislatore ⁽⁸⁶⁾.

7. *La provocazione della libertà.*

Grossi non fu, né volle essere, uno storico del *penale*. E tuttavia l’originalità, la fantasia, la coerenza ora suadente ora urticante della sua proposta obbligano anche il penalista a misurarvisi e a schierarsi: d’altronde la disamina storica è sempre, e anzitutto, esercizio critico ⁽⁸⁷⁾.

Il magistero grossiano assestava colpi non innocui nella *carne viva* (come egli amava dire) della scienza penalistica. Due, in particolare, gli aspetti spiazzanti: il richiamo, nient’affatto velato, a una sorta di continuità tra l’esperienza giuridica medievale e gli scenari

Società, diritto, Stato, cit. (nt. 34), pp. 75-95; e in Paolo Grossi: *alla ricerca* (2011), cit. (nt. 16), pp. 88-107: 92 (da cui si cita).

⁽⁸⁵⁾ DONINI, *Un nuovo medioevo penale?* (2003), cit. (nt. 83), pp. 1821-1822 preconizzava per il giurista operante in un sistema penale complesso non solo un ampliamento del raggio d’azione (come consulente legislativo o in sede applicativa), ma soprattutto l’acquisizione d’un maggior « sapere empirico », come d’altronde esigeva un aspetto negletto dell’illuminismo, ossia l’utilitarismo. DONINI, INSOLERA, *Riserva di legge* (2005), cit. (nt. 78), p. 22, nel proporre la restituzione alla scienza penalistica d’un ruolo propositivo, con una chiosa ‘grossiana’ raccomandavano realismo: « I principi impossibili vanno debitamente liberati della mitologia settecentesca che ancora li ricopre ». Più di recente, Carlo Enrico PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », LVII (2014), 3, pp. 1099-1132:1116 ha evidenziato come un sistema penale a rete non possa che irrobustire il formante giurisprudenziale.

⁽⁸⁶⁾ PALAZZO, *La scienza giuridica* (2013), cit. (nt. 78), p. 150, ove si cita Paolo GROSSI, *Il messaggio giuridico dell’Europa e la sua vitalità ieri, oggi, domani*, in « Contratto e impresa / Europa », XVIII (2013), 2, pp. 681-695: 693.

⁽⁸⁷⁾ Del tutto condivisibili le considerazioni di VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto* (2007), cit. (nt. 60), p. 9, nt. 22.

post-moderni, nesso che declassa il *moderno* a sgradevole cesura, se non addirittura ad abbaglio di cui sarebbe tempo di sbarazzarsi; la funzione incongruamente debordante acquisita dal penale nel sentire comune, la quale offusca la percezione di ciò che il diritto essenzialmente è, vale a dire ordine spontaneo, creativo, radicato nella fisiologia della coesistenza civile.

L'affresco complessivo, sfrontatamente contro-intuitivo, esercita un innegabile magnetismo. Non si renderebbe tuttavia onore al Maestro se si occultasse qualche dissenso, che d'altronde chi scrive ebbe la ventura di manifestargli in amichevoli e memorabili incontri privati e anche in un'occasione pubblica ⁽⁸⁸⁾.

Dalla peculiare angolazione della storia del penale, appare ingeneroso liquidare il formidabile contributo dell'illuminismo sia semplificandone le plurime (e talora contraddittorie) declinazioni, sia mortificandolo a enunciazione di principi meramente astratti, livellatori, funzionali al potere costituito. La pressante richiesta di legalità, eguaglianza, umanità, specialmente *in poenalibus*, mirava ad arginare i più efferati arbitrî dell'autorità, quelli che — come la tortura e la pena di morte — si scaricavano sul corpo fisico non tanto della società, quanto delle *persone*. Le istanze 'giacobine' erano, sì, formulate in termini prettamente formali: ma quando furono accolte, spesso a prezzo del sangue, spalancarono la strada a successive conquiste 'sostanziali' ⁽⁸⁹⁾ e a quel costituzionalismo post-moderno, innervato di valori sociali, che Grossi vede in

⁽⁸⁸⁾ Si allude al seminario sul libro di GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit. (nt. 11), organizzato il 4 febbraio 2008 presso l'Università degli Studi di Lecce nell'ambito del Master Internazionale di II Livello in *Governance pubblica e internazionale*.

⁽⁸⁹⁾ Per alcuni spunti in tal senso v. Raffaele AJELLO, *La rivolta contro il formalismo*, in ID., *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli, Jovene, 1976, pp. 273-358: 291. Mario SBIRICOLI, « *Lex delictum facit* ». Tiberio Deciani e la criminalistica italiana nella fase cinquecentesca del penale egemonico, in Tiberio Deciani (1509-1582). *Alle origini del pensiero giuridico moderno*. Atti del Convegno (Udine, 12-13 aprile 2002), Udine, Forum, 2004, pp. 91-119, ora in ID., *Storia del diritto penale*, cit. (nt. 1), I, pp. 225-260: 231 riconosce alla legge, negli Stati liberal-costituzionali, l'irrinunciabile funzione di « promessa di certezza e di garanzia », di « limite all'incriminazione », di civilizzazione della pena e di fissazione della procedura. D'altro canto, però, l'A. sottolineava anche il debito di contenuti contratto dal penale ottocentesco con le pratiche criminali d'età moderna. Avanza qualche sommesso dubbio sulla visione grossiana dell'illuminismo ALPA, Paolo Grossi, cit. (nt. 16), pp. xxii-xxiv.

discontinuità rispetto a quello moderno ⁽⁹⁰⁾. Ci si chiede, allora, perché un intellettuale così reattivo dinanzi al torpore delle abitudini mentali non concedesse un qualche tributo al coraggio dei riformatori settecenteschi.

La presumibile risposta è che Grossi praticava con gusto l'arte della *provocazione*. Nel 1996, proprio su un tema che qui rileva, egli ammetteva d'aver usato l'espressione *diritto senza Stato* con « valore scopertamente provocatorio » e non ripetibile « per l'oggi »: a lui premeva solo allentare il legame diritto/politica ed evitare che il primo, separandosi dai valori sociali, si riducesse a « cortecchia rinsecchita » ⁽⁹¹⁾. Analogamente, a proposito dell'invito a liberarsi della « decrepit[a] gerarchia delle fonti », lo studioso preveniva l'obiezione: « Si dirà che questa è provocazione. Può darsi », ma essa è solo l'esito « naturale », e « salutare », del lavoro storiografico ⁽⁹²⁾. D'altronde, in un saggio del 1998 a lui particolarmente caro, egli celebrava la *libertà* del cultore di storia giuridica « dall'irretimento del presente e dal pesante vincolo del vigente »: quel privilegio andava sfruttato mettendo « in crisi » le « immobili saldezze » del giurista positivo ⁽⁹³⁾.

Provocazione e libertà: due sfide per il penalista inquieto e per lo storico del diritto che ancora creda nella sua funzione.

⁽⁹⁰⁾ Paolo GROSSI, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », LXIII (2013), ora in Id., *L'invenzione del diritto*, cit. (nt. 16), pp. 39-59: 43-45: la discontinuità del « nuovo costituzionalismo » rispetto alle « vecchie 'carte dei diritti' » consisteva nel fatto che le seconde erano tavole di valori astratti, il primo specchio di società multiformi. Sul punto si sofferma Giuseppe ZACCARIA, *Legalità e legittimità, bilanciamento e proporzionalità nell'interpretazione giuridica* (2019), in *Scritti per Paolo Grossi offerti dall'Università di Padova*, cit. (nt. 46), pp. 465-484: 468. Della diversità del « secondo costituzionalismo », quello tardo-novecentesco (limite, non più guida per il legislatore; *ratio* più che *voluntas*) è convinto Roberto BARTOLI, *Introduzione al diritto penale tra violenza e costituzionalismo*, Torino, Giappichelli, 2022, pp. 77-78.

⁽⁹¹⁾ GROSSI, *Scienza giuridica e legislazione* (1996), cit. (nt. 9), pp. 270-271.

⁽⁹²⁾ GROSSI, *Mitologie*, cit. (nt. 9), *Qualche nota introduttiva* (2001), p. 8.

⁽⁹³⁾ GROSSI, *Ancora sull'assolutismo giuridico* (1998), cit. (nt. 35), p. 2. Cfr. anche GROSSI, *Mitologie*, cit. (nt. 9), *Pref.* alla I ed. (2001), p. XIII: « Lo storico del diritto viene [...] a turbare la riposata quiete dei giuristi continentali troppo spesso somigliante a una immobilità sonnolenta ».

La « pos-modernità »

Costituzione e società

LUIGI LACCHÉ

LA MÈTA DI UN LUNGO VIAGGIO: SOCIETÀ, DIRITTO, COSTITUZIONE

« Bisogna che noi ci rendiamo capaci di pensare e di creare un nuovo Stato, che non può più essere né quello fascista, né quello liberale, né quello comunista, forme tutte diverse e sostanzialmente identiche della stessa religione statale. Dobbiamo ripensare ai fondamenti stessi dell'idea di Stato: al concetto d'individuo che ne è la base; e, al tradizionale concetto giuridico e astratto d'individuo, dobbiamo sostituire un nuovo concetto, che esprima la realtà vivente, che abolisca la invalicabile trascendenza di individuo e di Stato. L'individuo non è una entità chiusa, ma un rapporto, il luogo di tutti i rapporti. Questo concetto di relazione, fuori della quale l'individuo non esiste, è lo stesso che definisce lo Stato. Individuo e Stato coincidono nella loro essenza, e devono arrivare a coincidere nella pratica quotidiana per esistere entrambi. [...] Questa strada si chiama autonomia. Lo Stato non può essere che l'insieme di infinite autonomie, una organica federazione [...] »

(Carlo Levi, *Cristo si è fermato ad Eboli*, Torino, Einaudi, 1963, pp. 238-239)

1. Una figurazione imbutiforme. — 2. Il costituzionalismo 'moderno' tra luci e ombre. — 3. Verso la Costituzione pos-moderna. — 4. Fare/*inventare* la Costituzione. — 5. Far respirare la Costituzione: il ruolo della Corte Costituzionale.

1. *Una figurazione imbutiforme.*

Nell'officina dello storico Paolo Grossi non può certo mancare il lemma « Costituzione » che induce subito ad un'associazione di pensiero con il ruolo che ha svolto, con grande equilibrio, dapprima

come giudice e poi come Presidente della Corte Costituzionale ⁽¹⁾. Non bisogna, però, fermarsi qui, a questo livello, pur così importante nella vita e nel lungo percorso intellettuale dello studioso fiorentino. Si può dire che c'è un *prima* e un *oltre* e su queste « dimensioni » vorrei proporre qualche sparsa, e forse disordinata, riflessione.

Per molti aspetti Grossi è stato e sarà ricordato come uno dei più grandi storici del diritto privato dal Medioevo all'età contemporanea. A lungo ha indagato « [...] proprietà e diritti reali (non solo, ma soprattutto proprietà e diritti reali [...] », seguendo un'autentica vocazione antropologica che l'ha portato a « [...] individuare le radici dei grandi istituti componenti il nostro quadro dei rapporti fra uomo e cose, fra uomo e terra » ⁽²⁾, diventando il tema assillante per decenni ⁽³⁾.

Ma altri *segni* che hanno punteggiato l'itinerario di Grossi non sono privi di significato. Racconta infatti che « Appena adolescente — nel secondo dopoguerra — [aveva visto] prendere forma la nostra carta costituzionale e il suo disegno di uno Stato sociale di diritto innervato da un autentico pluralismo e dal fondamentale

⁽¹⁾ Paolo Grossi ha prestato giuramento come giudice costituzionale il 23 febbraio 2009, dopo essere stato nominato, una settimana prima, dal Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano in sostituzione del prof. Giovanni Maria Flick. Eletto all'unanimità Presidente della Corte Costituzionale il 24 febbraio 2016, ha ricoperto tale ufficio sino allo scadere del mandato (23 febbraio 2018). Sulla sua nomina cfr. *Per Paolo Grossi giudice costituzionale*, con interventi di Carlos PETIT, *Homenaje a Paolo Grossi (algo menos que una laudatio)* e di Gustavo ZAGREBELSKY, pubblicati in « Quaderni fiorentini », 39 (2010), rispettivamente pp. 555-564 e 565-573; L. LACCHÉ, *Paolo Grossi, uno storico del diritto alla Corte costituzionale*, in « Giornale di storia costituzionale / Journal of constitutional history », 44 (2022), II, pp. 303-307; ID., *Un ricordo di Paolo Grossi (1933-2022)*, in « Bollettino dell'Istituto di Diritto Romano 'Vittorio Scialoja' », quarta s., XII (2022), pp. 307-314.

⁽²⁾ *Incontro con Paolo Grossi*, a cura di I. Belloni e E. Rippepe, Pisa, Edizioni Plus, 2007, p. 27.

⁽³⁾ Così in P. GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 62. « Credo che uno dei tratti distintivi dell'opera di Paolo Grossi, uno dei lasciti più importanti che del suo insegnamento dobbiamo custodire e alimentare, sia proprio il rispetto e la valorizzazione del mondo delle cose » (M. TIMOTEO, *L'ora di Barga. Ricordo di Paolo Grossi*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 2, 2022, p. 1081).

principio di solidarietà [...]» (4), pur confessando di essere stato in gioventù un « lettore frettoloso e disorganico degli ‘atti’ della nostra Assemblea Costituente » (5). Nel 2022 ricordava invece un episodio della sua esperienza accademica maceratese segnalandolo « come un evento singolare carico di futuro » (6): l’organizzazione nel 1966, come preside della Facoltà di Giurisprudenza, di un’iniziativa volta a illustrare l’attività della Corte costituzionale dopo i suoi primi dieci anni di vita (7).

È lo stesso Grossi a collocare *segni premonitori e passaggi paradigmatici* in quella che definisce « una figurazione, per così dire, imbutiforme »: con il suo approdo al tema della Costituzione e alla Corte costituzionale. Idee e forze che hanno « spinto » lo storico fiorentino a passare attraverso un metaforico imbuto « scavando una canalizzazione con finalità e arginazioni ben precise » (8). Nella prefazione *Ultima verba* ad una delle sue ultime importanti raccolte di scritti, Grossi offre subito la chiave di lettura per collegare un fatto non legato alla sua sola volontà — la vicenda della nomina a giudice « [...] assolutamente imprevista, certamente straordinaria, certamente per me assai incisiva e fertile [...] » (9) — al maturare lungo gli anni di una visione del diritto e di una consapevolezza culturale che hanno poi fatto pensare alla sua nomina alla Corte come ad un compimento naturale, ad una sorta di « predestinazione » (10). Allora « La figurazione imbutiforme [...] prende forma sempre più definita, dando consistenza alle tante intuizioni, ai

(4) In M. TIMOTEO, *Grammatiche del diritto. In dialogo con Paolo Grossi*, Bologna, il Mulino, 2020, p. 73.

(5) P. GROSSI, *Ultima verba*, in Id., *L’invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, p. XII.

(6) P. GROSSI, *Su ‘Villa Ruspoli’ patrimonio dell’Ateneo fiorentino*, in « Quaderni fiorentini », 51 (2022), p. 765.

(7) « E invitammo sulla felice collina maceratese i più prestigiosi giuristi italiani: l’internazionalista Ballardore Pallieri, il penalista Bettiol, il costituzionalista Lavagna, l’ecclesiasticista Jemolo, il giuslavorista Prosperetti, e altri ancora che non ricordo » (*ibidem*).

(8) GROSSI, *Ultima verba*, cit., p. XV.

(9) Ivi, p. X.

(10) « Più di una volta mi è capitato di pensare — ben prima che accadesse — che Paolo Grossi sarebbe stato un eccellente giudice costituzionale. Non un giurista ‘positivo’, come si suole dire, ma proprio per questo portatore di una visione peculiare,

presagii, ai primi consolidamenti di pensiero sparsamente segnati nell'itinerario dopo gli anni Ottanta [...]» (11).

Gli scritti di Grossi che riguardano il costituzionalismo e la Costituzione si addensano nei primi decenni del nostro secolo, ben prima della nomina a giudice. Ma è ancora lui a dirci che bisogna andare indietro, ad un *prima* e ad un *oltre*. Lo storico ricordava che la sua chiamata alla Corte da parte di Giorgio Napolitano aveva avuto origine *anche* dall'*Europa del diritto*, il volume (12) di cui il presidente della Repubblica aveva apprezzato la visione larga e pluralistica. Una visione che aveva iniziato a prendere forma nel *turning point* degli anni Ottanta come richiamato nella prefazione del 2017 sviluppando temi che sarebbero apparsi sempre più come tipicamente 'grossiani': l'insofferenza verso l'*assolutismo giuridico*, i suoi perniciosi effetti sul riduzionismo post-rivoluzionario e la denuncia di alcune mitologie giuridiche della modernità; la dimensione ordinamentale del diritto e il concetto di ordine giuridico; il *recupero* (13) del valore *radicale* del diritto inteso anzitutto come fatto, esperienza, fibra interna e complessa della società; l'esigenza di ripensare il ruolo del giurista e l'assetto delle fonti nel prisma del *pos-moderno* e della multiforme e contraddittoria globalizzazione; la ineludibile storicità di ogni fenomeno giuridico (14). La visione costituzionale di Grossi e la sua personale *invenzione* della Costituzione non si comprendono sino in fondo se non avendo riguardo alla progressiva messa a punto del suo banco di lavoro. « Negli anni che sono appena alle mie spalle, il tema della 'costituzione' entra, direttamente e immediatamente, nel mio campo di osservazione dominandovi sempre di più, nella montante consapevolezza che quel certo costituzionalismo novecentesco rappresenta — come dicevo — un tentativo di adeguata risposta ai bisogni del dopo/modernità e, pertanto, una visione affrancata dalle pesanti dogmatiche mo-

al tempo stesso antica e modernissima del diritto » (LACCHE, *Paolo Grossi, uno storico del diritto alla Corte costituzionale*, cit., p. 305).

(11) GROSSI, *Ultima verba*, cit., p. XVI.

(12) Roma-Bari, Laterza, 2006¹.

(13) Su questo concetto in GROSSI v. *Ritorno al diritto*, a cura di E. Rippepe, « Rivista di filosofia del diritto », V (2016), 1.

(14) Per un'analisi complessiva v. *Paolo Grossi: alla ricerca dell'ordine giuridico*, a cura di G. Alpa, Roma-Bari, Laterza, 2011.

derne, tanto afflittive per un libero sviluppo dell'ordine giuridico, nonché un autentico recupero della complessità giuridica » (15).

La Costituzione di Grossi non è *solo* il testo del 1948 ma è *la società italiana ordinata a costituzione*: capace di esprimere la sua più autentica *Weltanschauung*.

2. *Il costituzionalismo 'moderno' tra luci e ombre.*

Una delle conseguenze della prospettiva storico-critica di Grossi riguarda la lettura della prima grande stagione del costituzionalismo che ha il suo baricentro nelle, pur multiformi, Rivoluzioni atlantiche, tra l'Inghilterra del Seicento e gli eventi settecenteschi, americano e francese (16). Nello scritto che affronta il tema in maniera più sistematica, Grossi individua un nucleo fondante del costituzionalismo — si potrebbe dire la matrice individualistico-liberale di lungo periodo — e un forte elemento di discontinuità. Se per costituzionalismo si intende « una delle correnti più vitali della modernità politico-giuridica » (17), « quel grande movimento di pensiero e di azione che, dal tardo Seicento ad oggi, percorre ininterrotto un più che trisecolare svolgimento storico, sorretto dalla finalità essenziale di difendere la dignità e la libertà del singolo dagli arbitrii del potere, fornendogli strumenti adeguati per realizzarle concretamente » (18), è il Novecento, il secolo *pos-moderno*, a segnare un deciso *turning point*. Grossi riconosce a più riprese la valenza garantistica e affrancatoria del primo costituzionalismo (che va dal tronco del Sei-Settecento ai vari rami ottocenteschi), ma, nello

(15) GROSSI, *Ultima verba*, cit., p. XVI.

(16) *A colloquio con Paolo Grossi*, a cura di M. Meccarelli e S. Solimano, in « Forum historiae iuris », 2007, § 80.

(17) P. GROSSI, *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno*, Napoli, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, 2011, p. 48.

(18) P. GROSSI, *Costituzionalismi tra 'moderno' e 'pos-moderno'. Tre lezioni suor-orsoliane*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, p. 11. « Quello straordinario movimento di pensiero e di azione proteso a conseguire il risultato di definire le libertà dell'individuo in una 'carta', fissando in questa i limiti invalicabili per chi esercita il potere supremo e il sicuro presidio per la vita dell'individuo all'interno dello Stato » (GROSSI, *Novecento giuridico*, cit., p. 48).

stesso tempo, non manca di leggerlo anche dal lato dell'assolutismo giuridico ⁽¹⁹⁾ e dello Stato borghese monoclasse.

Per alcuni versi la *costituzione* del costituzionalismo 'moderno' è catalogo, carta dei diritti ma non una autentica *Verfassung*, ed è, secondo l'autore, fortemente tributaria dell'ideologia giusnaturalistica 'metastorica', mitizzata ⁽²⁰⁾, « che, durante la civiltà moderna, condannerà a livello costituzionale ma anche tutto il sistema giuridico positivo dello Stato liberal-borghese ad essere popolato da modelli di uomo e da rapporti/modello, troppo spesso senza riscontri nella esperienza quotidiana » ⁽²¹⁾. Tra le conseguenze Grossi indica soprattutto la riduzione della complessità del diritto a legge formale del sovrano (legalismo → legolatria), un soggettivismo esasperato, l'astrattizzazione delle relazioni sociali. Si può dire che la costituzione 'moderna' contiene i temi dell'organizzazione del potere, dell'individuo/uomo astratto, di un nucleo di diritti garantiti attorno all'asse che unisce *liberty and property* ⁽²²⁾.

3. Verso la Costituzione pos-moderna.

Nel suo « Tempo di raccolti » ⁽²³⁾ Grossi ha giustamente collocato il volume del 2000 sulla scienza giuridica italiana ⁽²⁴⁾; si

⁽¹⁹⁾ Che si realizza quando tutta la produzione del diritto (monismo) è un fenomeno controllato dal potere politico, « con una perdita — o almeno una grossa attenuazione — dei suoi legami con la società, e la conseguente ulteriore perdita della spontaneità del meccanismo produttivo [...] » (P. GROSSI, *Pagina introduttiva (Ancora sulle fonti del diritto)* (2000), poi in ID., *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 328. Tra le tante declinazioni v. ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998; *Incontro con Paolo Grossi*, cit., p. 27 e ss.

⁽²⁰⁾ P. GROSSI, *La legalità costituzionale nella storia della legalità moderna e pos-moderna* (2008), poi in ID., *L'invenzione del diritto*, cit., pp. 9-11; ID., *Novecento giuridico*, cit., p. 49 e ss.

⁽²¹⁾ GROSSI, *Costituzionalismi tra 'moderno' e 'pos-moderno'*, cit., p. 28.

⁽²²⁾ Sul punto v. anche L. LACCHÉ, *Il costituzionalismo liberale*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero*, ottava appendice, *Diritto*, *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, dir. P. Cappellini, P. Costa, M. Fioravanti, B. Sordi, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 2012, pp. 294-301.

⁽²³⁾ GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, cit., pp. 110-112.

⁽²⁴⁾ *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000.

tratta di una « sintesi » riuscitissima e originale nella quale l'Autore, direi per la prima volta, offre anche un quadro d'insieme dello sviluppo della scienza giuridico-pubblicistica italiana da Vittorio Emanuele Orlando a Costantino Mortati e Massimo Severo Giannini, passando per Santi Romano. Se la concezione ontica del sistema organico del diritto in Orlando e la figura del giurista costruttore offrono elementi consonanti con la storicità e le radici popolari di ascendenza savignyana, nondimeno è lo Stato a rappresentare il metro di misura del diritto. Se lo Stato è la società stessa giuridicamente ordinata, lo spazio per dare valore ad altre dimensioni è sostanzialmente precluso. Così i giuristi della scuola nazionale vivranno molto a lungo la tensione originaria tra il diritto pubblico generale e il diritto pubblico positivo.

Bisogna porsi a cavaliere tra Otto e Novecento, e soprattutto al principio di quest'ultimo, per intravedere quelle che Grossi chiama le *incrinature* dell'assolutismo giuridico. Santi Romano è, in quella fase, il personaggio paradigmatico di una visione che si allarga, che rivela, nell'arco di un ventennio, la coscienza della complessità, dirige lo sguardo verso un paesaggio molto più articolato. Negli anni che precedettero e seguirono la prima guerra mondiale, la « stupenda creazione del diritto », lo Stato nazionale creato nel XIX secolo, mostrava già ad un osservatore attento come Santi Romano le crepe di un edificio costruito per governare un universo più « semplice », da un lato lo Stato moderno, sovrano, e dall'altro gli individui-atomi. Una « forma di Stato » chiamata ora a misurarsi sempre di più con le sfide del collettivo: economia industriale, avanzata della tecnica, associazionismo e sindacalismo.

Quella di Romano appare a Grossi una delle più grandi avventure intellettuali del Novecento. « Con una siffatta avventura, infatti, siamo veramente a cavalcioni fra passato e futuro e si sta veramente disegnando buona parte del futuro del secolo » (25). A chi, come il giurista siciliano, ha esplorato le profondità del nuovo paesaggio, l'asse dello Stato-persona, del diritto come momento potestativo e autoritario, non appare più una dimensione esclusiva. La novità risiede nella visione ordinamentale che riavvicina il diritto

(25) Ivi, p. 109.

alla società, mettendolo alla prova attraverso l'attrito dell'esperienza e della fattualità ⁽²⁶⁾, cogliendone la naturale vocazione organizzativa ⁽²⁷⁾. Qual è allora il profilo costituzionale del tempo pos-moderno ⁽²⁸⁾ che si apre allo sguardo negli anni che immediatamente precedono e seguono la prima guerra mondiale?

⁽²⁶⁾ La filosofia capograssiana dell'*esperienza giuridica* come adesione al concreto della vita reale è uno dei tratti più significativi della formazione e dello sviluppo del pensiero di Grossi. « Pochi intellettuali del Novecento italiano hanno avuto come Lui, un così vivo senso della storia e della storicità delle cose umane » (P. GROSSI, *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi* (2006), poi in *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 645). « Questo strano filosofo, così poco immerso nel cielo delle astrazioni [...] ama guardare al diritto da sotto in su, assumendo a punto focale della propria osservazione il cittadino comune [...] Infatti, l'esperienza giuridica, se esperienza vuole essere, non può che essere storia, e tutto vi è intriso di storicità [...] » (P. GROSSI, *Capograssi Giuseppe (Sulmona, 21 marzo 1889 — Roma, 23 aprile 1956)* (2013), poi in *Id.*, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, II, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 299-300). « L'altro grande personaggio è Capograssi, quando coglie nella scienza giuridica lo specchio più fedele dell'esperienza. È un messaggio illuminante. [...] Un pensiero giuridico, dunque, come pensiero incarnato nella società, nella storia, nella vita quotidiana. Questo convincente messaggio capograssiano mi ha spinto a dedicare buona parte della mia ricerca alla storia della cultura giuridica » (*Incontro con Paolo Grossi*, cit., p. 33). « Mi sono innamorato di Capograssi, perché mi dava degli strumenti teorici fondamentali autenticamente ordinanti, ossia capaci di ordinare qualunque passato » (*A colloquio con Paolo Grossi*, cit., § 9). « Nel mio modesto ripensamento ho avuto, ovviamente, molte guide, tra le quali emergono due personaggi, grandi e, al tempo stesso, ben singolari: un filosofo del diritto, Giuseppe Capograssi, e un cultore del diritto pubblico, nonché della teoria generale del diritto, Santi Romano. Soprattutto il secondo, da me citatissimo in quasi tutti i miei lavori lontani e vicini » (P. GROSSI, *Considerazioni conclusive*, in *Ritorno al diritto*, cit., p. 88).

⁽²⁷⁾ GROSSI, *Pagina introduttiva (Ancora sulle fonti del diritto)*, cit., p. 328; *Id.*, *Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, Editoriale scientifica, 2005, p. 28 e ss.; *Id.*, *La legalità costituzionale nella storia della legalità moderna e pos-moderna*, cit., p. 12.

⁽²⁸⁾ Grossi definisce pos-moderno il tempo « [...] in cui entrano in crisi i valori portanti dell'edificio politico-giuridico accuratamente progettato, definito, costruito dalla modernità; un tempo che si origina negli ultimi decenni dell'Ottocento, si sviluppa durante tutto il corso del Novecento e che stiamo tuttora vivendo » (*La legalità costituzionale nella storia della legalità moderna e pos-moderna*, cit., p. 9). « Ci stiamo inoltrando in quel tempo pos-moderno (a tutt'oggi niente affatto esaurito) che è il Novecento, un tempo il cui sviluppo si può concentrare in questa linea dinamica: *sempre più società, sempre meno Stato*. Lo Stato è, ormai, intimamente pluri-classe, solcato da profonde vene di pluralismo sociale e giuridico » (P. GROSSI, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno* (2013), poi in *Id.*, *L'invenzione del diritto*, cit., p. 43).

La fragile e carente cornice della costituzione-catalogo, del catechismo filosofico-politico — per richiamare l'espressione usata con un certo disdegno dallo stesso Santi Romano ⁽²⁹⁾ — che ha attraversato la stagione del costituzionalismo 'moderno' non può più « contenere » la società novecentesca pluriclasse. Si entra definitivamente nella stagione dei partiti politici di massa e del suffragio più o meno universale, della forza costituente, della costituzione chiamata a identificare e interpretare le dimensioni del sociale e del collettivo, a cercare di colmare la distanza tra società e diritto, a dipanare la matassa del pluralismo. La Costituzione della Repubblica di Weimar si staglia come il frutto più nuovo e paradigmatico del nascente costituzionalismo novecentesco. La democrazia comunitaria innalza un edificio che parla di cittadini in carne ed ossa, di formazioni sociali, di lavoro e di lavoratori, proprietà e responsabilità sociale, partiti e sindacati, famiglia e maternità, religione e vita collettiva, educazione e scuola ⁽³⁰⁾. L'art. 151 ne è una delle norme-manifesto: « L'ordinamento della vita economica deve corrispondere alle norme fondamentali della giustizia e tendere a garantire a tutti un'esistenza degna dell'uomo ».

Sappiamo quale fu il destino di Weimar ma parecchi dei suoi fondamenti erano destinati a radicarsi nell'ideario novecentesco della costituzione « sociocentrica ». I problemi della « crisi » della costituzione liberale segnata dall'avanzata delle masse e dai tumultuosi processi di democratizzazione, il rapporto tra il regime politico-costituzionale e i nuovi fini sociali e collettivi dello Stato legati al lavoro e alla produzione restarono al centro della scena anche nei regimi totalitari, pur con i necessari « adattamenti ». Nel contesto del regime fascista ⁽³¹⁾ si possono ricercare i germi di una profonda

⁽²⁹⁾ S. ROMANO, *Le prime carte costituzionali*. Discorso per l'inaugurazione dell'anno accademico nella R. Università di Modena letto il 3 Novembre 1906, Modena, Società Tipografica Modenese, 1906. Cfr. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 113; ID., *Il diritto nella storia dell'Italia unita*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, p. 61; ID., *La legalità costituzionale nella storia del diritto*, poi in ID., *L'invenzione del diritto*, cit., p. 33.

⁽³⁰⁾ GROSSI, *Costituzionalismi tra 'moderno' e 'pos-moderno'*, cit., pp. 48-61.

⁽³¹⁾ Su cui v. il recente volume monografico *Il 'groviglio costituzionale' del fascismo: materiali per una mappa concettuale / The 'constitutional entanglement' of Fascism: materials for a conceptual map*, a cura di M. Gregorio, L. Lacché, I. Stolzi, in « Journal of Constitutional History / Giornale di storia costituzionale », 43 (2022), I.

trasformazione concettuale. Grossi scorge in Costantino Mortati ⁽³²⁾ — il giurista italiano più attento, non a caso, al dibattito della multiforme *Verfassungslehre* weimariana ⁽³³⁾ — colui che, assieme ad altri giovani colleghi, nel corso degli anni Trenta e inizio Quaranta, ha meglio identificato i termini complessivi di una innovativa dottrina della costituzione per ricomporre il divario tra stato e società. L'indirizzo politico fondamentale, il partito politico e il suo essere « parte totale » ⁽³⁴⁾, la costituzione in senso materiale sono temi e concetti che nascono all'interno di un problema — l'organizzazione della costituzione fascista che è a sua volta un tentativo, in prospettiva autoritaria, di andare oltre le tare dello Stato moderno — che le Costituenti democratiche saranno chiamate di lì a pochissimo a dover affrontare.

4. *Fare/inventare la Costituzione.*

Se mai Grossi è stato in gioventù — come ha « confessato » nel 2017 — un lettore frettoloso e disorganico degli 'atti' dell'Assemblea Costituente, negli ultimi venti anni della sua vita il colloquio con i Costituenti si è fatto sempre più serrato. Entrare nel laboratorio della Costituzione, da studioso e poi da giudice costituzionale, ha significato « dialogare » con i protagonisti, cercando di comprendere come fosse stato possibile, in così breve tempo e in un periodo tanto difficile e contrastato, gettare le fondamenta di un edificio destinato a durare nel tempo e ad accompagnare lo sviluppo della Repubblica. Grossi rimarca il ruolo dei leader politici ma anche, e molto, dei grandi giuristi costituenti, da Bettiol a Calamandrei, da Dossetti a La Pira, da Leone a Moro, da Mortati a Perassi a Tosato. La Costituente fu un vero crogiolo attraverso il quale selezionare e filtrare valori, principi, idee. La costituzione *pos-moderna* — che in Weimar e in alcune esperienze del primo dopoguerra aveva trovato

⁽³²⁾ GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 219-224.

⁽³³⁾ Posso rinviare, più in generale, a L. LACCHÉ, *L'esperienza costituzionale di Weimar nel dibattito italiano (1919-1948)*, ora in Id., *La Costituzione nel Novecento. Percorsi storici e vicissitudini dello Stato di diritto*, Torino, Giappichelli, 2023, p. 47 e ss.

⁽³⁴⁾ M. GREGORIO, *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013.

le prime realizzazioni — rappresentava per l'Italia, dopo una dittatura e la guerra, una grande sfida.

La Costituzione italiana venne elaborata tra il 1946 il 1947 ma non la si può comprendere storicamente se non avendo coscienza della complessità del lavoro 'preparatorio'. Non pochi costituenti avevano sofferto, durante il fascismo, il carcere, il confino, l'esilio, l'emarginazione e la prevaricazione in Italia; avevano fatto parte della Resistenza; avevano contribuito — come nel caso dei giuristi — a rinnovare la 'cassetta degli attrezzi' pur all'interno degli spazi concessi dal regime; avevano animato il dibattito nei partiti e il lavoro avviato dal Ministero per la Costituente. Forti fratture ideologiche, esperienze politiche diverse, culture diverse non impedirono ai protagonisti di allora di trovare la difficile via verso il *momento costituente*.

L'Assemblea non era certo una corale di angeli ⁽³⁵⁾ e il conflitto era una dimensione sempre presente. La soluzione fu trovata grazie ad un compromesso al ribasso? Grossi non condivide, almeno su alcuni punti qualificanti, le ben note critiche di Calamandrei o di Jemolo ⁽³⁶⁾, specie negli anni successivi. La « ricerca costituente » mostra piuttosto la capacità di tradurre le ideologie in idee condivise, ovvero nuclei valoriali sufficientemente larghi da contenere visioni fondamentali e una formula comune, per usare un'espressione cara a Dossetti. La lettura attenta e critica dei lavori costituenti ⁽³⁷⁾ — l'unica possibile per lo storico — segnala « aper-

⁽³⁵⁾ GROSSI, *La legalità costituzionale nella storia del diritto*, cit., p. 36. « Non si commetta l'imperdonabile ingenuità di credere che la nostra Assemblea Costituente del 1946 sia immune da stimolazioni potestative, o da contrapposizioni ideologiche e partitiche. È vero esattamente il contrario. Ma non è ingenuo constatare che i costituenti fecero e vollero fare uno sforzo generoso nella lettura della identità storica del popolo italiano, tentarono di ordinarla, segnando i principii essenziali per una fertile convivenza » (P. GROSSI, *Ordinamento*, ora in ID., *Società, diritto, Stato*, cit., p. 214). Cfr. anche ID., *La legalità costituzionale nella storia della legalità moderna e pos-moderna*, cit., pp. 15-16.

⁽³⁶⁾ GROSSI, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno*, cit., p. 46.

⁽³⁷⁾ « [...] una lettura che consigliavo, un tempo, ai miei studenti e consiglio oggi convintamente ai miei uditori [...] » (*ibidem*).

tamente passione civile, saggezza politica, acutissimo senso di responsabilità » (38).

Il 'metodo' è ben illustrato dal dibattito sulla *persona* come titolare di diritti e di doveri, anteriore sia allo Stato e allo statalismo — che il fascismo aveva eletto a religione — sia ben distinta dalla concezione liberal-individualistica del soggetto astratto di diritto. La visione proposta dal relatore La Pira trova eco nei riferimenti di Togliatti alla tutela dei diritti sociali. L'uomo di cui si parla è un soggetto storico concreto, in carne ed ossa, che nel pluralismo si relaziona e opera in molti modi nelle formazioni sociali. Giuseppe Dossetti parla a Togliatti e Basso affermando che « questo concetto fondamentale dell'antioriorità della persona, della sua visione integrale e dell'integrazione che essa subisce in un pluralismo sociale che dovrebbe essere gradito alle correnti progressive qui rappresentate, può esser affermato con il consenso di tutti » (39).

Ecco la sintesi di Grossi: « Dunque: diversi ma uniti da un fine accomunante. Difficile, accidentato sentiero, ma reso più pervio dall'essere i Padri costituenti, intellettuali e uomini di buona volontà, giuristi e non giuristi, portatori di quella che appare come l'insegna e il progetto fondamentale del Novecento giuridico: demolire la muraglia cinese costruita fra società e diritto durante la modernità e riscoprire la natura autentica di questo quale ordinamento della società, recuperando così quella onticità che lo statalismo moderno aveva, per un verso, depauperato e, per un altro verso, profondamente alterato » (40). La Costituzione italiana come « atto di ragione » significa che i Padri costituenti sono andati al di là della visione partigiana e dell'effimero condividendo, attraverso un grande atto di riconoscimento reciproco, una prospettiva *sinergica* (41), « una visione critica capace di attenuare le contrapposi-

(38) *Ibidem*.

(39) Questa la risposta di Togliatti: « è d'avviso che le espressioni dell'onorevole Dossetti offrano un ampio terreno d'intesa » (cit. *ivi*, p. 48). Cfr. P. GROSSI, *La Costituzione italiana quale espressione di una società plurale*, in « Nuova Antologia », 618 (2017), 1, pp. 18-23.

(40) GROSSI, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno*, cit., pp. 49-50.

(41) « Le contrapposizioni certamente non mancarono, ma vinse un atteggiamento *sinergico*, almeno circa i pilastri fondamentali del sistema costituzionale. Sinergia

zioni, di armonizzare le differenze, sì da fare della Costituzione la risposta alle ansie di un popolo stremato e la registrazione fedele dei valori universalmente sentiti e affermati » (42). « Io sono — osservava Grossi prima di giungere alla Corte — un ammiratore sincero della nostra Carta costituzionale, almeno per quanto riguarda i principii generali, ovvero la parte fondativa. Credo — ed è strano che uno storico dica questo — che lì sia avvenuta una sorta di miracolo; i costituenti, cioè, non hanno fatto transazioni di bassa lega: marxisti, cattolici e liberali hanno individuato la cifra storica di un popolo che stava costruendo il proprio futuro, anche se cominciava a costruirlo al di sopra di un rovinoso presente di distruzioni » (43).

La Costituzione, nella sua parte dei valori e dei principii, è dunque un edificio costruito con sapiente maestria per reggere le sfide del tempo. E perché una costituzione non dura? « Perché — come disse La Pira l'11 marzo 1947 — c'è sproporzione fra la reale natura umana, la reale struttura del corpo sociale e la volta giuridica. C'è sproporzione e una Costituzione è in crisi perché ha errate le fondamenta e i muri maestri » (44). Più che essere espressione di una volontà potestativa, la Costituzione è secondo lo storico fiorentino un atto di conoscenza, è lo specchio fedele di una società storica, con uomini e donne considerati nella loro realtà di tutti i giorni (45). È un breviario, un testo — che come osservò Togliatti — doveva essere compreso tanto dal professore che dall'operaio o dal pastore sardo.

La metafora dello specchio coglie efficacemente il senso del lavoro costituente. I Costituenti misero in atto « una fervida attività

era un termine caro ad alcuni *Patres* e stava a significare il senso di responsabilità nel far prevalere il bene comune sulle mire particolari » (GROSSI, *Costituzionalismi tra 'moderno' e 'pos-moderno'*, cit., p. 64).

(42) GROSSI, *La legalità costituzionale nella storia della legalità moderna e post-moderna*, cit., p. 15.

(43) *Incontro con Paolo Grossi*, cit., p. 35.

(44) Ivi, p. 18. Su La Pira « forgiatore di architetture » v. P. GROSSI, *Le 'architetture' di Giorgio La Pira*, in « Nuova Antologia », 620 (2019), 3, pp. 23-37.

(45) « Come se ne parla nella nostra autentica (e da me ammiratissima) costituzione del 1948, la quale è specchio del popolo italiano esaminato e analizzato dal punto di vista politico-giuridico in un determinato momento storico [...] » (*A colloquio con Paolo Grossi*, cit., § 3).

inventiva. Non crearon nulla, ma *inventarono* in quelle radiazioni intime della società il tessuto connettivo dei futuri 139 articoli della ‘Carta’ » (46). Il verbo *riconoscere*, le locuzioni avverbiali *di fatto*, *effettivo/a* sono la prova di un lessico che coglie nella fattualità e nella dimensione ordinamentale dell’esperienza costituzionale il tratto più radicale e tipizzante del costituzionalismo pos-moderno. Per Grossi sono proprio le costituzioni novecentesche, post-weimariane, la testimonianza più espressiva (47) della *rivoluzione culturale* (48) *del diritto e della società* che si è andata delineando nel corso di un lungo e tormentatissimo secolo. La Costituzione italiana ne è uno degli esempi più significativi e meglio riusciti.

Uno dei meriti del costituzionalismo pos-moderno è proprio la ‘riscoverta’ dell’indole sociale del diritto, la sua natura essenziale di essere innanzi tutto *ordinamento* (49). La Costituzione — nata dal complesso delle forze politiche che formavano la ‘costituzione materiale’ — contribuisce a creare punti di osmosi tra società e Stato, a superare l’insularità del soggetto, a fare dello Stato una autentica macro-comunità, a valorizzare le formazioni sociali e le comunità intermedie, ad andare oltre l’uguaglianza formale, ad affermare il valore indefettibile della dignità (50) dell’essere umano, a parlare di religione, arte, cultura, lavoro, proprietà, economia, scuola, educazione, paesaggio, salute, e via dicendo. « Per questo, la nuova Costituzione, pur intrisa di una formidabile valenza politica, si propone come norma giuridica fondamentale esprimente appieno la cifra giuridica di un popolo così come viene sorpresa e letta in un

(46) P. GROSSI, *L’invenzione della Costituzione: l’esperienza italiana*, in ID., *L’invenzione del diritto*, cit., p. 67.

(47) GROSSI, *Ultima verba*, cit., pp. X-XI.

(48) « In tutte le pagine precedenti si è insistito sull’evento ‘Costituzione repubblicana’ e non si è esitato a qualificarlo come una ‘rivoluzione culturale’ per il diritto, con il passaggio — che quell’evento impone — da una visione/realizzazione *monistica* a una che è invece spiccatamente *pluralistica* [...] » (P. GROSSI, *Pluralità delle fonti del diritto e attuazione della Costituzione*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 3, 2019, p. 776).

(49) P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, Laterza, 2020, p. 18.

(50) P. GROSSI, *Dignità e costituzione*, in « Nuova Antologia », 620 (2019), 2, pp. 50-58; ID., *I valori costituzionali: un salvataggio per la dignità della persona*, in « Nuova Antologia », 626 (2021), 1, pp. 39-51.

determinato momento della sua storia. Per questo, essa si ispira (e non può non ispirarsi) all'autentico pluralismo giuridico, individuando e valorizzando — accanto alla realtà benefica e insostituibile dello Stato — le forze culturali e sociali (e i conseguenti assetti) in cui si articola la società » ⁽⁵¹⁾.

5. *Far respirare la Costituzione: il ruolo della Corte Costituzionale.*

La Costituzione rappresenta dunque l'impegno collettivo dei costituenti per *leggere* nel sostrato sociale la cifra più autentica di un tempo storico, identificando — Grossi direbbe *inventando* — i valori e i principii che tendono a durare « e a caratterizzare una comunità in cammino, ma che certamente non sono immobili » ⁽⁵²⁾. I valori tendono ad espandersi naturalmente in forma di principii. Questa è la grande risorsa che dal 1948 in poi ha fertilizzato, certo non senza problemi e contraddizioni, la Repubblica: ricercando in profondità, come in un continente sommerso, la loro forza espansiva, anche latente.

Prima del 2009 lo storico del diritto aveva sottolineato il ruolo fondamentale della Corte costituzionale, da interpretarsi « come una salvante valvola respiratoria, che permette un indispensabile ricambio per l'apparato normativo ufficiale attingendo al mondo dei valori e dei fatti. In questa sua veste, la Corte funge da cordone ombelicale fra società e diritto legale, incarnando un ruolo essenzialmente ordinatore [...] » ⁽⁵³⁾. Nella prospettiva grossiana, la Corte è un ponte che mette in comunicazione la società con il testo costituzionale, incidendo sul prodotto legislativo. Citava Cesare Ruperto secondo cui « Le Corti Costituzionali si trovano, pertanto, sempre più nella posizione di organo della comunità, piuttosto che dello Stato » ⁽⁵⁴⁾. La Corte, chiosava Grossi, guarda più in là dell'apparato statale, attingendo ai valori circolanti nella società civile per tradurli in supremi principii giuridici. Limitando la discrezionalità del legi-

⁽⁵¹⁾ GROSSI, *Novecento giuridico*, cit., p. 54.

⁽⁵²⁾ GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., p. 20.

⁽⁵³⁾ GROSSI, *Il diritto tra potere e ordinamento*, cit., pp. 62-63.

⁽⁵⁴⁾ G. RUPERTO, *Costituzione e Corte Costituzionale: un'esperienza*, in *Id.*, *La Costituzione in mezzo a noi*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 11.

slatore, la Costituzione ha inteso assegnare ai giudici costituzionali un ruolo di altissimo significato e oggettivamente ‘eversore’⁽⁵⁵⁾ nella storia dell’ordinamento italiano. Proprio per questo, nel ciclo di lezioni tenute al Suor Orsola Benincasa nel 2005, lo storico fiorentino guardava con timore e disappunto alla proposta dell’« attuale maggioranza politica » che, parlamentarizzando ancor di più la Corte, progettava di darle « [...] una impronta politica determinante, al solo scopo di attuare una ennesima invadenza della politica spicciola e di fare di quest’organo giudiziario un’accolta di caudatarii del Parlamento nazionale »⁽⁵⁶⁾.

L’immagine dell’ossigenazione — ovvero della Corte come organo o valvola respiratoria dell’ordinamento giuridico⁽⁵⁷⁾ — è particolarmente rappresentativa della visione grossiana sul rapporto tra Costituzione e società. Era stata una scelta coraggiosa quella dei costituenti poiché « veniva a incrinare il mito più geloso della modernità, che molti politici e giuristi serbavano ancora intatto nel loro cuore, e cioè il culto assoluto della legge in quanto legge [...] »⁽⁵⁸⁾. La Corte ha contribuito ad adeguare il vecchio ordinamento positivo compromesso col fascismo e, più ampiamente, ha garantito nel tempo « una provvida corrispondenza tra forme giuridiche e dinamica dell’esperienza »⁽⁵⁹⁾. In particolare grazie alla Corte, « organo percettore e stimolatore della carica espansiva della tutela costituzionale specie in tema di diritti fondamentali, sono stati individuati nuovi diritti non espressamente sanzionati ma naturalmente desumibili dal complesso testuale. È stata, via via, la volta del diritto alla riservatezza, alla identità personale e sessuale, all’abitazione, all’ambiente, all’informazione, e via dicendo. Lavorando sul testo del ’48 e sotto lo stimolo del divenire economico-sociale, la

⁽⁵⁵⁾ Tale appariva agli occhi dei Costituenti più legati all’intelaiatura dogmatica dello Stato di diritto: GROSSI, *Pluralità delle fonti del diritto*, cit., p. 777.

⁽⁵⁶⁾ GROSSI, *Il diritto tra potere e ordinamento*, cit., p. 65.

⁽⁵⁷⁾ P. GROSSI, *La Corte costituzionale. Una valvola respiratoria per l’esperienza giuridica italiana*, in « Nuova Antologia », 619 (2018), 1, pp. 29-40.

⁽⁵⁸⁾ GROSSI, *Il diritto nella storia dell’Italia unita*, cit., p. 74.

⁽⁵⁹⁾ GROSSI, *Costituzionalismi tra ‘moderno’ e ‘pos-moderno’*, cit., p. 81.

Corte ha fatto sì che quella cognitiva lettura della società fatta dai Costituenti continuasse ad essere ossigenata e arricchita [...] » (60).

Attraverso criteri ermeneutici come quello di ragionevolezza (61), il diritto è stato liberato dalla stretta del potere, la norma proiettata fuori della mera volontà del legislatore storico. La ragionevolezza non è più monopolio del legislatore demiurgo e fa emergere, nella giurisprudenza, il lato materiale del diritto (62). Se la Costituzione realizza il primato della società sullo Stato-apparato e in essa vivono e si affermano i valori storici del popolo italiano, allora la « pasta » di cui essa è fatta è quella dell'autonomia sociale, mentre la « pasta » della legge ordinaria resta quella dell'eteronomia politica (63). La « forza della Costituzione » non risiede per Grossi nella Corte costituzionale come *potere* ma, appunto, nella sostanziale adesione dei cittadini che dovrebbero trarre dalla Carta i fondamenti per una solida società democratica e plurale e vedere nei giudici costituzionali gli interpreti capaci di dare voce, quando richiesti, alla pluralità di forze economiche, sociali, culturali, spirituali che da essa continuano a trovare alimento operando come « strumento di garanzia della società contro maggioranze legislative occasionali,

(60) GROSSI, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno*, cit., p. 59.

(61) GROSSI, *Il diritto tra potere e ordinamento*, cit., pp. 63-64. « Io leggo sempre con attenzione e ammirazione le sentenze della nostra Corte Costituzionale composta in massima parte da giuristi, da giudici e professori universitari; ed è lì che matura l'elaborazione del concetto di ragionevolezza, dove si commisura la norma sul diritto vivente [...] » (*A colloquio con Paolo Grossi*, cit., § 315). Sull'influenza delle tesi storico-teoriche di Grossi sulla sua attività di giudice costituzionale, con particolare riferimento al criterio di ragionevolezza, cfr. E. ROSSI, *Il Ritorno al diritto nelle sentenze redatte dal giudice costituzionale Paolo Grossi*, in « Rivista di filosofia del diritto », V (2016), 1, pp. 71-86.

(62) « E' il compito altissimo affidato in Italia alla Corte costituzionale [...], ma si è assunta, specialmente negli ultimi anni, un ruolo mediatore tra pluralismo dei valori d'una società e sordità di testi legislativi. L'esempio più vistoso è l'elaborazione del *principio di ragionevolezza* con cui misurare l'attività del legislatore: il suo arbitrio, fino a ieri insindacabile in una concezione assolutistica della potestà parlamentare, trova un limite nell'intima ragionevolezza dell'atto. Il diritto legale non sfugge così alla impietosa verifica » (P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, pp. 91-92).

(63) Seguo qui le riflessioni di Gustavo ZAGREBELSKY, Intervento in « Quaderni fiorentini », cit., p. 567 e ss.

spesso improvvisate e ancor più frequentemente mosse da intenti che non hanno a che vedere con l'ordinato vivere comune » (64).

Gustavo Zagrebelsky nel 2009 si diceva convinto che il nuovo giudice Paolo Grossi, nella sua qualità di storico del diritto, avrebbe immesso « nell'attività della Corte la coscienza delle radici profonde della nostra civiltà giuridica, con la consapevolezza che esse non possono essere tagliate, ma devono essere alimentate e rinnovate, per preparare un avvenire che non sia di avventura » (65).

Lo storico del diritto, negli anni in cui è stato alla Corte, ha avuto il grande privilegio di *vivere* la Costituzione come forma dell'esperienza nel senso più profondo del termine, crocevia e sintesi del rapporto tra diritto e società, osservatorio insuperabile per qualsiasi giurista, e straordinario per un giurista e storico come Paolo Grossi. Proprio nell'impegno come giudice e presidente possiamo forse leggere il « testamento » spirituale di Grossi: partito dal problema dell'ordine giuridico come esperienza ha concluso il suo lungo e fertile viaggio giungendo alla mèta della Costituzione da leggere non solo come tavola fondamentale dei valori e dei principii ma anche come la maggiore testimonianza di quella radicale rivoluzione novecentesca che aveva contribuito a trasformare la nostra percezione del diritto e della stessa scienza giuridica (66).

Nella *Lectio doctoralis* maceratese del 2013 (67) Grossi intitola l'ultimo paragrafo « La Costituzione italiana del 1948: un ponte fra presente e futuro ». « Oggi, noi, uomini di quel futuro, siamo orgogliosi di verificarne la piena attualità. Può darsi che, in un tempo ulteriore, circostanze che non è possibile prevedere, esigano delle

(64) Ivi, p. 572. Cfr. P. GROSSI, *La Costituzione italiana quale salvaguardia di una società democratica*, in « Nuova Antologia », 608 (2012), 2, pp. 20-28.

(65) Intervento in « Quaderni Fiorentini », cit., p. 573.

(66) « Una sosta sul titolo: *Ritorno al diritto* e sul vocabolo centrale 'ritorno'. Vocabolo, che ha un perfetto riscontro [...] con termini quali 'rilettura', 'recupero', 'riscoperta' tanto frequentemente usati da dare un'impronta alle mie pagine; termini che vogliono segnalare intensamente una riespansione del diritto nel tempo pos-moderno a fronte dell'impetoso riduzionismo moderno, un diritto che *ri-trova* la sua complessità ed è, finalmente, in grado di esprimerla liberamente » (GROSSI, *Considerazioni conclusive*, cit., p. 87).

(67) Per il conferimento della laurea *honoris causa* in « Studi politici e internazionali », 12 giugno 2013, Aula Magna dell'Università di Macerata.

modificazioni. Oggi, anno 2013, sentiamo ancora perfettamente nostri quei principii e, soprattutto, li sentiamo idonei a ordinare equamente il difficile momento che stiamo vivendo »⁽⁶⁸⁾. Oggi, anno 2023, le sue parole restano validissime e risuonano come un monito.

⁽⁶⁸⁾ GROSSI, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno*, cit., p. 59.

LORENZO ORNAGHI

SOCIETÀ, STATO E COSTITUZIONE NEI « SOMMOVIMENTI » DELLA POLITICA POS-MODERNA

1. All'imbrunire della modernità europea. — 2. Fisionomia e identità enigmatica delle società attuali. — 3. Il potere « compiuto » dello Stato e l'arena politica dei poteri antichi o nuovi. — 4. Il bivio del costituzionalismo europeo.

1. *All'imbrunire della modernità europea.*

Nella lezione inaugurale, tenuta nel 2017 da Paolo Grossi per i corsi di formazione della Scuola Superiore della Magistratura, vi è un passaggio che pienamente illumina in quale modo e perché la Costituzione italiana configuri « quasi un modello di quella *invenzione* che è nel titolo della lezione » ⁽¹⁾. È utile rileggere per intero il passaggio, ponendo mente alla successione delle concatenate argomentazioni: « [g]uardando da giuristi a quello straordinario tempo di novazioni molteplici che risanò alle radici, negli anni pos-bellici, il nostro assetto socio-politico, non si può non contemplare un paesaggio giuridico letteralmente stravolto. La Costituzione, infatti, lungi dal galleggiare senza incidenze dirette, attua una penetrante rivoluzione culturale anche sul piano giuridico, espri-

⁽¹⁾ P. GROSSI, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, p. 3, <https://www.cortecostituzionale.it/actioninterventiPresidenti.do>. Dal sito della Corte costituzionale si può accedere alla consultazione dei seguenti testi ulteriori di Paolo Grossi: lezione inaugurale dell'a.a. 2016-2017 — *La Costituzione italiana quale espressione di una società plurale* — tenuta da Paolo Grossi il 19 gennaio 2017 all'Università La Sapienza, intervento (senza titolo) al Forum dei Presidenti delle Corti europee, il 27 marzo 2017 a Lussemburgo, lezione — *Della interpretazione come invenzione (La riscoperta pos-moderna del ruolo inventivo della interpretazione)* — alla Scuola Superiore della Magistratura il 7 aprile 2017, *lectio magistralis* — dal titolo *La tutela del risparmio a settant'anni dall'approvazione dell'art. 41 della Costituzione* — svolta presso l'ABI il 19 maggio 2017.

mendo — rispetto al passato — una visione *invertita* della genesi del diritto e, conseguentemente, un mutamento di fondo nel puntualizzarne l'essenza. Essa, per la prima volta nella storia dell'Italia moderna, dà volto a una società plurale, autenticamente plurale. Tutta la complessità del 'sociale' è registrata fedelmente, cui alfine corrisponde una coerente complessità giuridica. Se questo è potuto avvenire, è perché cambia il quadro di osservazione grazie al quale disegnare la configurazione del diritto. I Padri Costituenti, infatti, nei due anni fertili del '46 e del '47, guardano dal basso, dal substrato radicale della civiltà italiana laddove non era penetrato il veleno inquinante della barbarie fascista, e lì, soltanto lì, leggono e decifrano valori diffusamente condivisi. La nostra Costituzione diventa così quasi un modello di quella *invenzione* che è nel titolo della lezione, incarnando la concretizzazione di un *reperimento* » (2).

Nella concatenazione degli argomenti, già l'anello iniziale — lo « straordinario tempo di novazioni molteplici che risanò alle radici, negli anni pos-bellici, il nostro assetto socio-politico » — non solo appare temprato con la puntigliosa cura con cui Paolo Grossi trascoglie le parole, così da affrancarle da ogni condizione di servitù a concetti o idee troppo simili a ombre senza sostanza alcuna, ma risulta persino sorprendente. O quantomeno inatteso, soprattutto da parte di chi è abituato a cercare e trovare nella ricchissima produzione scientifica di Paolo Grossi quel dominio dell'endiadi 'diritto' e 'società' (e delle corrispondenze, o invece sfasature e magari antinomie, fra l'uno e l'altra), che, pur sempre storicamente mutevole nelle sue forme, ciclicamente e ogni volta con effetti all'inizio disordinanti, viene contrastato dal riemergere irruente del potere e della forza della politica.

La Costituzione che risana alle radici « il nostro assetto socio-politico » non è più soltanto da annoverare, alla medesima stregua del diritto naturale e delle leggi, tra le fondamentali « manifestazioni » storiche del diritto (3). Essa è anche « invenzione » del

(2) GROSSI, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, cit., p. 3.

(3) In quale senso autentico e profondo una Costituzione sia « manifestazione » del diritto, e a proposito della considerazione — qui importante da ricordare, al fine di riconoscere le 'costanti' nell'interpretazione di Grossi della Costituzione italiana — che

diritto. Al tempo stesso, tuttavia, quanto più la sua innovata e innovante « complessità giuridica » riesce a corrispondere a un 'complesso' sociale in cui ciò che si sta trasformando, o già è mutato, si trova a coesistere con persistenze, inerzie e reazioni, tanto più l' 'invenzione' è costretta a tenere nel necessario conto tutto quello che è cambiato, resiste e persiste, o inesorabilmente si sta corrompendo, dentro le istituzioni e ogni struttura organizzativa dello Stato. E a prendere atto, insieme, dei mutamenti dei modi di appropriazione/ripartizione economica, dei rapporti di conflitto/cooperazione internazionale, delle rappresentazioni stesse, sociali e culturali, in cui si è incarnata (e più o meno pacificamente legittimata) la 'politica' della cosiddetta modernità.

Non è per caso, credo, che l'accreciuta attenzione di Grossi alla Costituzione italiana (certo, sollecitata e quasi resa obbligatoria, in qualche circostanza, dal suo ruolo di giudice dapprima e poi presidente della Corte costituzionale) sia venuta a convergere e talvolta sovrapporsi con l'approfondimento e la chiarificazione di un tema impervio, presente da tempo nelle sue riflessioni e indagini storiche: il tema, cioè, del trasformarsi e deperire della modernità. La congerie e l'aspetto multiforme dei cambiamenti dell'età moderna prevedibili o inimmaginabili, delle mutazioni lente o rapide, dei corrompimenti o delle consunzioni inquietanti, disorientano chi si trova a vivere le trasformazioni avendone una qualche consapevolezza o una pur approssimativa percezione. Attraggano e affascinano, invece, lo spirito di ricerca dello studioso, soprattutto quando, per riuscire a 'comprendere' scansando le sabbie mobili del convenzionalismo culturale-accademico, occorre in primo luogo togliere i veli a ogni 'mitologia' (4).

quest'ultima « non è pertanto una carta che si impone dall'alto sulla società ma è in essa radicata, e può ben essere presentata al lettore novizio come la cuspidi emergente di un continente per la massima parte sommerso (da cui, però, quella cuspidi trae continuo nutrimento) », si veda P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, pp. 85-92 (la frase citata è a p. 90).

(4) Sull'impiego di « mitologia giuridica » e sulla sua posizione di struttura portante dell'edificio teorico via via innalzato da Grossi, il rimando obbligato è a P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001, in cui l'autore ripercorre l'itinerario storico che dalla mitologia giuridica « come strategia vincente della modernità » conduce « verso il declino della mitologia giuridica post-illuministica » (le due citazioni sono i titoli del primo e ultimo paragrafo del capitolo secondo del volume).

La necessaria e significativa convergenza dei due temi trova il suo suggello nel titolo — *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno* — che Paolo Grossi appone alla *lectio doctoralis*, svolta in occasione della laurea *honoris causa* conferitagli dall'Università di Macerata. All'esordio della *lectio*, Grossi riconosce di usare l'aggettivo 'pos-moderno' con un duplice e contraddittorio sentimento: « [d]isagio, per essere quell'aggettivo — almeno a una prima apparenza — privo di contenuti specifici; convinzione, per avere — pur nella sua innegabile genericità — il pregio di segnalare un profilo rilevantissimo a chi vi guardi con occhi attenti al divenire e al trasformarsi di una esperienza giuridica: che si sta lasciando, cioè, alle spalle un ben definito terreno storico quale mondo di ieri — appunto, il moderno — e che ci si sta inoltrando in un terreno ancora non ben definito ma *altro e diverso* » (5). E subito egli aggiunge: « [l]'aggettivo 'pos-moderno', insomma, applicato al Novecento giuridico, ha il pregio di puntualizzare con efficacia che in esso non prosegue impassibile la modernità, ma che si va maturando lentamente e progressivamente un tempo marcato da caratteri nuovi, i quali — a loro volta — segnalano sommovimenti nel profondo delle stesse fondazioni socio-politiche-giuridiche » (6).

I sommovimenti nelle « fondazioni socio-politiche-giuridiche » (l'ordine dei tre aggettivi non va letto frettolosamente) già testimoniano, o quantomeno preannunciano, che il 'tempo' della modernità si sta concludendo. Si consuma, come sempre succede per ogni tempo della storia, poiché ciò che è stato prodotto in una stagione più o meno lunga si trasforma e, trasformandosi, scandisce l'impossibilità o la pericolosità o l'inutilità di credere che inerzie e resistenze di istituzioni, teorie e dottrine, comportamenti individuali e collettivi, riescano a garantire alle cose note e abituali, alla condotta e alle pratiche sin lì prevalenti, un supplemento di esistenza e replicabilità, allontanando le 'novità', brumose e magari dannose o semplicemente fastidiose, in un domani remoto.

(5) Si veda la *lectio doctoralis* di P. GROSSI, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno*, in Università di Macerata, *Laurea honoris causa in Studi politici e internazionali a Paolo Grossi* (12 giugno 2013), Macerata, Eum edizioni, 2013, p. 59.

(6) *Ibidem*.

Sul finire di un'età — di una longeva 'esperienza' storica, di una 'civiltà' (vocaboli, questi ultimi, adoperati con grande frequenza da Paolo Grossi, e il secondo in modo particolare, nonostante, o forse proprio per, il suo uso sempre più desueto e circospetto) — neanche le trasformazioni evidenti o prevedibili riescono tuttavia a godere di un andamento ordinato e tranquillizzante. Le scompaginano eventi inaspettati. E gli eventi più inaspettati, ossia quelli a cui di solito si giunge maggiormente impreparati, possono accorciare o viceversa prolungare il tempo di un'esperienza storica o di una civiltà. Come alla fine dell'Ottocento constatava Gustav Le Bon: « le rivoluzioni servono a eliminare credenze già quasi respinte, che il giogo dell'abitudine impedisce tuttavia di abbandonare completamente. Le rivoluzioni che cominciano sono in realtà credenze che finiscono » (7).

Intanto che il moderno scivola inesorabilmente nel pur indeterminabile 'pos-moderno' (indeterminabile per ora e di necessità, a meno di volere predefinirne i lineamenti mediante ideologie o mitologie), lo Stato sembra appendere il proprio destino alle sorti della Costituzione. Le quali sorti, proprio perché ogni genuina Carta costituzionale « attingendo allo strato delle radici profonde della società, attinge per ciò stesso a uno strato di valori e li manifesta, pretendendo l'osservanza di ogni potere dello Stato, a cominciare dal potere legislativo » (8), verosimilmente dipenderanno dalla società, dai suoi valori, dalla stabilità o precarietà dei molteplici equilibri interni, dalle trasformazioni delle strutture e degli attori principali, in misura ben maggiore di quanto non saranno segnate dai cambiamenti di regime politico e dai sommovimenti, quasi inavvertibili oppure intensi e non di rado squassanti, che solitamente accompagnano ogni tipo di lotta e conflitto per il potere e per l'egemonia politica. Nella *lectio doctoralis* di Macerata, « l'insegna e il progetto fondamentale » del costituzionalismo del Novecento giuridico non potrebbero essere disegnati con tratti più netti, senza alcun chiaroscuro: « demolire la muraglia cinese costruita fra società e diritto durante la modernità e riscoprire la natura autentica di

(7) G. LE BON, *Psychologie des foules*, Paris, Alcan, 1895 (trad. it. *Psicologia delle folle*, Milano, Longanesi, 1980, p. 179).

(8) GROSSI, *Prima lezione di diritto*, cit., p. 89.

questo quale ordinamento della società, recuperando quella onticità che lo statalismo moderno aveva, per un verso, depauperato, e, per un altro verso, profondamente alterato »⁽⁹⁾.

L'attenzione dello storico, sollecitata dall'accelerarsi dei processi con cui fenomeni rappresentativi o addirittura identificativi di un 'tempo' della storia sono ormai prossimi a essere radicalmente mutati o a scomparire, è attratta anche dal probabile dislocarsi dello 'spazio territoriale', su cui di solito le convivenze umane stabilmente organizzate insistono e dal quale finiscono in gran parte con l'essere individuate. In entrambi i casi, e nel secondo in maniera ancora più significativa, la moderna sintesi statale del potere politico sembra ormai condannata a una posizione secondaria, se non a un ruolo sempre più inerte nei confronti dei principali mutamenti in atto. 'Prodotto' della modernità, lo Stato non solo ha perduto le antiche qualità di esserne anche produttore, ma sempre più appare impigliato nelle difficoltà di preservare per il tempo pos-moderno il proprio ruolo incontrastato di monopolista di un « compiuto »⁽¹⁰⁾ potere politico. È questa la ragione, sopra ogni altra, per cui il futuro di una Costituzione è da scrutare nel suo intreccio con il destino della società, assai più che con quello degli svolgimenti ultimi della moderna organizzazione del potere.

2. *Fisionomia e identità enigmatica delle società attuali.*

Ogni immagine o idea di società unitaria e unificante rischia sempre di scivolare e cadere dentro il campo delle mitologie. Ed è probabile che anche l'uso attento del concetto 'moderno' di società non riesca a evitare gli inconvenienti e i fraintendimenti che di solito accompagnano l'impiego disinvolto della *fictio*-Stato. Del resto, se in parecchi dei suoi elementi caratteristici l'unitarietà dell'immagine o del concetto di società riflette quella che da subito è stata presupposta o auspicata come l'indispensabile 'unità' dello Stato, altret-

⁽⁹⁾ GROSSI, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno*, cit., p. 68. Sul « costituzionalismo democratico » si veda, più ampiamente, P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017.

⁽¹⁰⁾ La « compiutezza » del potere incorporato nel moderno Stato è richiamata da Grossi con alta frequenza: per un esempio fra i molti possibili, cfr. *infra*, nota 22.

tanto vero è che le incrostazioni dell'ottocentesca 'distinzione-separazione' (ovvero 'separazione-contrapposizione') tra lo Stato e la società si conservano numerose e non di rado ancora intatte sulla seconda non meno che sul primo.

Nel riandare con la memoria ai perduranti « debiti » degli anni in cui, cercando di scoprire « chi potesse aiutare un povero novizio a uscire da una sorta di palude metodologica » in cui si rischiava di affondare senza essere mai stati capaci di « realizzarsi pienamente né come storici né come giuristi » ⁽¹¹⁾, Paolo Grossi riconosce « di non aver modificato gli elementari canoni metodologici appresi in gioventù, come storico da Dilthey, Bloch e Marrou (per tacere di altri), come giurista soprattutto da Romano e da Capograssi » ⁽¹²⁾. E, rimarcando quanto per lui sia stato « appagante il messaggio di Marc Bloch, questo meraviglioso risuscitatore di morti », spiega perché *La société féodale* rappresenti un « modello insuperato di comprensione di una civiltà storica per il suo considerare i diversi strati di questa (dallo strato strutturale a quello delle mentalità circolanti) » ⁽¹³⁾.

Se mai la società pos-moderna dovesse un domani godere di un modello altrettanto appagante di comprensione della sua individualità storica e delle sue dinamiche più rilevanti, è assai probabile che il punto di maggiore complessità di un simile modello consisterebbe nel riuscire a sottrarsi il più possibile da ogni condizionamento, palese o surrettizio, delle rappresentazioni della società moderna, eccessivamente unitarie e intessute di simmetrie sin troppo perfette tra gli elementi che la compongono. Sono tante le faglie che stanno allontanando la prima dalla seconda. E forse, alla fine, tra le 'fratture' saranno anche da ricomprendere quelle che al momento appaiono semplici 'derivazioni' della società pos-moderna dagli strati strutturali e dalle mentalità collettive della società che immediatamente l'ha preceduta (e, se così si può dire guardando a parecchi elementi del suo patrimonio genetico, procreata).

⁽¹¹⁾ Cfr. *Dialogo con Paolo Grossi*, in *Paolo Grossi*, a cura di G. Alpa, Roma-Bari, Laterza, 2011, p. 246.

⁽¹²⁾ Ivi, p. 251.

⁽¹³⁾ Ivi, p. 246. Cfr. altresì M. MECCARELLI, S. SOLIMANO, *A colloquio con Paolo Grossi*, in « Forum historiae iuris », 20 marzo 2007, <http://www.forhisiur.de/>.

La « discontinuità » tra l'universo medievale e l'universo moderno, manifestata da una folla sempre più numerosa di segnali eloquenti o quasi impercettibili e provocata da una concatenazione di molteplici rapporti di 'causa-effetto', riguardò soprattutto l'avvicendamento della « insularità dello Stato » alla « *société de sociétés* » evocata da Portalis, la sostituzione della « incompiutezza » del potere politico medievale con il moloc del sempre più accentratore, pervasivo e 'sovrano' potere dello Stato ⁽¹⁴⁾. La 'società di società' è — così la identifica Grossi, ricorrendo alla sua consueta precisione descrittiva — « realtà relazionale, globale, e pertanto non chiusa, anzi apertissima in una raggiera che arriva a una proiezione universale, dove nessuna sua coagulazione riesce ad essere perfettamente *insulare*, ad *individualizzarsi* » ⁽¹⁵⁾. In questa società, il 'sociale' — non ancora distinto e separabile rispetto a un 'economico' autonomo, indipendente, sempre più prevaricante — celebra il proprio « trionfo » grazie alle « sue mille articolazioni ascendenti: famiglie, aggregati sovralfamiliari, corporazioni religiose, corporazioni cetuali, corporazioni professionali, aggregati politico-sociali crescenti che vanno da una minima comunità rurale su su fino al sommo di involucri universali quali il Sacro Impero e la Santa Chiesa » ⁽¹⁶⁾. Un trionfo che nel medesimo tempo è « trionfo della comunità, di ogni forma comunitaria come intreccio di relazioni, molte o poche, grandi o piccole. Una fioritura vitale e virulenta che impedisce la condensazione intensissima dello Stato » ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁴⁾ P. GROSSI, *Dalla società di società alla insularità dello Stato fra Medioevo ed età moderna*, Napoli, Arte Tipografica, 2003: le prime due espressioni citate sono nell'indice-sommario (oltre che, la seconda, nel titolo stesso della lezione), mentre l'immagine, afferrata da Portalis nel *Discours préliminaire* al progetto del *Code civil* napoleonico dell'anno IX, viene richiamata a p. 11 e l'ultima espressione citata è a p. 22.

⁽¹⁵⁾ Ivi, p. 18.

⁽¹⁶⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁷⁾ Ivi, pp. 18-19. E dunque « le 'costituzioni' — non già solo le carte costituzionali — non sono altro che espressioni tangibili di questa continua tensione verso equilibri compatibili. Esse appaiono, perfino, come le 'metafore' delle comunità o, se si può dire, le loro 'epifanie': ne esprimono i caratteri più nascosti e, perfino, il loro 'sentimento', vale a dire i modi di 'sentire' e non già solo di rappresentare il mondo e la vita, ma di viverla e conviverla [...] »: così argomenta GROSSI, *La tutela del risparmio a settant'anni dall'approvazione dell'art. 41 della Costituzione*, cit., p. 4, in uno di quei suoi contributi che in queste pagine ho ritenuto di utilizzare con frequenza, proprio per la

Nel groviglio di processi e relazioni causali (ma anche di contingenze impreviste e circostanze all'apparenza del tutto fortuite), mediante il quale il pos-moderno sta scalzando l'età moderna, la discontinuità sembra scuotere soprattutto la società. Con sommovimenti rapidi, ripetuti, intensi. La scuote con forza superiore (o forse incontrando una resistenza inferiore) rispetto ai sommovimenti e mutamenti che la moderna organizzazione statale del potere — nel campo domestico 'interno', così come in quello, meno addomesticabile, 'internazionale' — è costretta a subire e obbligata a fronteggiare. E la trasforma (sino a rendere oltremodo difficile, od ormai inutile, la formulazione stessa di ogni domanda sulla perdurante presenza di un « principio » di vita e di movimento della società) ⁽¹⁸⁾ proprio in quelli che della società moderna sono stati o sembrati gli indistruttibili elementi costitutivi. Vale a dire, gli elementi che si è ormai abituati a considerare identificativi (e identitari) della sua 'costituzione materiale'.

Persino i raggruppamenti interpersonali « che hanno lo scopo di non lasciare solo — e, anzi, proteggere e integrare — il soggetto, l'individuo, o, come piace molto più a me dire, la persona, nei propri rapporti con la macro-entità statale » ⁽¹⁹⁾ vedono via via declinare non solo l'efficacia delle loro 'funzioni' sociali antiche o più recenti, ma anche i motivi per cui vi si appartiene e, in definitiva, le più rassicuranti ragioni del proprio ruolo e della propria 'socialità'. Interessi economici e sociali 'nuovi' affiancano, e non di rado contrastano, quelli più tradizionali. Questi ultimi, a loro volta,

loro ricchezza di enunciazioni precise e compatte e per la felice presenza di inaspettate 'incursioni' in campi diversi dalla storia del diritto.

⁽¹⁸⁾ Per sottolineare quanto sia oggi sfocata l'immagine di società e calante l'attrattiva per una sua 'comprensione' che non si arresti alla scorza più esterna, richiamo qui, implicitamente, le ragioni per cui Lorenz von Stein si mise alla ricerca — parallelamente al « principio dello Stato », che stava ormai assurgendo a sistema nella costituzione e amministrazione — del « principio del movimento » della società, sulla base della concreta struttura economica di quest'ultima: cfr. L. VON STEIN, *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*. I: *Der Begriff der Gesellschaft und die soziale Geschichte der Französischen Revolution bis zum Jahre 1830*, Leipzig, Otto Wigand Verlag, 1850, pp. 11-149 (trad. it, in ID., *Opere scelte*, I: *Storia e società*, a cura di E. Bascone Remiddi, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 99-234).

⁽¹⁹⁾ P. GROSSI, *Le comunità intermedie tra moderno e pos-moderno*, a cura di M. Rosboch, Genova, Marietti, 2015, p. 39.

subiscono i contraccolpi di una tendenza in atto da tempo: il singolo individuo, disorientato e incerto finanche nel riconoscere quale sia la scala più importante dei propri interessi, sente per sé maggiormente vantaggioso il considerarsi o l'essere considerato parte di una pluralità di cerchie variabili di interessi (in maniera simultanea e senza eccessivi impegni di appartenenza), anziché membro di una sola struttura organizzativa e rappresentativa, di un unico 'corpo'. Come inevitabile conseguenza, cambia e spesso si deprezza proprio quella « dimensione collettiva » che, rispetto alla dimensione propriamente sociale, « vuol dire qualcosa di più, e cioè che i rapporti sociali non restano disarticolati e, quindi, disorganici, ma soggiacciono a dei collegamenti dando vita a formazioni che potenziano le singole vitalità dei soggetti partecipi ai collegamenti: religiose (ed ecco la confraternita), economiche (ed ecco la corporazione professionale), lavorative (ed ecco il sindacato), politiche (ed ecco il partito) » (20).

La cosiddetta 'area intermedia' fra lo Stato e la società si è andata desertificando (alle prime apparenze, almeno) con impressionante celerità. E, in questo caso contrariamente alle apparenze superficiali, anche la più debole politica (ossia una stentata e maldestra azione feriale di classi politiche mediocri o inadatte) si rivela in grado di accamparsi in una tale area, così continuando a manifestarsi ubiqua e invasiva allo stesso modo in cui tutta la politica ha incominciato a esserlo sin dalle prime penombre della tarda modernità. D'altronde, l'azione di classi politiche labili riuscirebbe con fatica a mostrarsi efficacemente pervasiva, quando la società non fosse — in molte delle fasce di individui e di interessi che la compongono — del tutto remissiva o accondiscendente nei confronti della politica, giacché da essa dipendente tanto nel concreto soddisfacimento di gran parte dei bisogni e degli interessi attuali, quanto nel perseguimento atteso per quelli futuri.

(20) Ivi, p. 56. Conta qui ricordare che in Grossi la dimensione sociale è indispensabile per « cogliere il soggetto come creatura relazionale, nei suoi rapporti con gli altri, rapporti che ne limitano il possibile arbitrio e, nello stesso tempo, lo arricchiscono, lo integrano. Dimensione sociale significa anche che il soggetto non può essere colto unicamente come titolare di diritti ingigantendo oltre misura (come si è fatto nella modernità) il suo egocentrismo, ma altresì di precisi doveri, ineliminabile conseguenza della sua recuperata (e per lui salvante) socialità » (*ibidem*).

Che i cambiamenti della società siano più rapidi e spesso in largo anticipo rispetto ai rivolgimenti della politica, è osservazione antica e in molti suoi aspetti tuttora fondata⁽²¹⁾. Vero è anche, però, che non di rado i sommovimenti della politica impongono alla società trasformazioni improvvise, impreviste, magari ampiamente indesiderate. La ‘discontinuità’ tra moderno e pos-moderno, che, scuotendo soprattutto la società, di quest’ultima sta mettendo in particolare evidenza una frammentazione renitente a pur parziali ricomposizioni (se non a quelle offerte, al momento, da scampoli di vecchie ideologie perentorie), riguarda infatti anche lo Stato. Ancora prima, riguarda la politica, di cui lo Stato moderno è il ‘prodotto’ storico, ma anche, per lunghi secoli, il ‘produttore’ pressoché in esclusiva e l’indiscusso ‘erogatore’.

Se la ‘discontinuità’ portasse con sé il rischio di riacutizzare la naturale propensione della politica a manifestare — in momenti e con modalità prevedibili soltanto con larga approssimazione — la propria energia ‘disordinante’, davvero la costituzione potrebbe veder stringersi ulteriormente il proprio rapporto di alleanza con l’attuale società. E allentarsi, però, quello di sempre più vantaggiosa simbiosi — dal tardo Ottocento a oggi — con lo Stato della modernità.

3. *Il potere «compiuto» dello Stato e l’arena politica dei poteri antichi o nuovi.*

È probabile che le prevalenti interpretazioni della lunga vicenda storica dello Stato moderno (tuttora in svolgimento, e lontana dal far prevedere una conclusione repentina e imminente) patiscano le conseguenze di un sovrappiù di ‘linearità’. La quale linearità resta invincibilmente tale, nonostante gli sforzi, in gran parte fruttuosi, di

(21) Per esempio, rispetto al rapporto fra lo Stato e la società (ma immediatamente dietro lo Stato è facile scorgere la realtà della politica), così osservava H. VON TREITSCHKE, *Politik*, Leipzig, S. Hirzel, 1897-1898 (trad. it. *Politica*, Bari, Laterza, 1918, vol. I, pp. 54-55): « [L]’ideale è che lo Stato e la società coincidano, che ogni forza sociale vivente prenda anche nell’ordinamento legale dello Stato il posto che le compete in corrispondenza del suo valore sociale. Ma questo ideale non può essere raggiunto, perché la società vive e deve vivere sempre più rapidamente dello Stato ».

evitare alla realtà e al concetto di Stato ogni irridimento dentro un 'ideal-tipo' così unitario e coerente, da lasciare dimenticata o nella penombra una parte consistente di ciò che ha concorso a edificare la moderna sintesi statale, via via trasformandola sino a quel gigantesco complesso di istituzioni, norme e procedure, persone e beni, simboli, credenze collettive e mentalità sociali, di cui oggi consiste e con cui si manifesta il suo 'potere'. Vale a dire, le resistenze cetuali, le singolarità sociali ed economiche dei differenti territori che ciascuna organizzazione statale ha cercato di ritagliarsi sul metro della propria capacità effettuale di sovranità, le feroci lotte con cui individui, fazioni, minoranze ristrette si contendono — per ambizioni e con motivazioni assai simili nella storia, in maniera ripetitiva e però mai del tutto identica — il vertice del comando politico, insieme con le posizioni immateriali di superiorità rispetto agli altri componenti della sintesi politica e i meno immateriali vantaggi che il possesso del potere, in qualche regime più che in altri, è solito generare.

Per molti aspetti, può persino risultare non peregrina l'ipotesi che l'insistenza sulla natura dello Stato quale 'creatura', 'artefatto', o comunque 'prodotto' peculiare della modernità, abbia finito con il piegare agli esiti del 'moderno' (cioè al suo destino auspicato oppure paventato) le aspettative di vita e le probabili, insospettabili capacità di adattamento della sintesi statale anche alle opportunità positive o negative di un tempo pos-moderno. Non per caso, l'ideal-tipo' di Stato si eleva sino a diventare una sorta di 'universale (europeo)', nobilmente al di sopra di ogni pur comprensibile 'particolare' e in corrispondenza pressoché perfetta, dapprima, con l'universalità storico-politica dell'Europa nella fase ascendente della modernità e poi, quando il pos-moderno già incomincia a trasformare l'età e la civiltà che lo hanno preceduto, con la convinzione di una universalità culturale-scientifica che, pur quando la si relativizzi in tanti o pochi dei suoi aspetti storicamente più condizionati, appare indissolubile dall'Europa moderna.

In Paolo Grossi, benché costante sia l'interlocuzione con i più accreditati storici dello Stato moderno e frequente il ricorso ai risultati delle loro ricerche, l'interesse per il percorso considerato 'tipico' della moderna organizzazione del potere — con i processi di accentramento irresistibili, o con le deviazioni e opposizioni destinate comunque a sedimentarsi nella realtà di ogni singolo Stato

europeo — non risulta così spiccato come a prima vista (ed erroneamente) ci si aspetterebbe. Ancora meno egli si mostra particolarmente attratto da quegli elementi che — a incominciare dalla *ratio* che si vorrebbe sottesa all'idea stessa di Stato e dalla progressiva 'razionalizzazione' quale movente della crescita (e della durata) dell' 'unità' statale — non soltanto sono tra gli architravi della costruzione dell' 'ideal-tipo', ma vengono anche considerati i legami che, sin quasi ad accomunare numerosi tratti delle rispettive esistenze, maggiormente intrecciano lo Stato e la modernità.

Dietro e dentro lo Stato, in ognuna delle fasi 'progressive' in cui lo Stato è cresciuto trasformandosi, Paolo Grossi costantemente scorge (ed è su questo che intende tenere vigile la propria e altrui attenzione) l'ineliminabile presenza del potere politico. Rispetto ai rapporti — ambigui più che ambivalenti, e sempre inquietanti e temibili — fra lo Stato e la politica, inevitabilmente rimane sullo sfondo anche la questione della 'crisi' *specificca* dello Stato come organizzazione del potere. La quale questione, peraltro, non casualmente ha dapprima anticipato e poi accompagnato la percezione e le iniziali analisi dei sommovimenti della società e della politica post-moderne. Con ogni probabilità, anzi, proprio la consapevolezza che la crisi dello Stato porta con sé sommovimenti ingestibili della politica (e, di conseguenza, avvicendamenti imprevedibili delle classi politiche e delle *équipes* di potere) è alla base di quella che — dall'età di Weimar e, poi e soprattutto, con le 'costituzioni democratiche' conseguenti alla conclusione della seconda guerra 'civile' europea — appare come uno scostamento delle nuove Carte costituzionali, o un differente orientamento, rispetto allo svolgimento dottrinale e pratico del costituzionalismo dei 'moderni'.

Nel fondamentale lavoro *L'ordine giuridico medievale*, Paolo Grossi così chiarisce: « 'Stato' è un soggetto politico forte, è l'incarnazione storica di un potere politico perfettamente compiuto » (22).

(22) P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 42. È importante peraltro ricordare come Grossi, nel paragrafo immediatamente precedente, individui e definisca la 'realità', contrassegnata dall'impiego del moderno termine-concetto di Stato, quale « realtà politico-giuridica rigorosamente unitaria, dove unita vuol dire, sul piano materiale, effettività di potere in tutta la proiezione territoriale garantita da un apparato centripeto di organizzazione e coazione, e, sul piano psicolo-

Poche righe dopo, egli offre le seguenti considerazioni, in cui è agevole scorgere non solo i motivi della sua personale avversione al ‘protagonismo’ dello Stato, ma anche le ragioni per cui quest’ultimo è in procinto di non costituire più una « presenza irrinunciabile » dentro lo scorrere della storia: « [s]e lo Stato sembra essere a noi una presenza irrinunciabile non tanto nella platea storica quanto nella nostra coscienza di moderni, è perché siamo figli d’una età — quella moderna — che, con un processo lento ma crescente dal Trecento in poi, vive della presenza sempre più ingombrante di questo soggetto politico, così ingombrante da averlo protagonista — ieri e ancora oggi, anche se non nei progetti per il futuro — della sua vita associata; ma è questo pur sempre un dato storico, cioè relativo, che, lungi dal precluderci di cogliere le varietà e le diversità del passato, deve, al contrario, fungere da cifra per esaltare le scelte alternative e le variazioni delle singole organizzazioni politiche, per esempio di quella della civiltà medievale » (23).

Eppure, alcuni interrogativi — Grossi ne è pienamente consapevole — restano sospesi, privi della possibilità di una risposta pienamente persuasiva. Se anche nei « progetti per il futuro » lo Stato-protagonista non ci fosse più, o se la sua presenza diventasse così poco « ingombrante » da renderne il ruolo assai simile a quello con cui le istituzioni attempate e talora acciaccate si aggrappano al loro valore residuo di simbolo per sopperire alla crescente irrilevanza dell’originaria ‘funzionalità’, che ne sarà del potere politico, di cui lo Stato moderno ha fatto un buon uso oppure un impiego smodato e pessimo, o al quale, viceversa, si è deliberatamente o di necessità asservito? E ancora: cercando di diradare le nebbie che oggi avvolgono ogni figura possibile di futuro, davvero sono immaginabili « organizzazioni politiche » capaci di ‘contenere’ il potere assai meglio di quanto non abbia fatto lo Stato, magari spezzando quella sorta di convivenza necessaria e coesistente che unisce il

gico, una volontà ‘totalitaria’ che tende ad assorbire e a far sua ogni manifestazione almeno intersoggettiva che in quella proiezione territoriale si realizzi. In altre parole, un macrocosmo unitario che tende a porsi come struttura globale munita d’una volontà onnicomprensiva » (*ibidem*).

(23) Ivi, p. 43.

potere alla politica, anche e in particolare durante le più disordinanti manifestazioni di quest'ultima?

Il potere politico, quando i processi di transizione storica fanno più veloci e scomposti, appare trasformarsi esso stesso. Quasi fosse un gioco in cui *fictiones* e realtà si scambiano di ruolo con frequenza maggiore del solito, o quasi per effetto di una metamorfosi tuttora inspiegabile nel suo ciclico riprodursi, il potere politico si concentra e ulteriormente si verticalizza, nel medesimo tempo in cui sembra disseminarsi orizzontalmente, abbassando provvisoriamente l'ostentazione del suo esercizio e della sua efficacia. Sono anche, queste, le fasi di transizione in cui s'irrobustiscono poteri che — 'nuovi', o sino a quel momento nelle quinte — scompaginano il sistema (a incominciare dal formale o informale 'ordine gerarchico' degli elementi che lo compongono) di alleanze e cooperazioni, concorrenze e conflitti aperti o latenti, dentro cui opera, e cerca di perpetuarsi, ogni singolo potere di quella pluralità di poteri che è sempre presente in qualsiasi stabile organizzazione della convivenza umana. Ed è ancora nel corso di queste transizioni, infine e soprattutto, che di solito mutano (e talvolta sembrano rovesciarsi) i sempre instabili equilibri tra il potere politico e tutte le altre forme di potere, in primo luogo quelle costruite sulla ricchezza economica e finanziaria.

Nel passaggio dal moderno al pos-moderno, anche il potere politico viene scosso con intensità. È scosso nelle funzioni distributive e in quelle produttive di ulteriore potere, così come nelle sue modalità di 'articolazione' e 'stratificazione' (24). Sempre più diffuse lungo l'intera parabola dell'età moderna, sino a raggiungere la massima estensione con la 'democrazia dei partiti', sono proprio le modalità di articolazione e stratificazione ad avere ampliato enormemente il 'ceto' di chi gode (o aspetta di goderne il prima possibile) dei vantaggi assicurati da una qualche forma di 'partecipazione' al potere politico. D'altronde, i sommovimenti della politica pos-moderna vengono concretamente a coinvolgere, tutti insieme (anche se non, ovviamente, con identici effetti), chi intende

(24) Sulla rilevanza dei distinti fenomeni di 'articolazione' e 'stratificazione', cfr. G. MIGLIO, *Lezioni di politica, 2: Scienza della politica*, a cura di A. Vitale, Bologna, il Mulino, 2011, particolarmente pp. 362-392.

conservare il potere che già detiene e chi ambisce a sottrarglielo, leader e classi politiche già attestate da tempo oppure nascenti, aiutanti, rappresentanti e rappresentati. Per il moderno ‘ordine politico’, costruito su misura dello Stato e garantito sino all’ultimo da quest’ultimo, i sommovimenti più rischiosi provengono difatti da quel ‘sistema rappresentativo-elettivo’, che della ‘democrazia dei moderni’ — dopo averla generata, o, quantomeno, dopo essersi a tal punto immedesimato con essa da renderne quasi indistinguibili le rispettive finalità — ne è ora un ‘alleato’ incerto e non sempre affidabile ⁽²⁵⁾. O addirittura, a seconda delle circostanze e convenienze ‘politiche’, un tremendo letto di Procuste.

Come sempre succede, anche il passaggio che stiamo vivendo sembra ancora più indeterminabile nei suoi esiti e aleatorio nei suoi tempi, proprio perché ogni linearità vera o presunta è al momento celata sotto un cumulo di contraddizioni e paradossi. Trasformato e indebolito all’interno del proprio territorio e rispetto alle pretese o agli umori della società, lo Stato resta protagonista da *patronus*, e utile comprimario da ossequiente *cliens*, di quella politica internazionale che sta rimpicciolendo la politica ‘domestica’, sino a farla sembrare scarsamente dotata, nella maggior parte dei casi, di effettivo (e quindi ‘vero’) potere. D’altro canto, non appena ci si appresti a disegnare la mappa dei nascenti poteri politici diversi da quelli sin qui ‘incorporati’ nello Stato (se con successo o soltanto come pretesa, poco importa per ora) e, insieme, di quei poteri economici o tecnologici-mediatici che, pur (o proprio perché) carenti di qualsiasi identificazione territoriale, sembrano già assurti al ruolo di attori principali della politica pos-moderna, subito ci si accorge che il migliore risultato non può essere se non un approssimativo, del tutto provvisorio portolano.

Eppure, nonostante tutte queste difficoltà (e nonostante le conseguenti tentazioni di rientrare con le nostre riflessioni e analisi dentro i rassicuranti schemi di teorie e paradigmi leggermente

⁽²⁵⁾ Perché l’alleanza si sia incrinata è spiegato da H.F. PITKIN, *Representation and Democracy: Uneasy Alliance*, in «Scandinavian Political Studies», 27 (2004), n. 3, pp. 335-342 (trad. it. *Rappresentanza e democrazia: un’alleanza incerta*, in ID., *Il concetto di rappresentanza*, prefazione di A. Pizzorno, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2017, pp. XXXIII-XLVI).

modificati e integrati, o, peggio, di trovare riparo dietro vecchie o più recenti dogmatiche e mitologie), la rete dei poteri politici — con il loro potere ‘in atto’ o ‘potenziale’⁽²⁶⁾, con lo ‘spazio’ su cui si esercitano o più ampiamente vorrebbero dispiegarsi, con il ‘tempo’ sul quale intendono signoreggiare e che nei regimi democratici è invece una delle più ferree ‘limitazioni’ apposte ai poteri apicali di comando — avvolge pressoché ciascuno dei cambiamenti in corso. I processi di conservazione, produzione e distribuzione del potere politico s’intersecano e interferiscono con i mutamenti della società e con quelli dell’‘unità’ politico-statale. Soprattutto, s’intersecano e interferiscono con la democrazia quale esito storico dello Stato moderno, o, per non pochi studiosi, come suo compimento e coronamento. Anche se non andrebbe mai dimenticato che la bivalenza della moderna sintesi statale può ancora favorire le sorti di quei regimi autocratici o addirittura totalitari, oggi solitamente considerati le ‘corrotte’ forme antagoniste della democrazia.

La Costituzione, ogni costituzione, inevitabilmente diventa — in questa fase di transizione — il punto più sensibile alle modalità di non troppo squilibrata coesistenza, o invece di crescente contrasto, tra il passato e il presente, tra l’energia restante degli elementi di continuità e la forza di rottura delle discontinuità.

4. *Il bivio del costituzionalismo europeo.*

Nelle analisi e riflessioni ultime di Paolo Grossi pare aprirsi una breccia anche l’ipotesi di un’Europa sollecitata o costretta, proprio dai cambiamenti in corso nell’età pos-moderna, a porre mano alla costituzione di qualcosa di affine, sì, a un ‘corpo politico’ non troppo innaturale, informe e ingombrante, ma soprattutto ‘nuovo’ nel suo ordinamento. Talmente nuovo da lasciarsi final-

(26) Riguardo alla distinzione analitica tra « potere attuale » e « potere potenziale » (il primo inteso come relazione tra azioni e il secondo quale rapporto tra disposizioni ad agire), cfr. M. STOPPINO, *Potere ed élites politiche. Saggi sulle teorie*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 26 e ss. Su ‘azione politica’ e ‘monopolizzazione del comando’ si veda in particolare S. BARTOLINI, *The Political*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2018 (trad. it. *Il Politico. Teoria dell’azione politica nucleare*, presentazione di D. Palano, Brescia, Scholé, 2022).

mente alle spalle gran parte dei ‘particolarismi’ politico-statali che, dopo averne scandito e nutrito per secoli la primazia sul mondo, rischiano ora di condannare gli Stati e i popoli europei a una condizione di subalternità politica, crescente nel tempo e magari definitiva, rispetto alle potenze egemoni nel ‘sistema globale’.

Per il conoscitore profondo, qual è Grossi, di pressoché ogni struttura, articolazione e manifestazione sociale dell’« ordine giuridico medievale », l’esistenza di una ‘società europea’ — una ‘società delle società’ dell’Europa — è una di quelle realtà storiche che nella loro lunga durata sono in grado, proprio perché non restie a opportune o necessarie modificazioni esteriori, di mantenere intatti i propri caratteri interiori e più vitali. È soprattutto questa persistenza, culturale-psicologica appunto in quanto (in primo luogo) valoriale, a motivare il perché — osserva Grossi all’esordio del suo discorso di apertura, nel settembre 2013, del *Symposium* organizzato dal Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte sul tema « Europäische Normativität - Globalhistorische Perspektiven » — dagli anni Cinquanta del Novecento l’Europa incominci il suo cammino verso la realizzazione, in un senso rigorosamente giuridico, di « una indiscutibile unità e anche una indiscutibile tipicità » (27). Le quali riecheggiano entrambe (semplicemente riecheggiano, senza indurre a svianti analogie, forzate corrispondenze o confuse suggestioni di ‘ritorni’ e meccanici andamenti ciclici) il « maturo medioevo, all’incirca fra i secoli XI e XIV » (28). Cioè la civiltà e l’ordine, il cui posto nella storia è stato preso dalla civiltà e dall’ordine dell’età moderna, quando « [l]a porzione occidentale del continente euroasiatico (appunto, l’Europa) » è venuta a costituire « una espressione geografica, essendo rilevanti politicamente e giuridicamente solo gli Stati, che la frazionavano in tante entità sovrane e la riducevano a un vero arcipelago politico e giuridico » (29).

L’attenzione del giurista, e del giudice della Corte costituzionale italiana, è sempre ben vigile nei confronti degli « strumenti patti-

(27) P. GROSSI, *Il messaggio giuridico dell’Europa e la sua vitalità: ieri, oggi, domani*, in « Contratto e impresa / Europa », 18 (2013), 2, p. 681.

(28) *Ibidem*.

(29) *Ibidem*.

zii »⁽³⁰⁾ con cui l'integrazione europea — forse lentamente per ragione di prudenza e necessità, forse appesantita dalle mitologie sulle capacità di uno *spill over* automatico e prodigioso dell'economia nel campo della politica, più ancora che in quello del diritto — via via sembra approssimarsi alla propria méta. E fermissimo è l'atteggiamento con cui Paolo Grossi sorveglia che « il campo dei diritti fondamentali della persona » resti il « cuore » del nascente diritto europeo⁽³¹⁾ e che i « comuni valori fondamentali » dell'Europa — « comunità di popoli » — non rischino di « scomparire all'interno di una realtà compatta e massificante »⁽³²⁾. Significativamente, del resto, « il disegno — squisitamente giurisprudenziale — di un ordine giuridico complesso, che si vuole scandito in più strati, che si vuole soprattutto poggiante su uno strato profondo, radicale, dove i valori diventano principii e i principii consentono il riconoscimento di diritti fondamentali » ha acquisito nitidezza e forza, già nel 1969, proprio dalla Corte di giustizia europea con la sentenza *Stauder* e, l'anno successivo, con il giudicato *Internationale Handelsgesellschaft*, in cui la Corte pone la salvaguardia dei diritti fondamentali in connessione stretta con le « tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri »⁽³³⁾. Vale a dire — osserva Grossi, immediatamente prima di richiamare l'energia produttiva dell'*interpretatio* — « [t]radizioni, ossia esperienze tanto intensamente radicate ed effettivamente vissute da immedesimarsi nella storia di un popolo, e da considerarsi come quel patrimonio di valori che prende la forma di un corredo di principii e, infine, di diritti fondamentali »⁽³⁴⁾.

A conferma del fatto che anche le costituzioni dell'età post-moderna non sono per nulla sottratte al rischio di essere usate per materializzare (nuovamente, e in contingenze storiche peraltro ormai avverse a ogni pretesa di 'compiutezza' del potere) la supremazia della politica nei confronti della società, una 'Costituzione europea'

(30) Ivi, p. 686, con riferimenti puntuali agli accordi che — scrive Grossi a p. 685 — portano « lentamente ma progressivamente, da Roma (1957) a Maastricht (1992), ad Amsterdam (1997), a Lisbona (2009) ».

(31) Ivi, p. 687.

(32) Ivi, p. 686.

(33) Ivi, p. 688.

(34) Ivi, p. 689.

è — tra i possibili « progetti per il futuro » dell'Europa, di cui Grossi osserva gli abbozzi — un'ombra fastidiosa più che inquietante, l'approdo estremo dello Stato moderno, l'ennesimo sforzo di auto-conservazione di frazioni larghe degli odierni ceti politici nazionali e della classe burocratica europea. O forse è oramai, più banalmente, un fuoco fatuo.

Riguardo all'eventualità di una Carta costituzionale dell'Unione europea, Paolo Grossi con ogni probabilità sente urgere in sé la medesima domanda che, a guerra appena conclusa, Giuseppe Capograssi si poneva sull'imminente Costituzione italiana. Chiedeva infatti Capograssi (e con amarezza rispondeva): « In queste condizioni dove mettere le basi, dove trovare quel tanto di fermo e di solido che è necessario per fondare una Costituzione, cioè il centro, il punto fermo attorno a cui si deve raccogliere, e trovare unità e sostegno, la infinita mobilità della vita storica di un popolo? Veramente non si riesce a vedere »⁽³⁵⁾. Con quasi altrettanta probabilità, nei confronti dell'elencazione — ragionevolmente stilabile e concretamente realizzabile nelle attuali circostanze politiche — di 'norme costituzionali' per l'Europa, Grossi renderebbe ancora più acuminati gli strali che Capograssi ebbe a lanciare contro ogni Carta che si umiliasse a essere un'« antologia di tutti i più illustri luoghi comuni che la letteratura sull'argomento presenta », oltre che il contratto, o il patto, grazie al quale fissare — « pittoresca immagine », cui ha arriso una stupefacente fortuna — le cosiddette « regole del giuoco »⁽³⁶⁾.

Il 'moderno' costituzionalismo europeo è a un bivio⁽³⁷⁾. La

⁽³⁵⁾ G. CAPOGRASSI, *Dubbi sulla costituzione*, in « Meridiano », 1945, 9, pp. 1-2, ora in Id., *Opere*, Milano, Giuffrè, 1959, vol. VI, pp. 105-108 (la frase citata è a p. 107).

⁽³⁶⁾ Ivi, p. 108. A Capograssi le società europee apparivano paralizzate da una « mortale impotenza di arrivare a un minimo di riflessione, di pensiero, di persuasione comune » (*ibidem*).

⁽³⁷⁾ Da ricordare è ciò che acutamente osserva M. FIORAVANTI, *Costituzione e politica: bilancio di fine secolo*, in *La nuova età delle costituzioni. Da una concezione nazionale della democrazia a una prospettiva europea e internazionale*, a cura di L. Ornaghi, Bologna, il Mulino, 2000, p. 65: dopo aver tentato di costruire una « politica costituzionale », il Novecento « rischia ora di concludersi con una secca e drastica riduzione della sfera della politica, paradossalmente lasciando in eredità al nuovo secolo l'idea di una costituzione, di una legge fondamentale comune, *senza politica*, che pretende di autorappresentarsi nei termini di una sorta di 'ragione universale', per sua

strada, incerta e lunga, di intendere una costituzione soprattutto « radicata » nella società, di ‘desacralizzare’ il suo connubio con lo Stato considerandola « come la cuspide emergente di un continente per la massima parte sommerso » ⁽³⁸⁾, perché possa essere tracciata e percorsa ha bisogno di mappe nuove e veritiere riguardo al ‘potere’ effettivo dello Stato, ai rapporti fra quest’ultimo e la società, alle condizioni, in definitiva, dei regimi politici oggi esistenti e delle classi politiche che li impersonano. Invece, ad attendere e accompagnare il costituzionalismo lungo la prosecuzione della via più nota e meno insicura, non ci potrà che essere la ferrea ‘necessità’ di aggiustamenti, grandi o minuscole revisioni, qualche ‘innovazione’, delle regole (appunto) del gioco. Ossia la ‘necessità’ oggi più persistente e tenace, e però più affrontabile, tra quelle poste a garanzia della vecchia e illusoria equivalenza dello Stato con la politica della modernità.

natura distinta e superiore rispetto alle costituzioni politiche nazionali, basate sul tradizionale principio democratico ».

⁽³⁸⁾ Cfr. *supra*, nota 3.

GIOVANNI TARLI BARBIERI

« C'ERA UNA VOLTA L'UNIVERSITÀ IN ITALIA ».
PAOLO GROSSI E L'AUTONOMIA (NEGLETTA)
DEGLI ATENEI ALLA PROVA
DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI

1. Considerazioni introduttive. — 2. La pagina introduttiva del 1995: la perdurante inattuazione dell'art. 33, comma 6, Cost. — 3. Le pagine del 1996-1999: il fondamento e la latitudine dell'autonomia universitaria. — 4. Gli sviluppi normativi successivi: il Maestro (purtroppo) aveva visto lontano... — 5. Dopo la legge Gelmini: verso il definitivo oblio dell'autonomia universitaria? — 6. Considerazioni conclusive: c'è ancora spazio per l'autonomia universitaria?

1. *Considerazioni introduttive.*

Tra il 1995 e il 1999 Paolo Grossi, prendendo spunto da alcune proposte di riforma dell'Università che in quel momento stavano vedendo la luce, dedica alcune pagine pubblicate nei *Quaderni fiorentini* al tema dell'autonomia universitaria, garantita dall'art. 33, comma 6, Cost. (« Le istituzioni di alta cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato »).

A parere di chi scrive, si tratta di testi di grande interesse, innanzitutto perché in essi emergono con grande evidenza alcune delle coordinate fondamentali del suo pensiero, a cominciare dal primato della Costituzione repubblicana che ha esaltato i principi di autonomia e pluralismo, ripudiando una concezione dello Stato « personificato e pertanto 'realtà' unitaria e compatta, che pretendeva di giganteggiare nella sua esclusività di unico soggetto politico e unico *creatore* di diritto » ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ P. GROSSI, *Costituzionalismi tra 'moderno' e 'pos-moderno'. Tre lezioni Suor-Orsoliane*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, p. 71.

L'autonomia universitaria costituisce un ambito nel quale emergono non solo i tratti di discontinuità della Costituzione rispetto all'ordinamento liberale e al regime fascista ma anche le complesse problematiche di una Carta fondamentale che, proprio per la profondità di questa discontinuità, ha incontrato forti resistenze nella sua concreta attuazione.

Discontinuità della Costituzione e inattuazione dell'art. 33, comma 6, costituiscono la trama essenziale del pensiero di Grossi, condensato in pagine singolarmente dense e connotate non solo dal consueto rigore argomentativo, ma anche, in non pochi passi, da un ardore polemico, espressione di una grande passione civile e di una forte consapevolezza delle responsabilità che spettano agli intellettuali; l'autonomia degli Atenei è da lui esaltata, ed anzi « urlata » (2), perché, come è stato efficacemente osservato, essa « non ha una giustificazione corporativa e non serve a sostenere pretese di auto-referenzialità, ma a dare corpo ed energia alla libertà di ricerca ed insegnamento, dalla quale nasce — come oggi si riconosce ampiamente nei Paesi che vantano i sistemi universitari più efficienti — l'impulso più forte all'innovazione culturale e tecnologica » (3).

A Grossi non sfugge quindi che la partita dell'autonomia è decisiva, essendo essa strumentale a consentire agli Atenei di determinare, con propri organi e con proprie procedure, la necessaria disciplina organizzativa a garanzia delle libertà fondamentali di cui all'art. 33 Cost. (4).

(2) Espressione usata testualmente dall'autore: P. GROSSI, *Pagina introduttiva (con una 'lettera aperta' al Ministro Berlinguer sulla autonomia universitaria)*, in « Quaderni fiorentini », 25 (1996), p. 6.

(3) G. SILVESTRI, *L'autonomia universitaria tra vecchi e nuovi centralismi*, in « Quaderni costituzionali », 2002, p. 336. Si è quindi parlato di due aspetti dell'autonomia universitaria: uno negativo, nei confronti dei poteri statali, l'altro positivo « di assicurazione nell'ambito universitario della libertà dei docenti, del concorso attivo degli studenti alla vita dell'università, del collegamento di questa con i vari centri di vita associata, interferenti con la sua funzione »: C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, t. II, Padova, Cedam, 1976, p. 1190.

(4) F. MERLONI, *Università*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, vol. VI, Milano, Giuffrè, 2006, p. 6106.

2. *La pagina introduttiva del 1995: la perdurante inattuazione dell'art. 33, comma 6, Cost.*

Nel primo testo, la pagina introduttiva ai *Quaderni fiorentini* del 1995, al centro delle riflessioni di Grossi è l'inattuazione dell'art. 33, comma 6, Cost., che ha favorito la perdurante vigenza di una legislazione precostituzionale, in particolare il testo unico sull'istruzione universitaria (R.d. 1592/1933), animato da una *ratio* opposta a quella dell'autonomia universitaria, e dunque congeniale a consentire « un controllo pieno della realtà universitaria collocata perennemente all'ombra del Ministero della Pubblica Istruzione, e per ciò stesso del Governo centrale »⁽⁵⁾.

Come è stato efficacemente notato, almeno fino alla fine degli anni ottanta « si può ben dire che il tema dell'autonomia universitaria sia rimasto nell'ombra », con gli Atenei che oscillano « fra il polo dell'accentramento e quello dell'autonomia, con l'accento che cade sul primo piuttosto che sull'altro termine »⁽⁶⁾. In effetti, a partire dal periodo costituzionale provvisorio⁽⁷⁾ e fino agli anni ottanta il legislatore è intervenuto a disciplinare aspetti parziali, sia pure non irrilevanti⁽⁸⁾, ma spesso in una logica emergenziale o meramente congiunturale⁽⁹⁾. Dopo l'entrata in vigore della Costituzione si è dipanato quindi un processo legislativo di riforma « casuale e frammentario »⁽¹⁰⁾, solo in alcuni casi tale da aprire spazi,

⁽⁵⁾ P. GROSSI, *Pagina introduttiva*, in « Quaderni fiorentini », 24 (1995), p. 1.

⁽⁶⁾ L. PALADIN, *Stato e prospettive dell'autonomia universitaria*, in « Quaderni costituzionali », 1988, rispettivamente pp. 161 e 172 (il testo è pubblicato anche in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile)*, Padova, Cedam, 1990, p. 455 e ss.).

⁽⁷⁾ In particolare, il d.lgs.lgt. 264/1944 (« Modificazioni al vigente ordinamento universitario ») e il d.lgs.lgt. 238/1945 (« Provvedimenti sull'istruzione superiore »).

⁽⁸⁾ Così, ad esempio, la l. 311/1958 (« Norme sullo stato giuridico ed economico dei professori universitari ») e la l. 349/1958 (« Norme sullo stato giuridico ed economico degli assistenti universitari »), entrambe ritenute parzialmente vigenti dal d.lgs. 179/2009 (c.d. « salva-leggi »).

⁽⁹⁾ Il pensiero corre, ad esempio, al d.l. 580/1973 (convertito, con modificazioni, dalla l. 766/1973), recante « Misure urgenti per l'Università ».

⁽¹⁰⁾ M. SCUDIERO, *Intervento*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *L'autonomia universitaria* (Bologna, 25-26 novembre 1988), Padova, Cedam, 1990, p. 82.

peraltro meramente interstiziali, all'autonomia anche normativa degli Atenei ⁽¹¹⁾.

Grossi condivide questa tesi: secondo lui, a causa del disinteresse e della diffidenza nutriti dal potere politico verso l'Università, e anche per l'impotenza del legislatore non solo è mancato un organico processo di riforma degli Atenei ma, in luogo di esso, sono intervenuti provvedimenti che l'autore giudica assai severamente, qualificandoli come « impoveritori e perversitori » ⁽¹²⁾.

Egli si sofferma, in particolare, sulla l. 910/1969 (« Provvedimenti urgenti per l'Università »), sul d.P.R. 382/1980 (« Riordinamento della docenza universitaria, relativa fascia di formazione nonché sperimentazione organizzativa e didattica ») e sulla legge 168/1989 (« Istituzione del Ministero dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica », c.d. legge Ruberti).

La l. 910/1969 è definita « la risposta affrettata e abdicativa di un potere politico debole e vigliacco al grande fenomeno della contestazione studentesca » e « forse il più grosso tradimento del Parlamento nazionale nei confronti dell'Università; il potere politico, pilatescamente, si lavò le mani degli spinosi, scottanti problemi che le lotte studentesche avevano sottolineato, lasciò nelle trincee, a combattere disarmati una amara battaglia, i docenti delle varie Facoltà o almeno coloro che non intendevano prestarsi a soluzioni demagogiche. Chi ha vissuto quei momenti, come l'autore di questa pagina, non può non avere ancora un moto di sdegno per la irresponsabilità di un intero corpo politico pronò soltanto alle orditure di qualche nefasto uomo di partito » ⁽¹³⁾.

Il d.P.R. 382/1980, adottato a seguito di agitazioni sindacali del personale precario delle Università, è liquidato come portatore « di un semplice sviluppo corporativo » che ha favorito un sistema di reclutamento dei docenti basato su strumenti tanto « demagogici e inidonei a una seria selezione dei candidati » da aver cagionato danni che « gravano ancora sulla vita della Università italiana e sono

⁽¹¹⁾ Si pensi alla l. 910/1969 (successivamente richiamata nel testo) in materia di elezioni studentesche che prevede regolamenti universitari sulle elezioni studentesche senza l'approvazione ministeriale.

⁽¹²⁾ GROSSI, *Pagina introduttiva*, cit., p. 1.

⁽¹³⁾ Ivi, p. 2.

espressi dalla presenza in essa di troppi incapaci nella gestione e guida di tanti 'corsi' universitarii » (14).

L'art. 86 di tale decreto istituiva i Dipartimenti, attribuendo ad essi l'autonomia finanziaria ed amministrativa, ma sulla base di un regolamento-tipo di amministrazione e contabilità generale delle Università, da adottarsi con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro della pubblica istruzione, sentito il C.U.N., di concerto con il Ministro del tesoro (comma 2). Solo all'interno della cornice di questo regolamento-tipo governativo le istituzioni universitarie potevano esercitare le proprie determinazioni autonome, non a caso qualificate come « disposizioni integrative » e di adeguamento della normativa « nel rispetto delle leggi vigenti [...] fatti salvi i principi dichiarati non derogabili nel regolamento tipo » (comma 3) (15). Non a caso, in uno dei più citati commentari al d.P.R. 382/1980 si poteva leggere che queste disposizioni apparivano, nell'ottica dell'autonomia, addirittura più arretrate rispetto alla normativa pregressa, anche precostituzionale, giustificando la legificazione di ambiti lasciati liberi perfino dal R.d. 1592/1933 con « un orientamento di fondo del legislatore non già volto a limitare la suddetta autonomia, ma a orientarla all'interno di un quadro normativo più avanzato verso un assetto dell'Università profondamente innovato rispetto a quello preesistente » (16).

Anche sulla l. 168/1989 le valutazioni di Grossi sono negative. I contenuti di tale legge sono considerati niente più che

affrettati e disorganici interventi sui procedimenti di formazione dei nuovi Statuti delle Università, mentre la tanto conclamata autonomia degli Atenei si riduceva, o ad una affermazione generica della autonomia didattica, o ad autonomia finanziaria, la quale ultima, restando gli Atenei poverissimi di risorse economiche, si risolse soprattutto in una beffa. E si lasciavano inalterati i gravi problemi dell'adeguamento degli studi universitarii nonché della formazione e

(14) *Ibidem*.

(15) A regolamenti-tipo alludeva anche l'art. 66 in materia di ripartizione dei proventi delle prestazioni dei contratti e convenzioni di ricerca per conto terzi.

(16) *La riforma universitaria (d.P.R. n. 382 dell'11 luglio 1980)*, a cura di L. Capogrossi Colognesi, V. Cerulli Irelli, Milano, Giuffrè, 1981, p. 29.

del reclutamento dei docenti, che sono i problemi che — soli — in questa sede possono interessarci ⁽¹⁷⁾.

In questa parte forse le valutazioni del Maestro sono eccessivamente severe: certamente, la l. 168/1989 alla luce degli sviluppi successivi si è rivelata niente più che una sorta di « rivoluzione incompiuta », in quanto concepita come il primo tassello di un processo riformatore che si sarebbe dovuto completare con una successiva legge attuativa dei principi generali sull'autonomia ⁽¹⁸⁾, peraltro mai approvata.

Tuttavia, si è trattato del primo, ancorché parziale tentativo di attuare l'art. 33, comma 6, Cost., in una prospettiva di limitazione della legge in favore dell'attività normativa degli Atenei: infatti, ai sensi dell'art. 6, comma 2, « nel rispetto dei principi di autonomia stabiliti dall'articolo 33 della Costituzione e specificati dalla legge, le università sono disciplinate, oltre che dai rispettivi statuti e regolamenti, esclusivamente da norme legislative che vi operino espresso riferimento. È esclusa l'applicabilità di disposizioni emanate con circolare ». Con la prima previsione non solo si intendeva escludere l'applicazione di regolamenti governativi ma si voleva garantire che una certa decisione legislativa fosse « assunta nella piena consapevolezza di voler disciplinare un certo settore ordinamentale », ancorché non necessariamente « ad assicurare l'emersione già nel 'voluti' del legislatore della *intentio* di sostituire norma a norma » ⁽¹⁹⁾. Con la seconda si voleva escludere uno strumento tradizionalmente utilizzato dal Ministero in funzione dell'esercizio

⁽¹⁷⁾ GROSSI, *Pagina introduttiva*, cit., p. 3.

⁽¹⁸⁾ A tale legge alludono gli artt. 6, comma 8, e 16, comma 1, della l. 168/1989. Su tale legge, in particolare, G. AURISICCHIO, *Rapporti tra legge istitutiva del Ministero e disegno di legge sulle autonomie*, e F. MERLONI, *I contenuti del disegno di « legge generale sull'autonomia dell'università e degli enti di ricerca »*, entrambi in *Il Ministero e l'autonomia delle Università e della ricerca. Commento alla legge 9 maggio 1989, n. 168 e al disegno di legge sulle autonomie*, a cura di F. Merloni, Bologna, il Mulino, 1989, rispettivamente pp. 201 e ss. e 215 e ss.

⁽¹⁹⁾ P. CARNEVALE, *Il caso delle leggi contenenti clausole di « sola abrogazione espressa » nella più recente prassi legislativa. Per un tentativo di rimeditazione organica anche alla luce della problematica degli autovincoli legislativi*, in *Trasformazioni della funzione legislativa. I. "Vincoli" alla funzione legislativa*, a cura di F. Modugno, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 4-5, nt. 1.

di un'attività direttiva o, addirittura, normativa nei confronti degli Atenei.

Il comma 1 dello stesso art. 6 qualificava le Università come enti dotati di personalità giuridica che, « in attuazione dell'articolo 33 della Costituzione, hanno autonomia didattica, scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile; esse si danno ordinamenti autonomi con propri statuti e regolamenti ».

In discontinuità rispetto al passato ⁽²⁰⁾, la l. 168/1989 configurava quindi gli statuti come una fonte espressiva dell'autonomia degli Atenei ⁽²¹⁾, ancorché soggetta al controllo del Ministro ⁽²²⁾.

Quanto ai regolamenti di ateneo, l'art. 6, comma 6, della legge affermava che essi erano emanati con decreto del Rettore « nel rispetto dei principi e delle procedure stabiliti dallo statuto ». Anche a tali fonti si estendeva il controllo ministeriale previsto per lo statuto.

Pur con i suoi non irrilevanti limiti la l. 168/1989 si è atteggiata più come una parentesi che come una svolta politico-istituzionale di lungo periodo.

Dopo la sua entrata in vigore, infatti, si è sviluppata una normativa per molti aspetti frammentaria, dettagliata, spesso determinata da esigenze del tutto contingenti ⁽²³⁾, anche soprattutto di

⁽²⁰⁾ Sugli statuti universitari prima della l. 168/1989, cfr., per tutti, C. CORSI, *Poteri governativi in tema di statuti degli enti pubblici*, in *Norme secondarie e direzione dell'amministrazione*, a cura di U. De Siervo, Bologna, il Mulino, 1992, p. 383 e ss.

⁽²¹⁾ Ai sensi dell'art. 6, comma 9, essi erano (e sono, trattandosi di disposizione ancora vigente) deliberati dagli organi competenti dell'Università a maggioranza assoluta dei componenti.

⁽²²⁾ I commi 9 e 10 dello stesso art. 6 prevedono poi un controllo di legittimità e di merito nella forma della richiesta motivata di riesame con, in ultima istanza, la possibilità per il Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della ricerca, qualora gli organi dell'Università non si conformino ai rilievi di legittimità con deliberazione adottata con i tre quinti dei componenti, di ricorrere contro l'atto emanato dal rettore, in sede di giurisdizione amministrativa. L'art. 6 della l. 168/1989 è richiamato dall'art. 2, comma 7, della l. 240/2010.

⁽²³⁾ Solo per citare alcuni esempi, si possono ricordare il d.l. 120/1995 (convertito, con modificazioni, dalla l. 236/1995, recante « Disposizioni urgenti per il funzionamento delle università »), la l. 4/1999 (« Disposizioni riguardanti il settore universitario e della ricerca scientifica, nonché il servizio di mensa nelle scuole »), la l. 264/1999 (« Norme in materia di accessi ai corsi universitari »), la l. 370/1999 (« Di-

carattere finanziario, tale da ridimensionare ulteriormente gli spazi, pure non ampi, di autonomia in precedenza riconosciuti.

In questa sede non è certo possibile ricostruire tale complessa normativa, salvo evidenziare che il d.lgs. 29/1993 (successivamente trasfuso nel d.lgs. 165/2001), comprendendo le « istituzioni universitarie » tra le amministrazioni pubbliche, ha consentito di estendere alle Università, pressoché « in automatico », i contenuti della generalità delle riforme amministrative, caoticamente succedutesi nell'ultimo quarto di secolo. Le peculiarità, anche sul piano costituzionale, degli Atenei si sono pertanto smarrite, con la sistematica applicazione di discipline pensate per la generalità delle amministrazioni pubbliche; il d.lgs. 29/1993 ha contribuito, da un lato, a una burocratizzazione e regolazione normativa ipertrofica ⁽²⁴⁾ e, dall'altro, a un depauperamento delle risorse ad essi spettanti: in forza di tale disposizione, infatti, sono stati estesi alle Università anche i drastici provvedimenti finalizzati al contenimento della spesa pubblica, secondo una logica quantitativa e non qualitativa, che hanno inciso sull'autonomia « specie quanto ad acquisizione e gestione delle risorse, sia umane sia finanziarie » ⁽²⁵⁾.

3. *Le pagine del 1996-1999: il fondamento e la latitudine dell'autonomia universitaria.*

Le pagine tra il 1996 e il 1999 tornano ancora più direttamente sul tema dell'autonomia universitaria, anche (ma non soltanto) alla luce di alcune novità normative allora in gestazione, quale quella del c.d. « 3+2 » e la riforma del C.U.N.

Nella parte finale della *Pagina introduttiva* dei *Quaderni fiorentini* del 1996 Grossi pubblica una « lettera aperta » al Ministro Berlinguer dedicata per l'appunto all'autonomia universitaria. Si tratta di un genere sicuramente inconsueto per l'autore il quale non manca di

sposizioni in materia di università e di ricerca scientifica e tecnologica »: tale legge ha ridefinito i criteri per l'accesso ai corsi universitari).

⁽²⁴⁾ Sul punto, in particolare, G. VESPERINI, *Iperregolazione e burocratizzazione del sistema universitario*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », 2013, p. 947 e ss.

⁽²⁵⁾ C. BARBATI, *Il sistema delle autonomie universitarie*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 5.

criticare, in linea di principio, « il malvezzo dei tanti grafòmani che, in Italia, imperversano quotidianamente con lettere a pubbliche autorità o a direttori di giornali » (26). La « lettera aperta » è però considerata una scelta necessitata affinché « il disagio dell'Università prenda forma e diventi voce e scrittura e rampogna contro inadempimenti e guastazioni accumulatisi per tanti anni fino ad oggi » (27).

Il primo aspetto sottolineato (o meglio, nuovamente sottolineato) da Grossi è relativo alla « natura e qualità » dell'autonomia universitaria (28). Sul punto, con uno stile tagliente, egli osserva che

non è di esercitazioni nominalistiche né di concessioni graziose (cioè *ex gratia Principis*) che l'Università può contentarsi. La verità che va urlata è che l'autonomia universitaria ha una natura costituzionale, si radica e si fonda nella Costituzione del 1948. [...] La verità che va urlata è che la nostra autonomia, se è costituzionale, non trae la sua origine e legittimazione da una volontà del Parlamento o dalla lungimiranza di un Ministro, ma da un supremo atto potestativo del popolo sovrano; la nostra, in altre parole, è una autonomia che alligna nel profondo della società civile, ben più in là e al di sopra di quella cristallizzazione della società che è lo Stato; appartiene cioè al ristretto novero di quei valori che il popolo sovrano, per il tramite dei costituenti, ha posto come direttiva e limite ai poteri dello Stato (29).

Riecheggiano in questa citazione alcune coordinate fondamentali del pensiero di Grossi, che si pone in linea con quella parte della dottrina, a cominciare da Mortati, che inquadrava l'autonomia degli Atenei nel contesto dell'autonomia delle formazioni sociali, comprensive anche delle entità « necessarie come sono gli enti pubblici a carattere corporativo, o altri risultanti dalla mescolanza di fattori volontari e necessari » (30). In questo senso, non si può mancare di ricordare la bella relazione di Occhiocupo al Convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti del 1988 dedicata proprio

(26) GROSSI, *Pagina introduttiva (con una 'lettera aperta' al Ministro Berlinguer sulla autonomia universitaria)*, cit., p. 6.

(27) *Ibidem.*

(28) *Ibidem.*

(29) *Ibidem.*

(30) MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 1159.

all'autonomia universitaria; in essa si interpreta l'art. 33, comma 6, Cost. « anche in stretta correlazione con quegli articoli della Costituzione da cui si desume la ispirazione di fondo che vivifica il 'progetto di società e di stato' in essa delineato (artt. 1, 2, 3, 4, 5, 9) e che direttamente o indirettamente si possono riferire all'Università »⁽³¹⁾. In questo senso, le Università sono qualificate come

comunità di persone, formazioni sociali, che presentano, tra l'altro, la caratteristica di avere il c.d. elemento personale differenziato in più 'componenti', ciascuna portatrice di diritti ed interessi distinti da quelli delle altre, ma tutte partecipi, in misura diversa, della vita comunitaria e del comune interesse al conseguimento dei compiti specifici, e con una organizzazione stabile e permanente, strumentale alla realizzazione di fini specifici della formazione medesima, che fornisce a questa una specifica individualità⁽³²⁾.

Certo, è noto che in dottrina vi sono letture assai diverse, « talvolta agli antipodi », della natura giuridica delle Università, dato che, come è noto, altri autori riconducono le stesse all'autonomia politica o agli enti di servizi, ovvero ancora a organi dello Stato⁽³³⁾. Alla base di queste distinzioni vi era e vi è il carattere peculiare dell'Università, insieme espressione di diritti di libertà e espressione di una funzione di interesse pubblico⁽³⁴⁾.

⁽³¹⁾ N. OCCHIOCUPO, *Costituzione e autonomia normativa delle Università*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *L'autonomia universitaria*, cit., p. 13 (il testo è pubblicato altresì in « Foro italiano », 1990, V, c. 252 e ss.).

⁽³²⁾ Ivi, pp. 15-16. Occhiocupo, non a caso, si riferisce a due autori assai cari a Grossi, Santi Romano e Massimo Severo Giannini (p. 16 e ss.).

⁽³³⁾ Sul punto, per tutti, A. BARAGGIA, *L'autonomia universitaria nel quadro costituzionale italiano ed europeo. Già e non ancora...*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 39 e ss. e i riferimenti bibliografici ivi riportati.

⁽³⁴⁾ V. ONIDA, *Intervento*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *L'autonomia universitaria*, cit., p. 101. In termini non dissimili D'Atena ha affermato che gli Atenei « sono, bensì, 'pubblico' (e, quindi, espressione della statualità), ma presentano una 'qualità' strutturale che li differenzia dalle 'tipiche' espressioni del pubblico, costituite — com'è noto — dallo Stato e dagli altri enti territoriali. / Essi, non solo si collocano sulla frontiera che separa i pubblici poteri dalla società civile, ma sono espressione proprio di quel 'pezzo' di società civile cui si rivolge la loro azione [...] La struttura di tali entità si riflette, anzitutto, sulla qualità dei processi di decisione che si svolgono al loro interno. I quali sono in grado di pervenire a sintesi, non solo 'diverse'

Certo, l'inquadramento come formazione sociale è coerente con la collocazione dell'art. 33 nella prima parte della Costituzione, in particolare nel titolo II relativo ai « rapporti etico-sociali »⁽³⁵⁾.

Corollario dell'autonomia, che nello stesso numero dei *Quaderni fiorentini* Grossi sviluppa in un altro fondamentale contributo come nozione eminentemente relazionale⁽³⁶⁾, è il riconoscimento agli Atenei dello

autogoverno, possibilità e capacità di autogoverno. Il compito dei poteri legislativo ed esecutivo deve restringersi a mettere in grado l'Università di autogovernarsi, di esprimere dal suo seno un organo che, senza le pesanti interferenze ministeriali che si sono verificate in questi ultimi decenni, governi il complesso e peculiarissimo mondo universitario. L'accostamento che viene subito alla mente è a quanto avviene per l'ordine giudiziario mediante il 'Consiglio superiore della magistratura'. Fino ad oggi, invece, la via percorsa aveva ed ha una direzione esattamente opposta⁽³⁷⁾.

In questa citazione è evidente il richiamo a una dottrina costituzionalistica che collega strettamente autonomia e autogoverno, posto che la prima non può che tradursi nel secondo e

da quelle realizzabili dagli enti legati al circuito della rappresentanza politica, ma anche 'più vicine' [...] alle comunità cui si riferisce immediatamente la loro attività»: A. D'ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 109-110.

⁽³⁵⁾ Come è stato giustamente affermato, « ciò sembra indicare che l'Università non costituisce un ente strumentale dello Stato, trattandosi, invece, a tutti gli effetti, di una formazione sociale nella quale si sviluppa la personalità dell'individuo, e come tale rientrante nella disciplina ex art. 2 Cost. »: BARAGGIA, *L'autonomia universitaria*, cit., p. 41.

⁽³⁶⁾ P. GROSSI, *Un diritto senza Stato (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)*, in « Quaderni fiorentini », 25 (1996), p. 282, nel quale in particolare si afferma che « autonomia [...] è tipicamente una posizione di relazione: se può essere bastevole dire che un soggetto è sovrano, non è affatto bastevole dire che un soggetto è autonomo, ma bisogna aggiungere e precisare da chi e verso chi. Autonomia significa sempre rapporto, relazione con: in quanto indipendenza relativa, non può non riguardare un soggetto in stretto collegamento con altri, un soggetto che grazie a questo collegamento limita la sfera indipendente di altri o da altri si fa limitare. La relatività e la elasticità sono il carattere essenziale dell'autonomia così come la assolutezza e la esclusività sono quelli della sovranità ».

⁽³⁷⁾ GROSSI, *Pagina introduttiva (con una 'lettera aperta' al Ministro Berlinguer sulla autonomia universitaria)*, cit., p. 7.

acquista il suo più profondo significato in esso ⁽³⁸⁾. Ciò è a dirsi anche con riferimento all'autonomia normativa, in quanto « uno statuto dell'Università predisposto e approvato da organi che non siano espressione di autogoverno, non avrebbe senso. E altrettanto vale per le altre forme di autonomia » ⁽³⁹⁾.

Il radicamento di un modello di autogoverno avrebbe comportato un ripensamento profondo nei rapporti tra Università e gli organi statali competenti, a cominciare dal Ministero ⁽⁴⁰⁾; ripensamento che però, come accennato, non è stato perseguito dal legislatore, poiché esso avrebbe significato una fissazione in via preventiva e generale di limiti all'autonomia attraverso leggi di principio e una garanzia di un libero esercizio delle risorse attribuite ⁽⁴¹⁾.

Il paragone con l'autonomia riconosciuta dalla Costituzione all'ordine giudiziario, pure contestato da una parte della dottrina ⁽⁴²⁾, è comunque suggestivo non solo nell'ottica di un'auspicata ma mai realizzata riforma organica dei rapporti istituzionali tra le Università e il Ministero ⁽⁴³⁾, ma anche nella prospettiva della riferibilità della garanzia costituzionale non solo ai singoli Atenei ma anche al sistema universitario nel suo complesso.

È anzi questa seconda declinazione che interessa di più a Grossi, che non ignora la rilevanza dell'autonomia dei singoli Atenei, ma ne teme (non a torto) una deriva atomistica e localistica. Emblematici sono, in questo senso, l'ultima parte della pagina introduttiva

⁽³⁸⁾ « L'Università è autonoma [...] nella misura in cui è posta in grado di autogovernarsi (o di autodeterminarsi, come diceva una vecchia dottrina) »: U. POTOTSCHNIG, *Strutture di Governo e di Autogoverno*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *L'autonomia universitaria*, cit., p. 31 (il testo è pubblicato anche in « Giurisprudenza costituzionale », 1988, p. 2305 e ss.).

⁽³⁹⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁰⁾ Il punto non sfugge certamente a Grossi: « Certo, il Ministro dovrà spogliarsi di parecchi suoi gelosi poteri (per esempio, il bando di concorsi per il personale docente, fino ad oggi formidabile strumento nella sue mani), ma sarà il solo modo per essere coerenti con la volontà del costituente italiano, sarà il solo modo per rendere l'Università italiana effettivamente e non nominalmente autonoma »: GROSSI, *Pagina introduttiva*, cit., p. 8.

⁽⁴¹⁾ POTOTSCHNIG, *Strutture di Governo*, cit., pp. 33-34.

⁽⁴²⁾ Così, ad esempio, ONIDA, *Intervento*, cit., pp. 102-103.

⁽⁴³⁾ POTOTSCHNIG, *Strutture di Governo*, cit., pp. 39-40.

ai *Quaderni fiorentini* del 1997 ⁽⁴⁴⁾ e un breve ma denso saggio pubblicato sui *Quaderni fiorentini* del 1999, dal titolo eloquente (*C'era una volta l'Università*) ⁽⁴⁵⁾.

Questa prospettiva, assai meno esplorata in dottrina, ove fosse stata realmente perseguita, avrebbe probabilmente cambiato in radice i rapporti tra le Università, da una parte, e il Parlamento e il Governo, dall'altro. Sul punto, l'autore critica a più riprese l'involuzione del C.U.N. a organo ormai puramente consultivo del M.U.R., mentre esso avrebbe potuto e dovuto assurgere al ruolo di organo di autogoverno del sistema universitario. Non è questa la sede per evidenziare i tanti aspetti criticabili della disciplina legislativa del C.U.N., salvo evidenziare che esso, nonostante quanto previsto, da ultimo, dall'art. 1, comma 1, della l. 18/2006, non può essere qualificato nemmeno come organo di blanda rappresentanza del sistema universitario; i suoi componenti, infatti, solo in piccola

⁽⁴⁴⁾ P. GROSSI, *Pagina introduttiva (ossia: delle miserie del legislatore italiano)*, in « *Quaderni fiorentini* », 26 (1997), p. 6, nella quale si legge: « Si continua a parlare a scialo di autonomia, ma in accezioni decisamente ridotte e riduttive. Si parla di autonomia *delle singole università*, mentre — tralasciando localismi rischiosissimi — si dovrebbe porre mano a realizzare l'autonomia — voluta dal costituente — *della Università italiana*, cioè dell'intera e unitaria organizzazione universitaria della cultura; si parla di autonomie finanziarie dei singoli atenei, ed è l'atteggiamento di chi premia un pezzente (ché equiparabili a un pezzente sono i nostri poverissimi centri universitarii) con una beffeggiatrice patente di libertà; si parla di autonomia didattica, e si rischia di far dell'organizzazione didattica universitaria una sorta di compòsito vestito di Arlecchino ».

⁽⁴⁵⁾ In esso si legge: « Inutilmente io protestai presso l'allora Ministro Berlinguer che autonomia dell'Università significa solo autogoverno dell'Università e non la risibile autonomia di questo Ateneo da quello o da quell'altro, riducendo l'autonomia — che la Costituzione riserva alla istituzione Università (così come l'ha riservata, per esempio, all'ordine giudiziario) cioè all'intera organizzazione universitaria italiana — alla differenziazione tra un campanile e un altro, differenziazione tendente ad accentuarsi, tanto che oggi il campanilismo voluto e varato da Berlinguer si risolve in una selva di campanili, o, se si preferisce, in un autentico vestito di Arlecchino; con l'aggravante che, malgrado la diminuzione consistentissima del numero degli studenti, si moltiplicano invece gli Atenei, ogni Provincia ne chiede uno e trova pronta soddisfazione grazie ai nefasti influssi di maggiorenti dei partiti locali, sensibili — più che al bene comune — alle proprie clientele elettorali »: P. GROSSI, *C'era una volta l'Università in Italia*, in « *Quaderni fiorentini* », 28 (1999) (« Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica »), p. 1144.

misura risultano espressione degli Atenei, essendo del tutto prevalente la rappresentanza delle aree disciplinari ⁽⁴⁶⁾.

L'attuazione del principio dell'autogoverno avrebbe comportato altresì fondamentali innovazioni anche nella produzione normativa, in ossequio a quanto previsto dall'art. 5 Cost. che, laddove prevede che la Repubblica « adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento », può ben essere riferito non solo alle autonomie territoriali ma anche a tutti gli enti cui siano riconosciute dalla Costituzione sfere di autonomia normativa ⁽⁴⁷⁾. Tuttavia, anche in questo caso la Costituzione non è stata coerentemente attuata, cosicché l'art. 5, che pure appare di « una modernità, vista oggi, per certi aspetti persino sconvolgente » non trova concreta applicazione nemmeno con riferimento alle Regioni e agli enti locali ⁽⁴⁸⁾. E ciò contribuisce a spiegare la complessiva debolezza del sistema delle autonomie, mancando meccanismi di seria interlocuzione istituzionale sui contenuti della legislazione statale.

Anche questa prospettiva non sfugge a Grossi il quale non manca nello scritto del 1999 di esprimere una « doglianza suprema », lamentando il mancato coinvolgimento del sistema universitario nelle riforme che lo riguardano; esigenza, questa, da lui definita « squisitamente democratica » ma tradita da riforme piovute dall'alto « prescindendo dai motivati consensi e dissensi del folto mondo universitario di docenti, ricercatori, studenti » ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁶⁾ A. CORPACI, *Ambito e contenuti dell'autonomia universitaria alla luce della recente legislazione di riforma*, in « Foro italiano », 1993, V, c. 113.

⁽⁴⁷⁾ Spunti in questo senso in OCCHIOCUPO, *Costituzione*, cit., p. 20.

⁽⁴⁸⁾ N. LUPO, *Il Parlamento alla luce del nuovo titolo V della Costituzione*, in *Il federalismo a Costituzione variata*, a cura di G. Tarantini, Torino, Giappichelli, 2002, p. 120. Sul punto cfr. già A. MANZELLA, *I metodi della legislazione parlamentare*, in *Il parlamento tra crisi e riforma*, a cura di A. Barbera, P. Barcellona, F.P. Bonifacio, G. Ferrara, A. Manzella, Milano, Franco Angeli, 1985, p. 23 e ss.

⁽⁴⁹⁾ « In questa Italia, dove non si fa che parlare di 'concertazione', dove il potere politico non muove foglia se — prima — non si è 'concertato' con quelle che si sogliono chiamare le parti sociali, in questa Italia la riforma universitaria è stata progettata, avviata, conclusa da Ministri, Sottosegretari e loro consulenti senza che si sia sentita l'esigenza squisitamente democratica di procedere a un colloquio con il mondo universitario. Si dirà: ma il Ministro ha sempre inviato i suoi progetti al 'Consiglio universitario nazionale' per l'espressione di un parere. È vero. Ma la deprecatissima

Infine, attualizzando il pensiero di Grossi sull'autogoverno, immaginare nell'attuale stagione strumenti anche solo di un mero coordinamento tra gli Atenei (al di là della dimensione puramente associativa costituita dalla C.R.U.I.) è una prospettiva che sembra in controtendenza con scelte politiche e legislative orientate ad alimentare una dimensione competitiva più che collaborativa anche tra le Università statali, con particolare riferimento alla distribuzione delle risorse ⁽⁵⁰⁾.

È lecito chiedersi se questo *trend* normativo sia tale da rafforzare piuttosto che indebolire il sistema universitario.

4. *Gli sviluppi normativi successivi: il Maestro (purtroppo) aveva visto lontano...*

Gli sviluppi successivi sono ampiamente noti e hanno confermato le pessimistiche previsioni del Maestro.

Il pensiero corre innanzitutto alla legge Gelmini ⁽⁵¹⁾ la quale ha drasticamente limitato l'autonomia degli Atenei, e in particolare

riforma di Berlinguer ha completamente tolto al C.U.N. quello che era — un tempo — il suo miraggio più alto, di essere cioè l'organo dell'autogoverno universitario, riducendolo a organo di consulenza del Ministro. E il C.U.N. (con buona pace del suo Presidente Labruna) si è sempre comportato da consulente, e consulente prono alle voglie del Ministro, incapace di una reazione ferma come avrebbe invece dovuto e potuto. / Posto che il C.U.N. non significava più organo di autogoverno, si sarebbe dovuto da parte del Ministro investire le Università della soluzione di quei problemi che le riguardavano tanto da vicino. Al contrario, la riforma è piovuta e piove dall'alto, bella o brutta che sia, prescindendo dai motivati consensi e dissensi del folto mondo universitario di docenti, ricercatori, studenti»: GROSSI, *C'era una volta l'Università in Italia*, cit., pp. 1144-1145.

⁽⁵⁰⁾ Si pensi alla possibile futura distinzione, invero assai discutibile, tra *teaching university* e *research university*: E. CARLONI, *La governance delle università: l'autonomia, le riforme e i modelli*, in *Il sistema universitario in trasformazione*, a cura di E. Carloni, P. Forte, C. Marzuoli, G. Vesperini, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 28.

⁽⁵¹⁾ Sulla l. 240/2010, per tutti, R. CALVANO, *La legge e l'Università pubblica. I principi costituzionali e il riassetto dell'Università italiana*, Napoli, Jovene, 2012, p. 46 e ss.; BARAGGIA, *L'autonomia universitaria*, cit., p. 123 e ss.; F. COSTANTINO, *Libertà di scienza tra autonomia universitaria e centralizzazione amministrativa*, Napoli, Jovene, 2018, p. 65 e ss.; cfr., altresì, i diversi contributi contenuti in *Il futuro dell'Università italiana dopo la riforma*, a cura di S. Paleari, Torino, Giappichelli, 2014.

quella statutaria, con una fitta rete di previsioni angustamente dettagliate, anche laddove non era affatto richiesto un intervento della fonte statale ⁽⁵²⁾; non solo, ma in alcune parti la legge non pone una normativa autoapplicativa, dati gli ampi rinvii a regolamenti e a decreti ministeriali, talvolta espressamente qualificati « di natura non regolamentare » ⁽⁵³⁾.

La Corte dei conti nel più recente referto sul sistema universitario ha affermato condivisibilmente che la l. 240/2010 ha imposto « un'attuazione omogenea della riforma su tutto il territorio nazionale, rendendo scarsamente rilevante la collocazione territoriale degli atenei ai fini di una declinazione differenziata dell'autonomia organizzativa » ⁽⁵⁴⁾.

Se, come sostiene Grossi, è l'autogoverno la cifra fondamentale dell'autonomia del sistema universitario e dei singoli Atenei, la l. 240/2010 e, come si dirà, gli interventi normativi successivi assecondano una *ratio* opposta.

Si è affermato, non senza fondamento, che il movente di fondo della riforma del 2010 « è la *sfiducia* (la rinuncia come sfiducia) », nella misura in cui essa « esprime un giudizio puramente negativo sull'università che induce a un atteggiamento sanzionatorio il quale fa agio sulla stessa intellegibilità del disegno complessivo » ⁽⁵⁵⁾.

Più in generale, la l. 240/2010 si connota per una « regia centralizzata » che « si esplica nella predisposizione di linee-guida, di procedure e metodologie generali », e « ha investito tutte le

⁽⁵²⁾ Si pensi, ad esempio, alla fitta trama di previsioni relative all'organizzazione interna degli Atenei: sul punto, M. COSULICH, *Profili giuridici dell'articolazione interna degli Atenei*, in *Ripensare l'Università. Un contributo interdisciplinare sulla legge n. 240 del 2010*, a cura di A. Arcari, G. Grasso, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 74-75.

⁽⁵³⁾ Sul punto, in particolare, D. FIUMICELLI, *La legge n. 240/2010: complessità del sistema delle fonti del diritto e rischi per l'autonomia universitaria*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2011, 1; cfr. anche BARAGGIA, *L'autonomia universitaria*, cit., pp. 130-131, secondo la quale « l'impianto della riforma con i suoi continui rinvii, invece che semplificare il sistema non ha fatto altro che renderlo ancora più complesso », determinando, tra l'altro, « una irrazionale complicazione del sistema delle fonti ».

⁽⁵⁴⁾ Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, *Referto sul sistema universitario*, maggio 2021, in www.corteconti.it, p. 78.

⁽⁵⁵⁾ G. AZZARITI, *Appunto critico sulla crisi dell'università*, in « Giurisprudenza costituzionale », 2013, p. 2461, il quale conclude nel senso che « lo spirito distruttivo e sanzionatorio della 240 non ha nulla da dire di positivo al rinnovo dell'università » (p. 2462).

componenti del sistema a partire dalla struttura organizzativa degli Atenei per poi estendersi al sistema contabile e alle modalità di finanziamento, nonché alla valutazione della qualità dell'offerta formativa e alle procedure di reclutamento del personale docente » (56).

Il Ministero nella fase dell'adozione dei nuovi statuti ha poi esercitato il controllo previsto dall'art. 6 della l. 168/1989, richiamato dall'art. 2, comma 7, della l. 240/2010, in modo inutilmente occhiuto, rinviando agli Atenei le proposte di Statuto adducendo decine di rilievi di legittimità e di merito (talvolta con motivazioni del tutto generiche).

Peraltro, il processo di riorganizzazione degli Atenei, imposto dalla legge Gelmini, non ha assecondato nemmeno un efficace processo di semplificazione e di razionalizzazione delle loro strutture, pure previsto come una delle coordinate fondamentali della riforma: abbandonate le Facoltà (così care a Grossi) nell'ottica di un riassetto basato sui Dipartimenti e sulla possibilità di istituzione di debolissime e poco rappresentative strutture di raccordo competenti in materia di coordinamento delle attività didattiche, il disegno fatto proprio dagli statuti adottati in attuazione della l. 240/2010 ha visto, soprattutto negli Atenei di maggiori dimensioni, la costituzione di un numero di strutture dipartimentali assai elevato; pertanto, come osservato dalla Corte dei conti, « mentre nei piccoli e medi atenei la riforma degli assetti organizzativi interni ha comportato un'effettiva semplificazione, cioè una concentrazione delle decisioni in unità organizzative delle dimensioni delle vecchie Facoltà, nei grandi

(56) Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, *Referto sul sistema universitario*, novembre 2017, in www.corteconti.it, p. 18. Sul punto si è affermato che nella l. 240/2010 non c'è *governance* ma solo « un modello precostituito di governo, nel quale sostanzialmente sono enfatizzati due organi di grande rilevanza esterna e interna, il Rettore e il Consiglio di amministrazione, con grande depauperamento dello spirito associativo e dell'apporto del sapere scientifico e didattico (che vedeva nelle facoltà e soprattutto nel Senato accademico, il portatore dell'indirizzo scientifico) »: E. PICOZZA, *Governance e concorrenza nelle Università italiane*, in *Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell'università*, a cura di G. Colombini, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, vol. III, *Criticità del sistema e incertezze per il futuro*, p. 12.

atenei la concentrazione delle decisioni è accompagnata da una polverizzazione delle unità organizzative » (57).

Infine, l'analisi, sia pure sintetica, delle disposizioni contenute nella l. 240/2010 non può concludersi senza ricordare l'enfasi posta dalla riforma sulla valutazione e quindi sul ruolo dell'Anvur quale soggetto che in molti ambiti ha soppiantato lo stesso Ministero (58).

Si tratta di una scelta che è stata giustificata alla stregua della necessità

che ai fini della garanzia dell'autonomia riconosciuta alle università dall'art. 33 della Costituzione, e richiamata dall'art. 1, comma 2, della legge, sia garantita l'imparzialità e indipendenza della funzione di valutazione, nelle sue diverse declinazioni. Diversamente, l'efficientamento del sistema universitario si risolverebbe in un più penetrante controllo di processi e funzioni che sono oggetto di garanzia costituzionale (59).

Certo, la valutazione non è incompatibile con l'autonomia ed anzi può contribuire a quella correlazione tra autonomia e responsabilità che è necessaria, dato che « rivendicare l'una dimensione senza accettare l'altra rende poco credibili le istanze che provengono dal mondo universitario » (60).

Tuttavia, la sua configurazione ad opera del legislatore è stata, non senza ragione, criticata, perché progressivamente configurata « come una sorta di funzione indivisibile, capace sia di fissare le proprie regole sia di verificarne il rispetto sia di farsi titolo per la definizione della misura, premiale o sanzionatoria, connessa ai suoi risultati » (61). In questo contesto, come è stato giustamente osservato,

(57) Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, *Referto sul sistema universitario*, maggio 2021, cit., p. 80. A questo proposito, sono eloquenti i dati riportati nello stesso referto, i quali attestano che al 1° gennaio 2017 oltre il 90% dei dipartimenti era composto da meno di cento membri (p. 81).

(58) Per tutti VESPERINI, *Iperregolazione*, cit., p. 948.

(59) Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, *Referto sul sistema universitario*, maggio 2021, cit., p. 82.

(60) B. CARAVITA, *L'autonomia universitaria oggi*, in www.federalismi.it, 2021, 25, p. XXXI.

(61) BARBATI, *Il sistema*, cit., p. 18.

nell'incontro con questa nuova valutazione esterna anche l'autonomia, soggetta a una progressiva ridefinizione degli spazi assegnati alle sue dimensioni, dei loro rapporti e soprattutto della loro reciproca funzionalità, smarrisce molta parte della propria capacità di assicurare, anche attraverso il governo delle differenze, la qualità e l'efficienza dei sistemi complessi, come è ogni sistema plurale nei suoi soggetti e nei caratteri che li connotano ⁽⁶²⁾.

A ciò si aggiunga, ancora una volta, sul piano delle fonti, l'utilizzazione di atti sub-legislativi in senso lato delegificanti (senza che l'Agenzia sia situata nel circuito decisionale democratico ⁽⁶³⁾) che hanno contribuito a definire i contenuti e la configurazione della valutazione, imponendo agli Atenei di uniformarsi a parametri, requisiti e criteri in molti casi assai stringenti ⁽⁶⁴⁾, con il rischio di una deriva in chiave burocratica per cui la valutazione da strumento diviene un fine inevitabilmente avvertito per le sue sgradite ricadute organizzative ⁽⁶⁵⁾.

5. *Dopo la legge Gelmini: verso il definitivo oblio dell'autonomia universitaria?*

Nel periodo successivo all'entrata in vigore della l. 240/2010 le « miserie » (per riprendere un'espressione utilizzata da Paolo Grossi) ⁽⁶⁶⁾ della normativa in materia di Università si sono ulteriormente aggravate.

Due sono le principali patologie che, ancora una volta, si sono ripercosse negativamente sugli Atenei.

In primo luogo, si è assistito a una disorganica e frammentaria produzione di norme di rango legislativo, prevalentemente contenuta in decreti-legge o inserite in sede di conversione.

⁽⁶²⁾ Ivi, pp. 18-19.

⁽⁶³⁾ L. AZZENA, *Fonti normative e fonti di finanziamento pubblico delle Università*, in *Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell'università*, cit., vol. II, *Il finanziamento dell'università*, p. 74.

⁽⁶⁴⁾ C. BARBATI, *L'assicurazione della qualità" nel sistema universitario, al tempo di Anvur*, in « *Giornale di diritto amministrativo* », 2013, p. 709.

⁽⁶⁵⁾ A. SANDULLI, *Autonomia "negata" e autonomia "abusata" nelle Università*, in www.rivistamunus.it, 2017, 3, p. X.

⁽⁶⁶⁾ GROSSI, *Pagina introduttiva (ossia: delle miserie del legislatore italiano)*, cit.

Esse sono intervenute anche a modificare aspetti qualificanti della legge Gelmini in termini spesso del tutto discutibili: si pensi, da ultimo, alla l. 79/2022 (di conversione del d.l. 36/2022) che, tra l'altro, ha sostituito gli assegni di ricerca con la nuova figura dei contratti di ricerca e ha unificato in un'unica categoria i ricercatori a tempo determinato.

La stessa legge demanda a un futuro decreto ministeriale (ancora non adottato) la definizione dei gruppi scientifico-disciplinari che: *a)* saranno utilizzati ai fini delle procedure per il conseguimento dell'abilitazione scientifica nazionale e delle procedure di reclutamento dei professori e dei ricercatori; *b)* costituiranno il riferimento per l'inquadramento dei professori e dei ricercatori; *c)* saranno il riferimento per l'adempimento degli obblighi didattici da parte del docente.

Poiché la legge prevede che i gruppi non potranno essere in numero superiore agli attuali settori concorsuali, è facile immaginare che questi ultimi saranno un punto di riferimento obbligato per la definizione dei primi. Ma se sarà così, essi, con ogni probabilità, risulteranno una problematica via di mezzo che, soprattutto in alcune aree disciplinari, risulterà assai poco sostenibile: attualmente infatti i settori concorsuali appaiono allo stesso tempo troppo ampi per assicurare un'omogeneità che risulta fondamentale innanzitutto con riferimento al reclutamento e all'offerta didattica, e troppo ristretti nell'ottica delle politiche della ricerca che richiedono orizzonti assai più ampi. *Mutatis mutandis* risultano ancora attuali le preoccupazioni di Grossi sui vecchi raggruppamenti universitarii che impedivano ai docenti di misurarsi pienamente con «l'unità organica di un unitario spazio scientifico umiliato in divisioni talora artificiali, sempre in qualche modo mütile e mutilanti», mentre l'unità della scienza giuridica «essendo epistemologicamente fondata, non può sopportare nel suo seno confini divisorii troppo netti, e, conseguentemente, lacerazioni»⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁷⁾ GROSSI, *Pagina introduttiva*, in «Quaderni fiorentini», 24 (1995), cit., p. 4. Da qui la preoccupazione per la solitudine del giurista, «intendendo per solitudine l'operosità del giurista di un settore che prescinde (o pretende di poterlo fare) dalla operosità dei giuristi di altri settori, che vive e lavora all'interno di una corporazione limitata e limitante — di coloro che studiano e insegnano un gruppo minimo di

Sempre attraverso una catena di decreti-legge si è provveduto a intervenire sulla disciplina del reclutamento dei professori, senza però aggredire gli aspetti più discutibili di essa ⁽⁶⁸⁾ e anzi contribuendo a rendere la stessa sempre più inutilmente complessa ⁽⁶⁹⁾.

Altrettanto patologiche, quantomeno sul piano della qualità della normazione, sono poi le disposizioni inserite nelle leggi di bilancio annuale, sulle quali non si possono non ricordare i fondatissimi strali polemici del Maestro ⁽⁷⁰⁾.

Dopo l'entrata in vigore della l. 240/2010 si è assistito poi a un ricorso sempre più massiccio ad atti sub-legislativi del Governo, in molti casi nemmeno riconducibili a regolamenti ai sensi dell'art. 17 della l. 400/1988 ma a meri decreti ministeriali (talvolta, come detto, qualificati « di natura non regolamentare ») o a altri atti di incerta qualificazione ⁽⁷¹⁾, quali note o addirittura le famigerate F.A.Q. che talvolta risultano largamente attuative e, in alcuni casi anche impropriamente « correttive » di disposizioni contenute in atti normativi.

Tra questi atti ministeriali, praticamente senza copertura legislativa, che hanno introdotto strumenti fondamentali per la vita degli Atenei, si deve ricordare quello che ha istituito il noto istituto dei

discipline affini — sorretto da quella teologia dei raggruppamenti che l'insipiente legislatore italiano ha fatto sua » (p. 5).

⁽⁶⁸⁾ Già prima dell'entrata in vigore della l. 240/2010 Grossi aveva, non senza ragione, criticato i concorsi locali, in quanto « questi concorsi non sono più sottoposti a un controllo in sede nazionale [...], non hanno più alcun setaccio, si sovrappongono tutti l'uno sull'altro prescindendo dalle esigenze obiettive della Università italiana nella sua globalità, con la conseguenza di avere spesso troppi concorsi e troppi vincitori (moltiplicati incredibilmente grazie al meccanismo delle terne), con la conseguenza negativissima di una notevole riduzione nella qualità dei nuovi Ordinari ed Associati; il secondo motivo è che a ogni Ateneo, bandendo un concorso, è consentito di adattare il proprio bando a un certo modello di studioso, e non è peregrino il sospetto che questo modello possa talvolta coincidere con il candidato locale (e il campanilismo si esaspera in maniera indebita) »: GROSSI, *C'era una volta l'Università in Italia*, cit., p. 1144.

⁽⁶⁹⁾ Si pensi, solo per citare un paio di esempi, alla disciplina della « chiamata per mobilità » di cui all'art. 7, comma 5-bis, della l. 240/2010 (introdotto dall'art. 26, comma 2, lett. a, del d.l. 152/2021, convertito, con modificazioni, dalla l. 233/2021) e all'inserimento del comma 4-ter nell'art. 18 della stessa l. 240/2010 ad opera dell'art. 26, comma 7, del d.l. 13/2023 (convertito, con modificazioni, dalla l. 41/2023).

⁽⁷⁰⁾ GROSSI, *Pagina introduttiva (ossia: delle miserie del legislatore italiano)*, cit.

⁽⁷¹⁾ Per tutti, AZZARITI, *Appunto critico*, cit.

punti-organico, tanto rilevante sia per il reclutamento del personale docente che di quello tecnico-amministrativo ⁽⁷²⁾.

Tale improprio processo di valorizzazione di atti governativi, dal contenuto angustamente dettagliato, ben oltre quanto consentito dalla pur discutibile sent. 383/1998 della Corte costituzionale (cfr. *infra*, par. 6), è assai dubbio sul piano costituzionale ma non contrastato sul piano politico né sufficientemente arginato sul piano giurisprudenziale, cosicché « attualmente il sistema universitario appare regolato da una *selva incolta* » di atti ⁽⁷³⁾.

Non a caso, la Corte costituzionale si è trovata a giudicare la legittimità costituzionale degli artt. 8 e 10, comma 1, del d.lgs. 49/2012, nella parte in cui abilitavano un decreto ministeriale (non regolamentare) a fissare la disciplina del costo standard unitario di formazione per studente cui collegare l'attribuzione all'Università di una percentuale della parte di fondo di finanziamento ordinario non assegnata ai sensi dell'art. 2 del d.l. 180/2008 (convertito, con modificazioni, dalla l. 1/2009) (sent. 104/2017). In tale pronuncia la Corte costituzionale ha dichiarato, con motivazione invero persuasiva, l'incostituzionalità della « subdelega » a tale atto ministeriale della disciplina di una materia che la l. 240/2010 demandava a un decreto legislativo ⁽⁷⁴⁾.

6. *Considerazioni conclusive: c'è ancora spazio per l'autonomia universitaria?*

Ma basta con le geremiadi inascoltate. Il discorso da parte nostra si chiude qui; e si chiude constatando che, su questo punto, nel momento preciso in cui si festeggia il suo cinquantenario, la nostra

⁽⁷²⁾ Si veda la nota ministeriale prot. n. 272 del 18 febbraio 2005 (*Nota tecnica per la valutazione della compatibilità dei piani triennali di fabbisogno di personale*).

⁽⁷³⁾ AZZARITI, *Appunto critico*, cit., p. 2460.

⁽⁷⁴⁾ Sul punto, per tutti, B.G. MATTARELLA, *La Corte costituzionale sui costi standard delle Università: genesi di una norma incostituzionale*, in « Quaderni costituzionali », 2017, p. 633 e ss.; G. SERGES, *Delegazione legislativa, legislazione regionale e ruolo del potere regolamentare*, in « Giurisprudenza costituzionale », 2017, p. 1082 e ss. e, volendo, G. TARLI BARBIERI, *L'«erompere» dell'attività normativa del Governo alla luce della sent. n. 104 del 2017: conferme e novità da un'importante pronuncia della Corte costituzionale*, ivi, p. 1091 e ss.

Carta Costituzionale resta inattuata; né si prevede — per ora — una svolta di segno positivo. Ciò deve essere ascritto senza indulgenze tra le passività non lievi dei Parlamenti e dei Governi che si sono succeduti nel lungo spazio di ben cinquanta anni ⁽⁷⁵⁾.

Queste parole chiudono la pagina introduttiva ai *Quaderni fiorentini* del 1997.

Da allora, come detto, l'autonomia universitaria sembra entrata in un cono d'ombra per certi aspetti ancora più oscuro rispetto al periodo in cui Grossi scriveva. L'assetto normativo delle Università è infatti assai lontano da quanto previsto e presupposto dalla Costituzione, in quanto connotato da « una impostazione centralista e dirigista » ⁽⁷⁶⁾ che accomuna l'autonomia degli Atenei a quella degli enti territoriali ⁽⁷⁷⁾.

Parafasando il titolo di un volume pubblicato dal *Centro di studi* nel 2013, vi è da chiedersi se l'art. 33, comma 6 sia da ascrivere all'inattuazione o piuttosto all'inattualità della Costituzione ⁽⁷⁸⁾.

Dove affonda in definitiva questo « svilimento del principio di autonomia » ⁽⁷⁹⁾?

Grossi sembra imputare le ragioni di questa patologia prevalentemente alla politica.

Senza negare le responsabilità dei Parlamenti e dei Governi che si sono succeduti, è però forse il caso di aggiungere ulteriori fattori.

Il primo è dato dall'atteggiamento della dottrina che a lungo non ha valorizzato l'art. 33, comma 6, Cost., come invece sarebbe stato necessario. Non pochi autori si sono infatti riferiti alla nota

⁽⁷⁵⁾ GROSSI, *Pagina introduttiva (ossia: delle miserie del legislatore italiano)*, cit., p. 6.

⁽⁷⁶⁾ G. FONTANA, *Art. 33*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, vol. I, Torino, Utet, 2006, p. 696.

⁽⁷⁷⁾ A. IANNUZZI, *Art. 33 Cost.*, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, a cura di F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani, Bologna, il Mulino, 2018, p. 237.

⁽⁷⁸⁾ *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, a cura di G. Brunelli, G. Cazzetta, Milano, Giuffrè, 2013.

⁽⁷⁹⁾ IANNUZZI, *Art. 33*, cit.

definizione di Salvatore Pugliatti che nel 1964 parlava dell'autonomia universitaria come di una sorta di « mito » o « araba fenice »⁽⁸⁰⁾ e, prima della riforma del 1989, non erano mancate interpretazioni di tale disposizione in linea di continuità con la legislazione precostituzionale e in particolare con l'art. 1, comma 3, del testo unico sull'istruzione superiore (R.d. 1592/1933) che alludeva ad una « autonomia amministrativa, didattica e disciplinare », senza peraltro riferirsi ad un'autonomia normativa⁽⁸¹⁾. Solo a partire dalla fine degli anni settanta si è assistito a una svolta che ha anticipato il dibattito politico che avrebbe portato all'approvazione della l. 168/1989⁽⁸²⁾.

Il secondo fattore è costituito dalla giurisprudenza costituzionale che non ha certo valorizzato l'autonomia universitaria: rinviando alla dottrina sul punto⁽⁸³⁾, in questa sede si deve ricordare, in particolare, la nota sent. 383/1998 la quale ha impropriamente ammesso che la riserva di legge di cui all'art. 33, comma 6, Cost. non solo sia aperta alla penetrazione delle fonti eurounitarie, ma non escluda la possibilità di ricorrere anche a fonti secondarie per integrare e svolgere in concreto i contenuti sostanziali delle fonti primarie, laddove si tratti di profili che richiedono determinazioni unitarie o comunque « tali da dover essere conformate a circostanze e possibilità materiali varie e variabili, e quindi non facilmente regolabili in concreto secondo generali e stabili previsioni legislative »⁽⁸⁴⁾. In tal modo, l'autonomia universitaria è stata degradata fino a essere qualificata « sotto tutela ministeriale »⁽⁸⁵⁾.

(80) S. PUGLIATTI, *Relazione sull'autonomia universitaria*, in « L'Università italiana », 1964, p. 335 e ss.

(81) In questo senso, A.M. SANDULLI, *L'autonomia delle università statali*, in « Annali triestini », 1948, p. 61 e ss. (il testo è pubblicato altresì in ID., *Scritti giuridici*, vol. IV — *Diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1990, p. 451 e ss.).

(82) In questo senso non si può non rimarcare, per il suo rilievo, il già citato convegno dell'AIC del novembre 1988: Associazione italiana dei costituzionalisti, *L'autonomia universitaria*, cit.

(83) Sul punto, per tutti, CALVANO, *La legge e l'Università pubblica*, cit., p. 55 e ss. e i riferimenti bibliografici ivi contenuti.

(84) *Considerato in diritto*, n. 4.1.2.

(85) A. D'ATENA, *Un'autonomia sotto tutela ministeriale: il caso dell'università*, in « Giurisprudenza costituzionale », 1998, p. 3332 e ss.

La sent. 383/1998 (dalla quale la Corte non si è discostata successivamente) ha fatto seguito a pronunce precedenti nelle quali il giudice delle leggi aveva abbracciato una lettura non certo espansiva dell'autonomia universitaria: così, nella sent. 145/1985 essa, lungi dall'essere configurata in termini pieni e assoluti (cfr. anche sent. 1017/1988), può essere accordata alle Università dallo Stato « in termini più o meno larghi, sulla base di un suo apprezzamento discrezionale », sempreché quest'ultimo « non sia irrazionale »⁽⁸⁶⁾.

La « relativizzazione » della riserva di legge, ormai pacificamente ammessa dalla giurisprudenza costituzionale, ha finito per ridimensionare l'autonomia universitaria⁽⁸⁷⁾; viceversa, come è stato notato, laddove sussiste una sfera di autonomia dei soggetti del pluralismo, non si può non rinvenire un 'nucleo' « di separazione spendibile nei confronti della stessa legge in cui pure le manifestazioni stesse poggiano »⁽⁸⁸⁾.

Infine, il terzo fattore è dato dal *deficit* di cultura autonomistica dimostrato nella prassi dalle Università. Pur con tutti i limiti derivanti dall'incompletezza del contesto ordinamentale, l'esercizio in concreto dell'attività normativa da parte degli Atenei è risultato in molti casi non soddisfacente.

Gli statuti, sia prima⁽⁸⁹⁾ che dopo l'entrata in vigore della l. 240/2010, in molti casi hanno finito per assecondare soluzioni in linea di continuità con il passato (in particolare, con riferimento alle

⁽⁸⁶⁾ *Considerato in diritto*, n. 2.

⁽⁸⁷⁾ Si è addirittura parlato di una dissoluzione della stessa, a seguito della sent. 383/1998: R. NIRO, *Numero chiuso all'Università e potere regolamentare del Ministro: morte della riserva di legge o sua trasfigurazione?*, in « Giurisprudenza costituzionale », 1999, p. 1236.

⁽⁸⁸⁾ A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 102-103, il quale chiarisce condivisibilmente che « leggi statali di principio, con la elasticità che appunto deriva dalla loro struttura nomologica, si dimostrano (perlomeno sulla carta, altro è — naturalmente — che se ne faccia un uso distorto) gli strumenti più idonei a 'bilanciare' nel migliore dei modi le esigenze che fanno capo agli enti autonomi con le altre riportabili all'unità-indivisibilità dell'ordinamento, specificamente affidate in cura allo Stato ».

⁽⁸⁹⁾ Valutazioni negative sul cattivo esercizio dell'autonomia prima del 1989 sono espresse, in particolare, da POTOTSCHNIG, *Strutture di Governo*, cit., e da L. ELIA, *Conclusioni*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *L'autonomia universitaria*, cit., rispettivamente pp. 37 e 111.

competenze degli organi di governo) ⁽⁹⁰⁾, con ciò vanificando la portata di alcune previsioni legislative che pure avrebbero potuto indurre novità positive ⁽⁹¹⁾. Anche con riferimento ai regolamenti è nota la prassi per cui i testi si limitano spesso a trasporre i contenuti di leggi statali o, addirittura, di regolamenti o meri decreti ministeriali, con ciò mutandone talvolta imprecisioni, ambiguità, errori, oltre a evidenziare un cattivo uso della, pure limitata, autonomia normativa ⁽⁹²⁾.

Più in generale, occorre chiedersi se le Università nell'epoca presente credano ancora al valore dell'autonomia oppure, per pigrizia, per quieto vivere o per evitare polemiche o contenziosi, si siano ormai adeguate a uno *status* di dipendenza da una pluralità di organi centrali (politici, ma non solo). Né questa *deminutio* può essere compensata dall'inserimento delle Università nello spazio di istruzione superiore europeo o da una valorizzazione di strumenti di collaborazione con le autonomie territoriali, in particolare con le Regioni ⁽⁹³⁾. Sul primo punto, il tessuto di collaborazioni internazionali è sicuramente rilevante ma ancora a uno stadio iniziale e, per molti profili, condizionato da strumenti di ingerenza e di condizionamento del centro cui si è già alluso; sul secondo punto, il rapporto con le Regioni, pure valorizzato da alcuni statuti universitari, si atteggia in modo variegato, risentendo della diversa sensibilità istituzionale di queste ultime; e d'altra parte, a dispetto delle prospettive della c.d. « autonomia differenziata », le Regioni appaiono a loro volta troppo deboli e prive di quelle competenze che sarebbero necessarie per compensare lo squilibrio nei rapporti tra Università e poteri centrali.

⁽⁹⁰⁾ Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, *Referto sul sistema universitario*, novembre 2017, cit., p. 31. Nello stesso senso, D. DONINA, M. MEOLI, *I nuovi statuti*, in *Il futuro dell'Università italiana*, cit., p. 163.

⁽⁹¹⁾ Così, ad esempio, si pensi, all'aggiramento dell'art. 2, comma 2, lett. b), della legge ad opera di non pochi statuti che hanno consentito la formazione di Dipartimenti ricalcati sulle vecchie Facoltà o hanno configurato le strutture di raccordo in modo tale da consentire la sopravvivenza delle stesse Facoltà.

⁽⁹²⁾ Sembra ancora attuale il rilievo secondo il quale gli Atenei hanno preferito muoversi « nelle strettoie di bardature oppressive ma anche protettive »: PALADIN, *Stato e prospettive*, cit., p. 181.

⁽⁹³⁾ *Contra*, BARAGGIA, *L'autonomia universitaria*, cit., pp. 254-255.

Occorre però avere chiaro che, se si è convinti che lo sviluppo del Paese passa da un potenziamento e da una valorizzazione della ricerca, il tema dell'autonomia e della connessa responsabilità delle Università non potrà essere eluso. Ma vi è da chiedersi se questa conclusione sia davvero condivisa dai diversi attori istituzionali.

Il problema della legalità

BERNARDO SORDI

UN GARANTISMO DI SEGNO NUOVO:
DIRITTO E LEGGE
NEL CREPUSCOLO DELL'ASSOLUTISMO GIURIDICO

1. Lungo la linea: una riflessione sulle fonti. — 2. *Oltre la legalità*: una proposta ardita per il giurista continentale. — 3. Prime verifiche storiografiche: il modello codicistico e la sua applicazione ottocentesca. — 4. Novecento giuridico: la chiusura delle Preleggi; il pluralismo della Costituzione. — 5. Gli ultimi decenni: tra il paradigma ermeneutico e lo spettro del governo dei giudici. — 6. Verso una rifondazione del garantismo: principi da conservare; principi da sostenere.

1. *Lungo la linea: una riflessione sulle fonti.*

Ai grandi temi della ermeneutica giuridica, dell'interpretazione, della legalità, del diritto giurisprudenziale, Paolo Grossi era arrivato lentamente, da lontano, *lungo la linea*, come amava dire. Nell'ultima stagione di studi, complici anche le sollecitazioni provenienti dall'osservatorio privilegiato di una lunga presidenza della Corte costituzionale, questa riflessione si era sì concentrata, sempre di più, sulle incombenti trasformazioni del « tempo pos-moderno », « tempo di crisi, tempo di recuperi » e sulla « odierna incertezza del diritto », ma era stata mossa, sin dall'inizio, da obiettivi di schietta comprensione storiografica.

Il suo sguardo ampio e disincantato sul presente non era quindi quello del sociologo del diritto o del teorico generale, nasceva al contrario da una visione elaborata sulla lunga durata, tutta giocata sull'alternarsi delle esperienze giuridiche occidentali, la medievale e la moderna, per giungere a lambire, solo dopo questo profondo lavacro storiografico, le trasformazioni del presente e l'annuncio di nuovi equilibri ordinamentali.

Anche quello sguardo era stato oculatamente proiettato. Non sfuggivano certo i risvolti 'costituzionali' e gli equilibri tra i poteri,

tracciati a partire dalla profonda neutralizzazione della funzione giudiziaria realizzata dal tardo Settecento. E tuttavia, non su queste ingegnerie costituzionali si andava concentrando l'attenzione. Erano soprattutto le fonti, a partire dalla continua tensione moderna tra *droit* e *loi*, nel loro ruolo costitutivo dell'ordine giuridico, a calamitare l'attenzione.

Sullo sfondo si stagliava così il grande *medioevo sapienziale*, cui Grossi aveva dedicato nel 1995 una sintesi interpretativa di rara efficacia: un medioevo nel quale una scienza del diritto corale, in forte sintonia con i caratteri fondanti dell'esperienza, riusciva addirittura a esprimere l'azzoniano *principatus per orbem terrarum*, orchestrando, nell'inventiva lettura del testo romano, un pluralismo enfatizzato dall'assenza dello Stato e di una sovranità modernamente intesa. Una esperienza dura a morire, che si incuneava nella stessa modernità, annunciata a chiare lettere dagli *homines novi* dell'Umanesimo giuridico, della Seconda scolastica, della trattatistica di antico regime, da Bodin a Domat sino a Pothier, ormai alle prese con la costruzione degli Stati nazionali e di una sovranità già fondata sul primato della legge, ma pur sempre immersi in uno *ius inventum* dalle tante matrici e fortemente refrattario alla integrale statualizzazione delle fonti del diritto.

Sarebbe stato il codice, ereditando e portando all'apogeo le mire dell'individualismo e del *giacobinismo giuridico*, a comprimere definitivamente l'*extra-statualità* del diritto civile, radicando quel positivismo e quel legicentrismo che una lunga stagione di elaborazione sei-settecentesca aveva coronato di nuovi valori di certezza e di culto della legge, presto ammantati di una vera e propria veste mitologica: appunto quelle *mitologie giuridiche* che Grossi ricavava da una celebre voce dei romani *Frammenti di un dizionario giuridico*, e che applicava al disegno, che vedeva univoco e costringente, della modernità giuridica.

Il codice assumeva quindi, nella sua riflessione, soprattutto i tratti e i contenuti della codificazione civile, dal grande monumento del *Code civil* all'ABGB, dal Codice Pisanelli al codice spagnolo, dal BGB sino al codice svizzero: una forma codice essa stessa plurale, beninteso, di cui riusciva a dare, nel 2006, in *L'Europa del diritto*, in poche dense pagine, raffigurazioni eloquenti dei diversi dosaggi di volta in volta fissati tra legge e diritto. Una forma codice, però, so-

prattutto, scolpita in quell'art. 4 del *Code civil* che archiviava con un sol tratto le prudenti valutazioni del *Discours préliminaire* di Portalis, inaugurando un rigido positivismo giuridico e una arrogante completezza del codice, marchiando così il volto profondo del modello continentale e dando il via a una lunga stagione per la quale proprio Grossi coniava la formula, fortunata ed evocativa, dell'*assolutismo giuridico*, a denunciarne l'impronta autoritativamente semplificante contro l'intrinseco pluralismo antico. Una rivoluzione copernicana che andava di pari passo con la completa neutralizzazione della funzione giurisdizionale avviata sin dal 1790: al giudice spetta ormai di applicare solo una regola generale a una fattispecie concreta, mentre l'art. 5 del codice conferma la perdita definitiva del potere di decidere in via generale sulle controversie affidate alla sua competenza. Solo il contratto, nella folgorante definizione dell'art. 1134, rimane a garantire un'efficace 'valvola respiratoria' dell'assolutismo giuridico.

Con la codificazione, la fisiologia dei rapporti giuridici interprivati, chiamati ad assorbire e a esprimere la naturale socialità del quotidiano, veniva trasportata di peso dal *droit* alla *loi*, fissando un indiscusso primato del legislatore e, corrispondentemente, uno stretto vincolo del giudice alla legge. Non solo. La sapiente progettazione giuridica della modernità assumeva forza mitologica, acquistando natura destoricizzata e immodificabile, calata in una forma — il codice, appunto — destinata a un radioso futuro.

A preparare e ad anticipare l'incontro con il presente, contribuivano tuttavia non poche voci ottocentesche, cui infatti, non casualmente, andava la privilegiata attenzione di Grossi, da Savigny a Gierke, da Menger a Huber, da Gény a Saleilles, ma anche da Bluntschli a Gerber, da Orlando a Cammeo a Romano, sino al solidarismo giuridico, alla scuola del diritto libero, ai fondatori dei diritti che non c'erano, come il lavoro, l'agrario, più genericamente il *droit social*: appunto quei giuristi, spesso eterodossi rispetto a una massiccia *opinio communis*, che iniziavano presto a scavare un fossato con la *semplicità perduta* del modo di ieri.

Già in una *Belle époque*, solo apparentemente dorata — ammoniva Grossi — iniziavano a fioccare domande sull'ordinamento giuridico, i suoi pilastri ordinativi, le fonti, nel rapporto vivo con una esplosiva realtà sociale, greve di effettualità e ormai ampiamente debordante i troppo semplici schemi legislativi codicistici.

Iniziava così un lungo, lunghissimo, Novecento, che prendeva le mosse dall'irrompere della questione sociale a scuotere, già alla fine del diciannovesimo secolo, i monumenti dell'individualismo giuridico e i codici innanzi tutto, preannunciando la romaniana crisi dello Stato, per poi protendersi ora lungo l'asse dei corporativismi, con le inevitabili e ingombranti commistioni, per l'Italia e la Germania, con i totalitarismi tra le due guerre, ma anche verso il progressivo affermarsi delle costituzioni lunghe, a immettere nuova linfa vitale nelle carte dei diritti di matrice settecentesca, ai suoi occhi caratterizzate da sin troppo esangui e astratte proclamazioni di principio.

Un Novecento destinato dunque, quasi inevitabilmente, a congiungersi con «l'odierna crisi» delle fonti, specchio di una *pos-modernità* non riducibile alle trasformazioni degli ultimi decenni e al contrario già leggibile nei processi di socializzazione del diritto e di nazionalizzazione delle masse ampiamente maturi sin dal primo conflitto mondiale.

Sarebbe toccato allo Stato costituzionale del secondo Novecento di inverare tutto questo nelle linee di una sinora sconosciuta legalità costituzionale, non più algida regola di temperamento tra i poteri, ma deposito di principi e valori, profondamente calati nella quotidianità del sociale, da *invenire* non solo dal legislatore, ma in un corale lavoro di attivazione dell'ordinamento, anche dall'interprete, e quindi in primo luogo dal giudice, attraverso un processo di lettura di una dinamica sociale di cui la carta repubblicana era solo l'innesco, e non la normativistica *urna sigillata*, affidata ad asettiche e meccaniche bocche della legge.

La stessa globalizzazione economica, cui aveva per tempo rivolto, con un suo timbro originalissimo, la propria attenzione, non implicava ai suoi occhi nessuna enfasi, nessuna ipostasi del mercato, nessuna morte annunciata dello Stato e della sovranità. Al contrario, una piena consapevolezza della temibilità dei poteri privati e delle loro invadenze. Eppure, anche la consapevolezza che la globalizzazione avrebbe, ancora una volta, pesantemente investito il sistema delle fonti del diritto, limando ulteriormente i residui assolutismi giuridici e innescando nuovi pluralismi, nuove interconnessioni, nuovi equilibri tra giuristi, legislatori, giudici. Dando nuova linfa a quel diritto giurisprudenziale che non vedeva, alla Edouard Lam-

bert, come strumento di un indebito *gouvernement des juges*, espressione di funzioni incompatibili, e proprio per questo dispregiativamente racchiuse in un ossimoro, ma al contrario, nell'ordine giuridico europeo, come nella stessa tradizione di *civil law*, come strumento fondamentalmente positivo di *invenzione del diritto*.

2. *Oltre la legalità*: una proposta ardita per il giurista continentale.

Da questo solido retroterra di comprensione storica, dispiegato sulle grandi dorsali della transizione da medievale a moderno e quindi a pos-moderno, nasceva il progetto — una sorta di testamento spirituale, davvero vergato nel corso delle sue « ultime soste di raccoglimento » — di metter mano al « fossile settecentesco della legalità » per muovere *oltre*, verso un pieno ritorno al *diritto* dell'ordine giuridico e dei suoi interpreti ⁽¹⁾.

Sorprendente e quasi provocatorio, al primo sguardo, nella intenzionale 'eversione' di una gerarchia delle fonti, a forte base legislativa, ancora costitutiva dell'ordine giuridico, questo progetto interpretativo si dimostrava in realtà semplicemente come l'ultimo tassello della riflessione storica svolta negli anni precedenti; il 'naturale' svolgimento della formula interpretativa dell'*assolutismo giuridico*, in una fase in cui le crepe del grande disegno della modernità giuridica apparivano, da più parti, profonde e, in larga misura, irreversibili. E il progetto aveva un obiettivo preciso: non certo quello di *épater le bourgeois*, ma più semplicemente di mettere al passo le categorie fondamentali del giurista alle trasformazioni novecentesche. Era formulata, appunto, « per corrispondere al pluralismo giuridico novecentesco », iniziando a ricucire anche quella divaricazione tra *Rechtsstaat* e *Rule of law* che nei fatti aveva iniziato da tempo a scolorire ⁽²⁾.

In una fase di rapida trasformazione degli ordinamenti, con la legge sempre più priva di significative capacità di innovazione, prendeva così corpo una proposta, non solo affascinante e ammirevole nella sua giovanile 'fantasia', ma carica di interrogativi e degnis-

(1) P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, Laterza, 2020, p. XI, p. 4.

(2) Ivi, spec. pp. 29-36.

sima di verifica. Un 'oltre la legalità' che non aveva niente di eversivo dal punto di vista costituzionale, che non intendeva rivolgersi contro l'onnipotenza del Parlamento o ancor peggio scardinare consolidati equilibri democratici, ma che al contrario mirava, da un lato, a una più realistica inventariazione delle plurime giuridicità del presente; dall'altro, a ricercare, muovendo dalle attuali inadeguatezze del principio di legalità, quei supporti e quelle integrazioni che ne colmassero le ormai conclamate insufficienze garantistiche.

Il campo problematico della proposta veniva dunque a collocarsi ben all'interno degli obiettivi e dei caratteri propri dello Stato costituzionale, così come formulati in una celebre disposizione della costituzione tedesca, che Grossi tuttavia non ricordava: « La legislazione è vincolata al rispetto dell'ordinamento costituzionale; il potere esecutivo e la giurisdizione sono vincolati al rispetto della legge e del diritto » (art. 20, Abs. 3 GG).

E appunto a questa verifica, prima in chiave storica e quindi prospettica, di un possibile nuovo equilibrio tra *Gesetz und Recht* dedicheremo i prossimi paragrafi.

3. *Prime verifiche storiografiche: il modello codicistico e la sua applicazione ottocentesca.*

Quali erano intanto i margini di oscillazione tra legge e diritto, propri del giurista ottocentesco? Vediamolo rapidamente, esaminando dal caso italiano. Al momento dell'Unità, a guidare l'interpretazione c'è una precisa disposizione codicistica: l'art. 3 delle disposizioni preliminari al Codice civile del 1865 ⁽³⁾. Anche nel Regno è la forma codice che imbriglia e disciplina l'attività dell'interprete; che impronta la declinazione legalistica del giurista ottocentesco, bene espressa nella prolusione camerte di un giovanissimo

⁽³⁾ « Nell'applicare la legge non si può attribuirle altro senso che quello fatto palese dal proprio significato delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore.

Qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe: ove il caso rimanga tuttavia dubbio, si deciderà secondo i principi generali di diritto ».

Vittorio Scialoja, nel 1879: *Del diritto positivo e dell'equità* ⁽⁴⁾. Una prolusione destinata a rimanere un punto di riferimento dell'*opinio communis* legalistica, delle chiusure positivistiche, dei timori verso l'arbitrario soggettivismo dell'interprete, grazie anche alla crescita esponenziale del prestigio accademico e scientifico di uno Scialoja che neppure trentenne approda ordinario a Roma, in Sapienza, dove fonderà l'Istituto di diritto romano e l'omonimo *Bullettino*.

Declinazione legalistica, bene espressa, pure, negli imbarazzi pandettistici di Carlo Fadda ed Emilio Bensa, che traducendo, sul finire del secolo, per il pubblico italiano, le *Pandette* di Bernhard Windscheid, che pur scomparso nel 1892 sarà il principale artefice di un codice « speculare alla scienza » come il BGB, prudentemente mediano tra la tipica libertà dell'interprete del sistema di diritto comune — ancora tradizionalmente impersonata dal *System* di Federico Carlo di Savigny e dall'intera tradizione pandettistica —, e i nuovi vincoli posti dal diffondersi, ormai senza eccezioni, della codificazione ⁽⁵⁾.

Sul piano definitorio, nelle occasioni manualistiche, il positivismo del giurista ottocentesco è rigido. Rigido soprattutto quando si tratta di dar voce e sostegno alla grande impresa dell'unificazione legislativa e amministrativa del 1865. L'Italia degli antichi Stati è rapidamente dimenticata, condannata ad un oblio definitivo. Un nuovo ordinamento, quello unitario, prende vita in una sorta di anno zero (in realtà nel quinquennio 1861-65), omologando un territorio sin qui pervicacemente plurale.

Solo nel penale (sino al codice Zanardelli) e soprattutto nell'ordinamento giudiziario resteranno leggibili, per alcuni decenni, i segni dei precedenti ordinamenti regionali, in una pluralità delle Cassazioni (Torino, Firenze, Napoli, Palermo), certamente dura a morire (sino al 1888 per il penale; addirittura sino al 1923, per il civile), ma presto insidiata dal ruolo crescentemente egemone della Cassazione di Roma, istituita nel 1875.

Se occorre difendere il legislatore nazionale, il giurista otto-

⁽⁴⁾ Su cui di nuovo la penetrante lettura di P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 42-44.

⁽⁵⁾ C. FADDA, P.E. BENSA, *Note dei traduttori*, in B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, Torino, Unione tipografico-editrice, 1902, vol. I, pt. I, p. 112 e ss.

centesco non ha quindi dubbio alcuno: anche scienza giuridica e giurisprudenza partecipano in prima persona al grande disegno dell'unificazione nazionale.

Questo positivismo rigido, che vede il giurista sempre e comunque farsi scudo della volontà del legislatore, si attenua sensibilmente, invece, quando si tratta di restituire la collaborazione dei diversi formanti alla vitalità dell'ordinamento.

Il dato normativo intanto offre qualche maggiore elasticità rispetto al modello che s'imporrà con il codice civile del 1942. Nel codice Pisanelli manca una disposizione dedicata alla gerarchia delle fonti; nell'interpretazione della legge, sono i « principi generali di diritto », e non gli attuali « principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato » a chiudere, in caso di lacune, il procedimento ermeneutico; all'art. 3 del codice, con disposizione di carattere generale che esclude condizioni di reciprocità, « lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini ».

Non solo: il codice stesso, nella tradizione ottocentesca, è avvertito come lo statuto — immodificabile — dei diritti privati, come tavola dei valori borghesi, prima ancora che come prodotto di un invadente legislatore, che la cultura del tempo si affretta del resto a raffigurare come l'artefice di un disegno di costruzione nazionale scritto nelle cose di una patria italiana da tempo esistente.

Per giuristi che si sono formati a cavallo dell'Unità e hanno quindi assimilato la letteratura della prima metà del XIX secolo suonano ancora familiari gli insegnamenti di Portalis, il padre del codice Napoleone:

la science du législateur consiste à trouver dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun: la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées; d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue; et de ne pas s'exposer au risque d'être, tour à tour, esclave et rebelle, et de désobéir par esprit de servitude ⁽⁶⁾.

⁽⁶⁾ J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, in *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil*, Paris, Didot, 1841. Citiamo dall'edizione Paris, Confluences, 1999, pp. 23-24.

Così, se il penale evoca tassatività e completa copertura della legge formale, il civile evoca al contrario immediatamente lo strategico ruolo del giudice perché, anche in caso di lacune, le controversie devono essere decise: « là, *il faut une jurisprudence*, parce qu'il est impossible de régler tous les objets civils par des lois » (7).

Come familiari sono ancora gli insegnamenti di Savigny: « l'interpretazione è un'arte »; « è la ricostruzione del pensiero racchiuso nella legge ». L'espressione deve esser posta in armonia col vero pensiero, « in forza del principio che lo spirito deve avere la preferenza sulla lettera ». Un Savigny che in una Prussia ancora ben lontana dal codice non esitava a riconoscere alla « giurisprudenza dei tribunali », proprio perché « ultima elaborazione delle precedenti fonti del diritto », il primo posto nella categoria delle fonti giuridiche (8).

Non si tratta comunque soltanto di formazione culturale. Il giurista liberale fa parte di una diffusa *koiné*, non solo socialmente, ma anche culturalmente e istituzionalmente omogenea, in cui è normale il transito dalla cattedra agli scranni parlamentari e governativi, ma anche il passaggio dalla cattedra alle magistrature superiori.

In un assetto statale semplice, accentrato, compatto, nel quale poche sono le leggi (rispetto ai tassi di legificazione cui oggi siamo abituati) e ancora relativa l'invadenza del legislatore, i diversi formanti dell'ordinamento si sviluppano in una armonia sostanziale, attraverso un processo di reciproca integrazione.

La tradizione esegetica del codice (si pensi al *Commentario* di Luigi Borsari che subito affianca il codice Pisanelli), è sì legalistica, ma pure risulta impregnata di un savignismo, certo disinvoltamente 'rinaturalizzato' nel sistema del codice, e che pur tuttavia ancora continua a vedere legislatore, giudici e giuristi, interpreti allo stesso modo di una comune coscienza giuridica e del medesimo spirito popolare.

(7) Ivi, p. 22, corsivo aggiunto.

(8) F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, Veit, 1840, traduz. it. di Vittorio Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, Unione tipografico-editrice, 1886, volume primo, § 32, p. 219; § 33, p. 231; § 38, p. 249; § 42, p. 270.

Soprattutto, quel legalismo esegetico convive, senza apparenti contraddizioni, con una vera e propria esplosione delle riviste di giurisprudenza che non sono solo quelle a noi ancora oggi ben note, *Il Foro italiano* (fondato nel 1876) o la *Giurisprudenza italiana*, che tale si chiama dal 1862, dopo esser stata fondata come *Giurisprudenza degli Stati Sardi* nel 1848, ma una ricchissima pluralità di fogli giudiziari, nazionali, e ancor più, regionali e locali, dalle più diverse intitolazioni (*Corriere, Foro, Gazzetta, Giornale, Temi...*).

E quel legalismo convive pure con un costruttivismo della scienza giuridica che diverrà tangibile nel passaggio dal commentario al sistema e da una prevalente influenza francese a quella tedesca: al codice occorre « dar vita ed anima, col soffio della scienza » ⁽⁹⁾, scrive nel 1887 Carlo Francesco Gabba, protagonista di una celebre querelle con Giuseppe Mantellini sulla responsabilità dello Stato e fautore di un sistema aperto in grado di riportare il codice al centro dei fatti sociali. Per Gabba è divenuto ormai indispensabile « fecondare la lettera della legge colla scienza e la scienza e la interpretazione del diritto positivo adattare fedelmente alla realtà del vivere umano » ⁽¹⁰⁾.

E « il sistema ha sempre in sé la base per la decisione delle questioni tutte, che nella vita possono sorgere », scrivono nelle *Note* a Windscheid i nostri Fadda e Bensa, pur molto attenti a negare a giurisprudenza e dottrina « forza creatrice di diritto » ⁽¹¹⁾. Ma certamente, né dell'una, né dell'altra, l'assolutismo giuridico, neppure nel suo momento aureo, riuscirà mai a fare a meno.

Questo sommosso, tacito, equilibrio tra una ruvida scorza legalistica, che all'atto pratico sottintende però un eclettico eppur sufficientemente armonico bilanciamento tra formanti diversi, non dura in eterno. Già negli ultimi decenni del secolo i giuristi sono posti di fronte a un campo di tensione impreveduto.

La legge, da un lato, la sua applicazione dall'altro, non proce-

⁽⁹⁾ C.F. GABBA, *Prolusione al corso di diritto civile anno scolastico 1887-88*, in « Archivio giuridico », XXXIX (1887), p. 536, da leggersi nella sapiente contestualizzazione di P. GROSSI, *'La scienza del diritto privato'. Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo 1893-1896*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 46-50.

⁽¹⁰⁾ Ivi, p. 538.

⁽¹¹⁾ FADDA, BEnSA, *Note dei traduttori*, cit., pp. 129-131.

dono più con la rassicurante sincronia ottocentesca di un gioco delle parti che, in una tipica circolarità dei formanti, vede l'indiscussa primazia del legislatore e un ruolo tuttavia niente affatto secondario di giurisprudenza e dottrina.

Su di una tranquillizzante stabilità impatta ora un profondo mutamento sociale. Lo avverte per tempo Angelo Majorana, giurispubblicista fra i più sensibili a cogliere l'emersione di un *droit social* del tutto sconosciuto alla matrice individualistica della codificazione ottocentesca, e quindi anche a interrogarsi su *L'evoluzione storica dei rapporti fra la legislazione e la giurisdizione*. Scrive Majorana nel 1889:

Un codice è una grande utilità; soprattutto perché significa la certezza, la completezza, la stabilità della legge, ma il diritto positivo che quello comprende, è sempre contingente e relativo alle condizioni di tempo e dello spazio. Grazie al continuo movimento sociale, nuovi bisogni, epperò nuove forze, sorgono. Queste non trovando soddisfazione nella legge, così come dal codice fu integrata, aspirano a differenziarla e delle loro aspirazioni cercano di fare organi i giudici (12).

Gli fa eco nel 1898, quasi anticipando la celebre distinzione di Roscoe Pound di qualche anno più tardi, un grande della procesualcivilistica, Lodovico Mortara: « mentre la legge rappresenta la *statica* del diritto obiettivo, la giurisprudenza ne costituisce la *dinamica* » (13).

E proprio qui, in una ribollente dinamica ordinamentale, ben oltre il modello codicistico, si sta delineando un intero universo giuridico del tutto inedito: infortuni sul lavoro, responsabilità aquiliana, leggi sociali, contrattazione collettiva, sciopero, famiglia, im-

(12) A. MAJORANA, *L'evoluzione storica dei rapporti fra la legislazione e la giurisdizione*, in « Archivio giuridico », XLIII (1889), p. 574.

(13) L. MORTARA, *Commentario del codice di procedura civile*. Vol. 1, *Teoria e sistema della giurisdizione civile*, Milano, Vallardi, s.d. [1898], I, n. 70, p. 76 (corsivi aggiunti), da leggersi nel commento di M. MECCARELLI, *Lodovico Mortara*, in *Enciclopedia Italiana*, Appendice VIII, *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, a cura di Paolo Cappellini, Pietro Costa, Maurizio Fioravanti e Bernardo Sordi, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 2012, pp. 459-62.

presa... Ambiti tutti in cui la legislazione risulta ancora episodica e nei quali si avviano inediti dialoghi tra giurisprudenza e dottrina.

Una pressione insistente inizia così a scaricarsi sul codice; sui suoi confini; sui suoi contenuti. Ne risente l'interpretazione. Ne risente il ruolo del giudice, spinto — come sottolinea ancora Majorana — a impossessarsi « dei nuovi bisogni » « sicché le sue sentenze servano come di materiali alla legge futura » (14). Ne risente il ruolo del legislatore, spinto di fronte al premere della conflittualità sociale, di fronte a un diritto che cambia continuamente, di fronte alla urgenza delle riforme, a scendere in campo, ad andare oltre il codice, a mettere in piedi le prime leggi sociali, assunte ora come i rassicuranti satelliti che attorniano il codice civile, colmando le sue più evidenti lacune sociali; ora invece, per i tradizionalisti, come i minacciosi pianeti che assediano la cittadella civilistica dell'individualismo proprietario.

Certo, la spinta sarà rivolta in primo luogo al legislatore, cui deve spettare di assumere quei provvedimenti che colmando non tanto le lacune giuridiche quanto le vere e proprie lacune sociali del codice, correggendo dunque il modello stesso in profondità, non possono che essere di natura legislativa. Quei provvedimenti che si penseranno come eccezionali e sembreranno a lungo congiunturali, sospinti fuori dal monumento codicistico in una valenza normativa che ancora si vuole transitoria e passeggera e che proprio per questo sembrano assumere le vesti del diritto pubblico, piuttosto che quelle del diritto privato.

Eppure, è questo il momento in cui la cultura giuridica italiana si apre alla recezione dei cultori del diritto libero (Joseph Kohler, Eugen Ehrlich, e soprattutto Hermann Kantorowicz, che con lo pseudonimo di Gneo Flavio scrive *La lotta per la scienza del diritto*, tradotta nel 1908 in italiano dal giudice Raffaele Majetti). È questo il momento in cui la cultura italiana si apre al confronto con il fervido dibattito della terza Repubblica francese tra François Gény e Raymond Saleilles, che scavavano le prime, rovinose, fessure nell'edificio legalista.

Ma senza intaccare la previsione dell'art. 3 delle disposizioni

(14) MAJORANA, *L'evoluzione storica*, cit., p. 579.

preliminari; senza sposare soluzioni iconoclaste. Il saggio più celebre di questo periodo — *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico* di Donato Donati del 1910 — resta un esempio di formalismo positivistico che quelle fonti iconoclaste discuteva, ma per respingerle seccamente dall'orizzonte normativo del nostro ordinamento.

All'inizio del Novecento, comunque, il quadro è assai più complesso e sfaccettato. Il ridotto codicistico, ben presidiato dal diffuso legalismo, resta, senza dubbio, ancora l'anima e il nucleo fondante dell'intero ordinamento. Ma è ormai lungi dall'esaurirlo. La frammentazione del diritto comune civilistico è alle porte. Le linee evolutive principali dell'ordinamento tendono a muoversi fuori dal codice, come dimostra il grande tema della responsabilità ⁽¹⁵⁾.

E il « principio nuovo della responsabilità senza colpa », si chiede un giovane, brillantissimo Francesco Carnelutti, nel 1904, è espressione di *jus singulare*, è diritto eccezionale, rispetto alla regola romanistica della responsabilità per colpa, cade dunque sotto il divieto di interpretazione analogica dell'art. 4 delle disposizioni preliminari? O, al contrario, quella legge sugli infortuni del 1898, nel quale il principio di responsabilità oggettiva si è espresso per la prima volta, rappresenta « la manifestazione di un movimento addirittura imponente nel diritto moderno »? Appunto « il movimento che intende a colmare la lacuna della nostra legge civile per quanto riguarda il contratto di lavoro » ⁽¹⁶⁾.

Il binario legalistico non viene mai scalzato: quelle disposizioni preliminari sono le basi fondative dell'intero sistema. Crescono, tuttavia, le 'terre senza codice'. Si arricchiscono e si pluralizzano i rami dell'ordinamento che nel codice non trovano più la loro *sedes materiae*.

Quelle disposizioni preliminari — Carnelutti stesso lo conferma — valgono certo anche fuori dal codice, sono rivolte all'intero

⁽¹⁵⁾ Vi ha dedicato anni fa una brillante ricostruzione, Giovanni Cazzetta: *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, Giuffrè, 1991.

⁽¹⁶⁾ F. CARNELUTTI, *Criteri d'interpretazione della legge su gli infortuni*, in « Rivista di diritto commerciale, industriale e marittimo », II (1904), pp. 202 e ss., ora in Id., *Infortuni sul lavoro (Studi)*, I, Roma, Athenaeum, 1913, p. 32, pp. 37-38.

ordinamento. Le terre senza codice non sono sterminate praterie aperte alle dottrine del diritto libero. Conservano il loro marchio legislativo e dal legislatore attendono i provvedimenti legislativi che le legittimano all'interno dell'ordinamento. Ma qui la completezza del codice è un lontano ricordo. E senza scienza e giurisprudenza quei rami del diritto neppure riescono a individuare le loro coordinate di riferimento.

Si pensi all'esperienza dei collegi probivirali, ove per la prima volta si sperimentano le questioni della contrattazione collettiva, dello sciopero, persino un certo modello processuale, antesignano del futuro processo del lavoro, bene illustrata dai giuristi del tempo, da Enrico Redenti a Giuseppe Messina, a Francesco Carnelutti, in un serrato dialogo tra dottrina e giurisprudenza: un dialogo che a fronte di una legislazione episodica e non coordinata inizia a fissare e a costruire, all'ombra di un timido legislatore, la specialità lavoristica.

E senza codice, resta l'intero universo pubblicistico, sospeso tra un testo costituzionale, lo statuto albertino del 1848, stringato ed evasivo, mera carta di organizzazione delle principali funzioni costituzionali, e un corpus di leggi amministrative fissate all'atto dell'unificazione e quindi aggiornate in periodo crispino.

Mette a fuoco il problema una celebre prolusione palermitana di Santi Romano del 1899, dedicata a *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*. L'interpretazione, certo, è consueto appannaggio dei privatisti, forti della collocazione delle norme relative nelle disposizioni preliminari al codice civile. Ma quelle norme — confessa senza mezzi termini Romano — non sono sufficienti per il diritto pubblico, in cui manca l'accuratezza e la precisione tecnica, tipica delle norme civilistiche. In cui, soprattutto « è impossibile che le leggi regolino minutamente l'attività amministrativa dello Stato, per non parlare del caso, tutt'altro che raro, in cui manca affatto la legge »⁽¹⁷⁾. Il diritto pubblico, anche in punto di interpretazione, deve elaborare una propria teoria generale. Sullo sfondo delle considerazioni romane è facile intravedere alcuni capisaldi della specialità amministrativa, il fondamento della potestà regolamen-

(17) S. ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, in « Il Filangieri », XXIV (1899), p. 242.

tare; la definizione di potere discrezionale; le tecniche di controllo giudiziario della discrezionalità: capisaldi che qui non interessa approfondire.

Ci basta tener presente che un intero universo giuridico, quello amministrativo, in fase di forte espansione con l'inizio dell'età giolittiana, si conferma terra senza codice, in cui, certo, organizzazione, compiti, funzioni sono scandite da una legislazione che cresce per dimensione e importanza, ma che per la messa a punto dei principi giuridici fondamentali è costretta ad affidarsi al ruolo pretorio della giurisprudenza (basterebbe ricordare la vicenda del riparto di giurisdizione o la definizione dell'eccesso di potere), ma anche a uno strategico formante dottrinale che, in una ampia circolazione di sicuro rilievo europeo, mette a punto lo stesso modello amministrativo continentale. Spetta dunque a giurisprudenza e dottrina fissare l'intero corpo delle norme sostanziali generali del diritto amministrativo, perché — come scriveva Massimo Severo Giannini in un celebre passo — « il legislatore non si è mai occupato di fissarle » (18).

Sarà il primo dopoguerra, in ogni caso, a restituire un quadro anche teoricamente più mosso; più disponibile ad accettare l'impossibilità del sistema di autocompletarsi dall'interno e pronto a sposare una versione più plastica dei principi generali e quindi, in ultima analisi, anche più disposto a scoprire il ruolo oggettivamente creativo svolto dall'interprete nella formazione dell'ordinamento.

Il problema ermeneutico conquista per la prima volta in Italia piena dignità filosofica, sull'onda della filosofia neoidealista. Nomi importanti, di notevole statura teorica, da Giorgio Del Vecchio a Giuseppe Maggiore, da Widar Cesarini Sforza a Max Ascoli, sino a Guido Calogero (19), aprono una stagione in gran parte inedita, che

(18) M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in « Rivista di diritto processuale », 1963, p. 536, per una valutazione che non era sfuggita a P. GROSSI, *Sulla odierna 'incertezza' del diritto*, ora in Id., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015, p. 89.

(19) Personaggi, beninteso, non sovrapponibili, dotati, ciascuno, di una potente ed irriducibile individualità e su cui disponiamo delle indagini complete e affidanti di Luigi Caiani, Antonio De Gennaro e, soprattutto, di Pietro Costa, cui non posso che rinviare.

può approdare sino allo smontaggio della « logica del giudice »⁽²⁰⁾ e del sillogismo giudiziario, e all'aperto riconoscimento della creatività dell'interprete, nella singolarissima opera di Calogero del 1937, un filosofo prestato al diritto e all'avvocatura per lo stato di necessità di metter per quanto possibile al riparo il proprio antifascismo.

In questo indirizzo che sin dal 1912, Cesarini Sforza ha definito di 'modernismo giuridico', spicca il saggio del 1928 di Max Ascoli⁽²¹⁾: un'opera di programmatico taglio filosofico, che non pretende di sovvertire il piano dogmatico di applicazione dell'art. 3 delle disposizioni preliminari, ma che pure pone proprio l'interpretazione al centro dell'intera esperienza giuridica. Una interpretazione di cui emerge l'insopprimibile momento creativo, che segna « il passaggio dalla norma al fatto », « il termine medio fra l'astratto e il concreto »⁽²²⁾. Un interprete, dunque, esso stesso in qualche misura 'legislatore', « produttore di norme », di norme che certo derivano dalle norme astratte ma che in sede applicativa restituiscono la individualità della regola del caso concreto.

Non a caso, questo saggio di Max Ascoli è anche una delle prime opere in cui circola in Italia la teoria gradualistica dell'ordinamento elaborata dalla Scuola di Vienna, grazie alla convergenza delle tesi di Hans Kelsen e Adolf Merkl, e che, in una innovativa prospettiva nomodinamica, articolata su più livelli, e già in grado di raffigurare le novità dello Stato costituzionale del Novecento, restituisce il farsi di un ordinamento che in ogni stadio, a valle della norma fondamentale, sino alla norma individuale, elaborata dal giudice o dall'amministratore, media e fonde tra di loro, creazione e applicazione della regola.

E accanto ai filosofi del diritto, i commercialisti, da Alberto Asquini a Tullio Ascarelli a Lorenzo Mossa. Commercialisti, cui sta particolarmente stretta l'ormai anacronistica fondazione del diritto commerciale sugli atti di commercio, ancora fissata dal codice del

(20) G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, Cedam, 1937.

(21) M. ASCOLI, *La interpretazione delle leggi. Saggio di filosofia del diritto*, Roma, Athenaeum, 1928.

(22) P. COSTA, *L'interpretazione della legge. François Gény e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in questa rivista, 20 (1991), pp. 445-46.

1882 e che, ben calati in quegli « itinerari dell'impresa » magistralmente ricostruiti proprio da Paolo Grossi, accertano sul campo la dinamica dell'ordinamento e la funzione creativa di un interprete chiamato a dar voce a una realtà economica in profondo, costante, mutamento. Posizioni poi riprese e sviluppate da Ascarelli negli anni Cinquanta, in due saggi di particolare pregio in cui il problema ermeneutico esce dall'angusta prospettiva codicistica; diventa il « costante momento di mediazione tra il *corpus iuris* dato e una mutevole realtà » (23); supera in breccia « il naturale provincialismo di ciascuno », aprendosi alla comprensione di quella esperienza giuridica che, se assunta con metodo storico comparato, « permette a ciascun giurista di essere cosciente della storicità delle proprie categorie » (24).

Lo stesso senso profondo della dinamica ordinamentale che dalla trincea della teoria generale in cui si è ritirato dopo un sofferto processo di epurazione (il passo è stato scritto nell'ottobre del 1945), sa cogliere Santi Romano, in un'altra superba voce dei *Frammenti di un dizionario giuridico*:

la legge in un certo senso è materia, non anima [...] Un'anima ha invece l'ordinamento giuridico di cui la legge, o meglio, le leggi in esso coordinate e fuse, sono elementi integranti, appunto come espressione in continuo movimento delle sue forze vitali [...] Qualche cosa di vivo che continuamente si modifica, si rinnova, si evolve, pur rimanendo fermo nella sua identità continuativa e durevole (25).

4. *Novecento giuridico: la chiusura delle Preleggi; il pluralismo della Costituzione.*

La plumbea chiusura statualistico-legalistica fissata dal codice del 1942 agli articoli 1 e 12 delle preleggi, traghettate nell'ordinamento repubblicano con la sola espunzione, da una gerarchia delle

(23) T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale* (1955), ora in ID., *Problemi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1959, I, p. 71.

(24) T. ASCARELLI, *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato* (1954), ora in ID., *Saggi di diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 503.

(25) S. ROMANO, *Interpretazione evolutiva*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), ora in *L'«ultimo» Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 713.

fonti di fresco conio, delle ‘norme corporative’, non sembrerà però consentire, nell’immediato, grandi spazi a questa « anima » ordinamentale, evocata dall’ultimo Santi Romano.

Il codice ‘dimentica’ il costante intreccio tra i formanti grazie al quale sono stati incubati, nell’arco di non pochi decenni, i nuovi contenuti che la codificazione può vantare rispetto alla trasposizione del *Code civil* in terra italiana, operata all’atto dell’unificazione. L’opzione positivista, certo, è ancora una eredità dell’assolutismo giuridico ottocentesco, ma reca evidenti, nella torsione autoritaria delle norme ricordate, anche rispetto al Codice Pisanelli, le stigmate di un totalitarismo statualistico che ha fatto dell’uso accorto della legge e dell’atto di governo, una precisa strategia del regime. E cui una magistratura e un’amministrazione, non di rado servili, hanno dato sistematica applicazione.

Rimontando a queste lontane radici ed epurato delle « bestiole parassite » infestate dal regime, il codice può presentarsi, nonostante la parentesi fascista, come il fedele interprete di una risalente mitologia, rinverdendo una legalità formalistica, chiusa e compiuta all’interno della stessa forma codice, affidata alle garanzie della inossidabile verifica di legittimità operata da una Corte di Cassazione che, ancora all’inizio degli anni Cinquanta, si dimostra incline a chiudere i confini dell’ordinamento giuridico nella sua esclusiva base legislativa.

Si tratta, comunque, di impressioni e di resistenze di breve durata. La sensazione di continuità e di pacifico ritorno al passato è subito rotta dalla prepotente novità dell’ordinamento costituzionale, che già segna la linea dell’oggi, con le aperture multilivello, sia infra che sovra statuali, che stanno per essere fissate negli articoli 5, 10 e 11 dei Principi fondamentali della carta; con il principio di solidarietà che lentamente inizierà a dischiudere una integrazione costituzionale — sinora mai tentata — della fattispecie.

Se ne avvede immediatamente Guido Zanobini, nel primo commentario della Carta: una inedita « pluralità di fonti normative » ha soppiantato l’antica unicità della legge formale ⁽²⁶⁾. Ha preso piedi un

(26) G. ZANOBINI, *La gerarchia delle fonti nel nuovo ordinamento*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da Piero Calamandrei e Alessandro Levi, Firenze, Barbera, 1950, p. 47 e ss.

sistema costituzionale delle fonti, sconosciuto all'ordinamento statuario, che richiede una drastica integrazione del principio di gerarchia: occorre ormai la bussola della *competenza* — lo segnala nel 1960 Vezio Crisafulli —, per dirimere i possibili conflitti tra norme (27).

Non si sono semplicemente moltiplicati i modi e le procedure di emanazione delle norme giuridiche, con la conseguente esplosione del novero delle fonti. Una « progressiva oscurità » ha iniziato ad avvolgere anche il « capitolo delle fonti », che il codice aveva pensato di scrivere, in perfetta solitudine, nelle preleggi. Per il giudice ordinario — già lo registra Alessandro Giuliani nel *Trattato* diretto da Rescigno — « il valore della costituzionalità della legge » sta divenendo « più importante di quello della certezza del diritto, nel senso del positivismo ottocentesco » (28). Parallelamente, la svolta del Convegno di Gardone ha iniziato ormai da qualche anno, anche all'interno della magistratura, a scuotere i tradizionali pilastri legalistici del sistema.

E il passo è breve a riconoscere che la Costituzione ha « travolto » e « sconvolto » il sistema delle fonti disegnato dalle preleggi (29), il cui art. 1 appare ormai un mero relitto storico. L'interprete è così costretto non solo a riannodare le fila di un pluralismo che la rigida gerarchia del codice ha deliberatamente cancellato e che i lenti progressi dell'ordinamento regionale, all'interno, e dell'ordinamento comunitario, all'esterno, stanno significativamente complicando, ma anche a interrogarsi sul residuo valore normativo dell'art. 12, palesemente inadeguato come parametro di lettura delle norme costituzionali, soprattutto nel loro progressivo imbricarsi all'interno dell'ordine giuridico e, pur tuttavia, ancora autorevolmente riproposto come norma chiave dell'intero sistema, valida « per tutto l'ordinamento » (30).

(27) V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in « Riv. trim. dir. pubbl. », 1960, p. 775 e ss.

(28) A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale. Gli articoli da 1 a 15*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Pietro Rescigno, I, Torino, Utet, 1982, p. 265.

(29) L. PALADIN, *Costituzione, preleggi e codice civile*, in « Riv. dir. civ. », XXXIX (1993), p. 21.

(30) F. SANTORO PASSARELLI, *Preleggi*, in *Noviss. Dig. Ital.*, vol. XIII, Torino, Utet, 1968, p. 630.

Inizia a serpeggiare il dubbio che l'interpretazione non possa « essere imbrigliata in astratto » e addirittura che « sarebbe arbitrario risolvere il diritto nella legislazione » ⁽³¹⁾. Mentre l'esplosione pluralistica delle fonti, con il passaggio dalla *ratio legis* alla *ratio iuris*, rende estremamente difficile e quasi imbarazzata l'applicazione dei criteri dell'interpretazione letterale e della intenzione del legislatore, posti a salvaguardia della monolitica chiusura effettuata dall'art. 12.

Soprattutto, è il disegno codicistico della interpretazione come *extrema ratio*, come eccezionale strumento per colmare le rare lacune che una proclamata e ben difesa completezza può far trasparire, che si è dissolto, di fronte alla « piramide di valori » ⁽³²⁾ segnati in costituzione e che inevitabilmente enfatizzano il ruolo dei principi e la necessità del continuo ricorso al processo ermeneutico nella dinamica effettiva dell'ordinamento.

Tra preleggi e costituzione si è scatenato un corto circuito che ha spostato più in alto il punto di coerenza dell'ordinamento e che esalta come mai in passato, il ruolo dell'interprete, complice il crescente ruolo del giudice costituzionale, non più 'Cenerentola della carta' ⁽³³⁾ e ormai proteso verso il diffondersi su larga scala dell'interpretazione adeguatrice.

5. *Gli ultimi decenni: tra il paradigma ermeneutico e lo spettro del governo dei giudici.*

Negli ultimi decenni il fenomeno vive la sua esplosione definitiva. Non si tratta più soltanto di riconoscere la presenza, acquisita e mai tramontata, neppure nella ottocentesca età del codice civile, della giurisprudenza: una « fonte-fatto », sempre più radicata nella effettiva dinamica dell'ordinamento, che reintroduce fattualità che sembravano definitivamente tramontate con la svolta di fine Sette-

⁽³¹⁾ PALADIN, *Costituzione, preleggi e codice civile*, cit., p. 25.

⁽³²⁾ Ivi, p. 29.

⁽³³⁾ La celebre definizione del 1949 di Costantino Mortati è puntualmente contestualizzata da E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 6 e ss.

cento ⁽³⁴⁾ e che sollecita, anche nel pianeta di *civil law*, colloqui sempre più intensi; la capillare diffusione di commentari e data base via via più sofisticati, e persino lo sviluppo di una inedita cultura del precedente, che riesce pure, qua e là, a trovare qualche significativa conferma formale anche nell'impianto codicistico (art. 360-*bis* c.p.c., introdotto nel 2009; art. 374 c. 3, c.p.c., novellato nel 2006).

La penetrazione di un ordine giuridico europeo a prevalente base giurisprudenziale, da un lato; la diffusione, a ogni livello, di un sempre più intenso sguardo comparativo, dall'altro, possono così, nel giro di pochi anni, far considerare ormai acquisito, anche nel modello continentale, un celebre giudizio di Lord Radcliffe: « non esiste controversia più sterile di quella che concerne la questione di sapere se il giudice contribuisce a creare il diritto. È palese che è così. E come potrebbe essere altrimenti? » ⁽³⁵⁾.

Il paradigma ermeneutico inizia ad abbandonare l'empireo della teoria generale e diventa sempre di più linguaggio comune e condiviso anche dal giurista pratico. Ormai si riconosce apertamente non solo che la dinamica dell'ordinamento poggia sull'applicazione giudiziale, ma anche che le norme sull'interpretazione esprimono la « inconcludenza della pretesa di ogni diritto 'positivo' di stabilire da sé le condizioni della propria portata, cioè di chiudersi in sé stesso ». L'interpretazione assurge a strategica « attività mediana o mediatrice tra il caso della vita e la norma che lo deve regolare », tra la realtà e il diritto, mentre « il legislatore deve rassegnarsi a vedere le proprie leggi trattate come 'parti' del diritto, non come 'tutto il diritto' ». Ed è ormai dubbio che la certezza del diritto, ovvero « la fissità dell'ordinamento in tutte le sue parti possa essere oggi un obiettivo

⁽³⁴⁾ A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto. Art. 1-9*, seconda edizione, in *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, a cura di Francesco Galgano, Bologna-Roma, Zanichelli, 2011, p. 726 e ss.

⁽³⁵⁾ Un giudizio ben valorizzato da M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges. Articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé*, Paris, Economica, 1984, p. 33. Sulla stessa lunghezza d'onda, F. GALGANO, *Giurisprudenza e giurisprudenza in materia civile*, in « Contratto e impresa », I (1985), p. 48: « non solo l'esperienza anglosassone, ma anche quella europea suscita l'idea di un rapporto complementare fra legislatore e giudice [...] Diritto giurisprudenziale significa diritto che nasce dai casi concreti [...] ».

realistico [...] e anche desiderabile». L'antica, severa, gerarchia restituisce ormai flessibilità e frammentazioni crescenti ⁽³⁶⁾.

In parallelo a questa sempre più diffusa consapevolezza del « prezioso lavoro di applicazione giurisprudenziale » che fa « sempre evolvere il diritto » ⁽³⁷⁾ e quindi della crescente rilevanza del paradigma ermeneutico e dello stesso formante giurisprudenziale, sta comunque maturando anche la sensazione di uno spostamento negli equilibri costituzionali, che fa temere una problematica alterazione del principio di divisione dei poteri e un deciso *empowerment* della giurisdizione che, specialmente in un paese dalla turbolenta storia giudiziaria e quindi dalla politica, fortemente conflittuale, relativa, come il nostro, fa alzare i toni dello stesso confronto scientifico.

Emerge così, accanto e spesso in aperta polemica con la positiva immagine grossiana di un pluralismo finalmente liberato dagli artificiali giochi del passato, anche il senso di un disagio crescente, che ora fa leva sulla crisi della fattispecie; ora evoca *i demoni nascosti nelle caverne e pronti a ridestarsi*, con una chiara allusione alla lotta al paragrafo che fu propria del nazismo, ora gli *interpreti senza partito*. Davvero, l'antica sinfonia che scandiva i rapporti tra legge e interpretazione è divenuta improvvisazione polifonica?

O ancora, se ci spostiamo sul profilo degli equilibri tra i poteri, si sta davvero delineando un indebito *gouvernement des juges* in grado di prendere il posto, attraverso un altrettanto indebito *Richterstaat*, di quel giudiziario che Hamilton nel 78° del *Federalist* ci descrive come privo della borsa e della spada, delle grandi prerogative del legislativo e dell'esecutivo e che « per la natura delle sue funzioni, sarà sempre il meno pericoloso per i diritti sanciti dalla costituzione, perché sarà quello che meno potrà lederli o pregiudicarli »?

⁽³⁶⁾ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, p. 185, p. 182, p. 212, p. 203.

⁽³⁷⁾ Lo rivela l'autorevole discorso ufficiale di una non specialista: L. SEGRE, *La stella polare della Costituzione. Il discorso al Senato*, a cura di Daniela Padoan, Torino, Einaudi, 2023, p. 8. Anche per il teorico, « l'interpretazione è in qualche misura costitutiva del diritto », all'esito della « complessa 'dialettica' che nel fenomeno giuridico si dà tra atti di produzione e atti di applicazione (e di interpretazione) » così che « il diritto è prodotto non solo dai legislatori, ma anche dagli interpreti » (G. PINO, *L'interpretazione nel diritto. Come un trattato*, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 348-349).

Le questioni sono oggettivamente complesse e problematiche e non consentono risposte semplici. I trinitari equilibri settecenteschi sono ormai sfumati ⁽³⁸⁾, superati dall'approdo allo Stato costituzionale, dai nuovi meccanismi di governo regolativo, dal grande successo della giustizia costituzionale, del tutto assente o ancora embrionale tra le due guerre. Anche il compito meramente demolitorio del *legislatore negativo* immaginato nel 1920 da Kelsen è stato rapidamente valicato. All'ampia tipologia di dispositivi di accoglimento manipolativi, si affiancano sentenze interpretative di rigetto che si muovono oltre la logica binaria del *sì* e *no* alla domanda se la legge sia incostituzionale, tanto da far dubitare che modelli accentrati come quello italiano si stiano impercettibilmente trasformando in modelli diffusi. La Corte estende la propria competenza alla interpretazione della legge; dall'altro invita i giudici a inoltrarsi nel mondo dei valori costituzionali. Tra Corte e giudici comuni si inizia così a tessere un fitto dialogo, con al suo centro i valori costituzionali più che le regole, con conseguente slittamento del dato normativo, nella sua accezione classica, verso i principi.

A metà degli anni Novanta si inizia a spianare la strada verso l'interpretazione conforme a Costituzione: « è inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. [...] posto che le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali » (Corte cost. 22 ottobre 1996, n. 356. Presid. Ferri, Relat. Zagrebelsky). Senza tacere l'obiettivo deflattivo delle questioni di costituzionalità cui questo indirizzo mirava, dal momento che il mancato assolvimento dell'onere di interpretazione conforme da parte del giudice a quo è causa di inammissibilità del ricorso, l'effetto principale resta comunque quello di ridurre la distanza tra fonti e ordinamenti, armonizzando i contenuti di serie normative non coincidenti per origini e legittimazione, facendo

⁽³⁸⁾ B. ACKERMANN, *Good-bye Montesquieu*, in *Comparative Administrative Law*, edited by S. Rose-Ackermann, P.L. Lindseth, B. Emerson, Cheltenham, UK — Northampton, MA, USA, Elgar, 2017², pp. 38-43, per una prospettiva (che non era sfuggita a P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, p. 125) che invitava il giurista a calarsi in un assetto costituzionale sempre più articolato e complesso e, per il profilo che qui interessa, sempre più incentrato su istituzioni indipendenti.

confluire *legalità legale* e *legalità costituzionale* ⁽³⁹⁾ e coinvolgendo il giudice comune nell'ingranaggio della giustizia costituzionale, garantendo così la piena circolazione dei valori costituzionali a ogni livello della dinamica ordinamentale ⁽⁴⁰⁾.

Parallelamente, anche il giudice di legittimità interpreta in chiave fortemente evolutiva il limite dell'art. 12 delle preleggi, proclamando, senza imbarazzi, che « alla giurisprudenza va riconosciuta una importante funzione di aggiornamento, adattamento e adeguamento delle norme, che può presentare profili innovativi [...] essendo proprio la differenza tra interpretazione e mera dichiarazione ciò che spiega e giustifica l'innovazione giurisprudenziale quale connotato proprio — naturale e non eversivo — della giurisdizione, senza determinare al contempo confusioni tra quest'ultima e la legislazione » ⁽⁴¹⁾.

L'impatto sulla certezza e sul sempre più fragile confine tra *Gesetz und Recht* non è di poco conto, tanto più che questi capitoli di « applicazione del diritto nella prassi » non vivono più negli interstizi interpretativi già ampiamente presenti nei modelli codicistici classici ⁽⁴²⁾, ma appaiono al contrario come l'iceberg di un inedito fenomeno di *espansionismo giudiziario* (*judicial activism, juristocracy*) ⁽⁴³⁾,

⁽³⁹⁾ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, IX, Milano, Giuffrè, 2016, p. 391 e ss., secondo cui « un canone concepito per generare armonia può mancare il bersaglio » generando « intollerabili costi di certezza del diritto », mentre esclusivamente al legislatore e alla politica deve spettare il compito di fissare le linee direttrici dell'evoluzione del vincolo sociale. Mentre la massima citata nel testo gli appare oggi, retrospettivamente, « enunciazione infelice-mente 'estrema' »: LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2023, p. 157.

⁽⁴⁰⁾ GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., pp. 27-31.

⁽⁴¹⁾ Cass. S.U. 6 novembre 2014, n. 23675, Presid. Rovelli, rel. Di Iasi, valorizzata e convincentemente commentata da O. ABBAMONTE, *Giurisprudenza e storicità del diritto. Contributo ad un possibile rinnovamento della storiografia giuridica ed al compito dell'attività giurisprudenziale nella formazione del diritto e del giurista*, in « Iurisdicio. Storia e prospettive della Giustizia », 2 (2021), pp. 117-23.

⁽⁴²⁾ C. SCHMITT, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, Berlin, 1912, traduz. ital. a cura di Emanuele Castrucci, *Legge e giudizio. Uno studio sul problema della prassi giudiziale*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 74.

⁽⁴³⁾ In una letteratura che cresce continuamente, si vedano almeno A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari, Laterza, 1998;

ben più travolgente ed epocale, che porta la magistratura « al centro dello spazio pubblico » (44). Un fenomeno assai diverso dal *government by judiciary* degli Stati Uniti tra le due guerre, già denunciato dal celebre volume di Lambert del 1921, tutto giocato sul conflitto difensivo delle corti di *common law* contro la politica sociale delle presidenze a cavallo del primo conflitto mondiale.

Oggi, è lo stesso territorio coperto dalle decisioni dei giudici che quantitativamente e qualitativamente si espande a spese di quello proprio della politica e dell'amministrazione, per gli effetti di una generale *due process revolution* che spinge verso il sempre più massiccio utilizzo di strumenti processuali (sindacato di costituzionalità, procedimentalizzazione azione amministrativa, ricerca di una democrazia dell'imparzialità...). E se in passato solo un'area molto ristretta di eventi trasgressivi dell'ordine sociale veniva devoluta all'autorità giudiziaria, grazie al ruolo di autorità sociali diffuse e informali, in grado di fissare comportamenti e farli rispettare; ora, al contrario, si assiste ad un'ampia giudiziizzazione di rapporti e relazioni (famiglia, procreazione, fine vita, lavoro, scuola, medico-paziente, emigrazione...), mentre cresce enormemente, complice la rivoluzione globale del discorso dei diritti, la generale aspettativa di giustizia. Un fenomeno di cui le magistrature supreme sono ben consapevoli, anche perché direttamente investite del sempre più frequente trasferimento del conflitto al giudice (45).

Anche risposte e rimedi, cui qui si può solo accennare, rivelano soluzioni e sensibilità diversificate. In Francia, dove la neutralizzazione giudiziaria operata dalla Rivoluzione resta ancora intoccabile, almeno sul piano delle affermazioni di principio, ancora prevalgono posizioni profondamente critiche nei confronti di quella che viene

R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2004; M. LOUGHLIN, *Against Constitutionalism*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2022, pp. 124-150.

(44) S. CASSESE, *Il governo dei giudici*, Roma-Bari, Laterza, 2022, p. 33.

(45) « In un certo senso, non è il giudice a fare politica; è la politica che demanda al giudice la composizione del conflitto fra valori, mentre il segmento della società che non accetta — quando pure viene espressa — la scelta politica, rinuncia a combatterla sul terreno che le è proprio e la riversa sulla giurisdizione »: Consiglio di Stato, Inaugurazione dell'anno giudiziario 2018, Relazione del Presidente Alessandro Pajno, Roma, Palazzo Spada, 30 gennaio 2018, p. 21.

bollata come « dicastocrazia », nonostante interi settori dell'ordinamento transalpino, a partire da quello amministrativo, fondino il loro sviluppo storico su giurisprudenze dall'inconfondibile taglio pretorio ⁽⁴⁶⁾. Mentre il dibattito tedesco, pur non scevro di contrapposizioni, appare oggi più distaccato, ormai lontano dalle virulente polemiche dei tardi anni Cinquanta, che vedevano Carl Schmitt e Ernst Forsthoff, in nome di un neo-formalismo sin troppo strumentale e dimentico delle posizioni da quei giuristi assunte negli anni Trenta, schierarsi contro le novità dello Stato costituzionale e del ruolo della Corte di Karlsruhe. Un dibattito in grado ora di approdare a una più serena rappresentazione del giudice, che fa leva sul ricordato vincolo costituzionale *an Gesetz und Recht*: un giudice visto, nella fortunata metafora dell'alto magistrato Günther Hirsch, non più come *Diener*, ma *Pianist*, autorevole e autonomo interprete di un legislatore cui ancora spetta il ruolo di grande 'compositore' dell'ordine giuridico ⁽⁴⁷⁾.

6. *Verso una rifondazione del garantismo: principi da conservare; principi da sostenere.*

Qual è l'effetto finale di queste spinte e contropunte che rendono vorticosa la dinamica ordinamentale? Si sta approdando a una democrazia svuotata dalla debole legittimazione del ceto dei giudici, o a una inedita forma di democrazia dell'imparzialità? Una imparzialità certo sempre più indispensabile, nelle società complesse, a tenere in equilibrio interessi e diritti, a riparare discriminazioni, a compensare *handicaps* e che la forza degli stessi fenomeni sociali porta verso un nuovo equilibrio tra politica della imparzialità e politica maggioritaria.

⁽⁴⁶⁾ *Gouvernement des juges et démocratie*, S. Brondel, N. Foulquier, L. Heuschling (dir.), Paris, Publications de la Sorbonne, Science politique, 2001. Ma per un inquadramento problematico della *démocratie d'impartialité*, soprattutto P. ROSANVALON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, 2008, p. 139 e ss.

⁽⁴⁷⁾ G. HIRSCH, *Auf dem Weg zum Richterstaat?*, traduz. ital., *Verso uno Stato dei giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell'attuale momento storico*, in « Criminalia », 2007, p. 107 e ss. Sul venir meno del « giudice farmacista », anche le belle pagine di N. LIPARI, *Elogio della giustizia*, Bologna, il Mulino, 2021, pp. 73-79.

Grossi, lo vedevamo all'inizio, non ha dubbi: ben consapevole della 'assolutistica' pretesa di completezza della forma codice, già inattuale nel XIX secolo, spinge a riconoscere il primato, la dominanza, la supremazia di un *diritto* in grado di assorbire al suo interno l'intero fenomeno legislativo, ma anche di trascenderlo ove necessario, rispetto alla legge, assorbendo anche nell'universo di *civil law* il principio della *rule of law*, della *regola di diritto*, quasi a riunificare lo storico confine giuridico della Manica, sulla base di un retroterra di fonti, ormai ampiamente comune e tipicamente pluralistico, che rivela, al di là e al di qua dal Canale, una orditura prevalentemente giudiziale.

Questo significa anche mettere in luce i profili più vetusti del principio di legalità. Principio nobile e antico, dal percorso storico tormentato — ben lo sanno penalisti e amministrativisti — sicuramente da preservare nelle sue declinazioni coerenti con i destini dello Stato costituzionale e della costituzione democratica e nella sua esigenza insopprimibile di generalità e uguaglianza, troppo spesso mortificata dall'uso 'provvedimentale' della legislazione; ma anche da supportare e integrare, vuoi nella capacità ormai solo parziale, di rappresentazione di un diritto sempre più plurale e multinormativo, vuoi nel suo valore prescrittivo, ormai bisognevole di forti iniezioni garantistiche.

Non si tratta di ricadere nell'alternativa savigniana tra un legicentrismo da rifiutare e un modello sofocratico da vagheggiare, lungo sentieri della scienza giuridica da tempo interamente solcati e ormai impraticabili, ma di scoprire nuovi percorsi integrativi della legittimazione del potere. Se non si può mettere in dubbio che tocchi al solo legislatore di scrivere le sinfonie, si tratta però di prendere atto che il compositore non sempre è in grado di farlo e il pianista può effettivamente trovarsi sempre più spesso a suonare senza spartito.

In questi casi, solo una severa disciplina di *judicial restraint* potrà scongiurare « l'abuso della discrezionalità »⁽⁴⁸⁾, l'inaccettabile « soggettivismo » foriero di una crescente imprevedibilità delle de-

⁽⁴⁸⁾ Trovo particolarmente convincenti le considerazioni di G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna, il Mulino, 2022, pp. 7-10. Da vedere anche Id., *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 4-28.

cisioni, le indebite censure della ‘virtù’, invasive degli spazi riservati agli altri poteri, evitando lo sprofondare *in infinitum* del meccanismo delle garanzie. Mentre solo una attrezzata comunità dialogante potrà verificare l'intrinseca giuridicità delle scelte compiute e porre criticamente un argine alla mai sopita ‘lotta tra le giurisdizioni’.

Un'altra legalità quindi non solo è possibile, ma è necessaria ⁽⁴⁹⁾, e va intesa, sul piano dei principi, come un *tessuto* ⁽⁵⁰⁾ di supporto e integrazione delle attuali inadeguatezze del principio, delle sue insufficienze garantistiche, non contro un meccanismo rappresentativo di cui, nonostante le vistose inadeguatezze, non possiamo fare a meno, ma per una più sincera inventariazione delle plurime giuridicità del presente e delle connesse necessità di garanzia, bene esemplate, in campo amministrativo, nel diritto ad una ‘buona’ amministrazione, intesa in senso prevalentemente giustiziale dall'art. 41 della Carta dei diritti dell'Unione europea.

L'imparzialità deve scongiurare ogni forma di politicizzazione endogena degli apparati esecutivi e ha oggi più che mai bisogno di credibilità e di riflessiva autolimitazione. Nonostante gli sforzi della recente riforma della giustizia, nonostante i periodici, autorevoli, richiami, si ha purtroppo l'impressione che, almeno nel nostro paese, anche a causa di un revanscismo, mai sopito, della politica, non sempre la magistratura ordinaria e speciale abbiano imboccato questa strada. Eppure, è proprio un potere giudiziario in grado di esprimere tutte le potenzialità garantistiche di cui è necessario che si faccia carico, quello di cui oggi abbiamo estremo bisogno.

(49) Anche nel delicato campo del penale, in cui pure si è costretti a ricorrere a una « faticosa ‘razionalità dialogica’ », come dimostra la limpida analisi di F. PALAZZO, *Legalità penale. considerazioni su trasformazione e complessità di un principio ‘fondamentale’*, in questa rivista, 36 (2007), p. 1279 e ss.; pp. 1323-26. Di diverso avviso, L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, Laterza, 2016, p. 211 e ss., che continua a vedere, anche nell'opera di Kelsen, una contraddizione tra il primato democratico della legislazione e il riconoscimento della giurisdizione come fonte.

(50) Secondo la felice immagine di M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enc. del dir., Annali*, VI, Milano, Giuffrè, 2013, p. 420.

ANGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

LEY, JUEZ, DISCRECIONALIDAD:
CONSIDERACIONES GENERALES Y ALGUNAS ENSEÑANZAS
DEL DERECHO DE LOS ESTADOS UNIDOS

1. Obvias (no siempre) premisas. — 2. Intermedio polémico. — 3. Las enseñanzas del Derecho Norteamericano o de la intrínseca politicidad de las decisiones judiciales. — 4. Conclusión: un catálogo de perplejidades.

1. *Obvias (no siempre) premisas.*

El punto de partida, a mi modo de ver, debe ser la afirmación de que toda decisión judicial viene siempre hetero-determinada, es decir, no es fruto de una apreciación exclusiva del que la pronuncia, de su particular modo de ver lo que es correcto o ajustado en el singular caso litigioso. El Derecho moderno, salvo casos excepcionales, no admite el *arbitrium merum*. Esto afirmado, cuando no estamos en el terreno de la mera equidad, las leyes como hetero-referencia para el juez pueden determinar el juicio de este con mayor o menor concreción y una suerte de automaticidad, como quiere la teoría de la subsunción, en virtud de la cual determinado el supuesto de hecho de una norma acaece una consecuencia jurídica ya prevista. Empero, a la altura de nuestros conocimientos este planteamiento simple, que se repite con frecuencia, no puede hoy ser considerado una explicación aceptable del juicio, sencilla y precisamente porque su simplicidad no refleja la complejidad de éste.

En efecto, la teoría clásica de la subsunción parte de que la determinación del supuesto de hecho es una cuestión de verdad, y que acreditada dicha verdad el precepto se impone con una pura deducción lógica secuencial. Pero la realidad es que las cosas no funcionan así: el hecho al que se encamina la consecuencia no es un hecho histórico aislado en bruto, sino un hecho o conjunto de hechos *jurídicamente relevantes*, no contemplados explícitamente en

el « supuesto de hecho ». Hay más, la delimitación del supuesto de hecho no puede ser efectuada directamente casi nunca por el juez, sino que lo hace a través de percepciones a él externas, que ha de valorar a través de inferencias lógicas, máximas de experiencia, criterios de probabilidad, desde la autenticidad del documento a la credibilidad de los testigos o la exactitud de una prueba pericial, y no es otra la manera que tiene de dilucidar hechos cuya dimensión histórica realmente acontecida no puede conocer; además todos los procesos existentes ponen límites al alcance de la verdad, por unos motivos u otros (1). Con estas elementales apreciaciones queremos poner de relieve es que, aún aceptado el esquema de la teoría de la subsunción, el juicio no solo de verdad sino también el de validez alcanza al supuesto de hecho, lo que implica la utilización de normas jurídicas (2). Hay una grave insuficiencia, como arquitectura lógica de la subsunción, del silogismo « premisa mayor » (consecuencia jurídica) — « premisa menor » (supuesto de hecho) (3) La operación de la decisión judicial puede ser notablemente compleja, y desemboca en una regla concreta de decisión del caso, en cuyo establecimiento desempeña un papel esencial el juzgador, lo que abona la creación judicial del Derecho incluso en los países de *civil law* (4). Pese al conjunto de hetero-determinaciones (y, específicamente, la de las leyes) que condicionan la decisión judicial, el juez goza de un

(1) Principio de rogación, tutela de derechos fundamentales que se consideran prevalentes a priori en el juicio penal, etc. Vid. K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, 1980 (traducción de la definitiva tercera edición alemana), pp. 302-303. En estas incumbencias resulta imprescindible toda la aportación de Michele Taruffo sobre la determinación de los hechos en el proceso: *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, expresión global de su pensamiento. Con especial referencia al punto *La prova dei fatti giuridici. Nozioni*, Milano, 1992, y el sugerentísimo *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009, entre otras muchas aportaciones, fruto de un larga dedicación al tema.

(2) Vid. LARENZ, *Metodología*, cit., pp. 272-308.

(3) Sobre la crisis del modelo subsuntivo, y la estructura de la decisión judicial, con amplio recorrido de la gran literatura italiana sobre el tema, vid. Carlo NITSCH, *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo Novecento*, Milano, 2021, en la *Collana* de estos « Quaderni ».

(4) *Ad rem*, M. CAPPELLETTI, *Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente*, en « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 1982, p. 784 y ss.

amplio margen para conformarla. La pregunta entonces cambia de sentido: ¿hasta dónde goza de él?

Ahora bien, al menos desde un punto de vista teórico, el problema que planteamos en puridad no existe si aceptamos la tesis de que existe una « única solución correcta ». Sin entrar en el muy conocido debate (R. Dworkin; H.L. Hart., L. Fuller), me parece que la afirmación de una única solución a un conflicto en sede jurisdiccional es una representación de carácter ideal ⁽⁵⁾, ligada a la idea de una verdad intrínseca y objetiva alcanzable en el proceso, cuando en este se puede lograr solo una verdad procesal; y por la propia naturaleza del juicio esta solo puede ser una de las aproximaciones plausibles o mejor relacionadas con una verdad ontológica, como magistralmente se nos ha ilustrado ⁽⁶⁾. Una aproximación plausible, pero no la única. El problema real es qué hetero-determinaciones condicionan al juez, para que no esté en su mano decidir una aproximación de tal tipo inferida por él sin ningún condicionante, con su único criterio como pauta de plausibilidad, *arbitrium merum* que los ordenamientos modernos, en línea de principio, consideran excepcional. Dicho de otra manera, puesto que es innegable la existencia de una discrecionalidad ⁽⁷⁾ del juez, debemos saber los límites que la enmarcan. El sometimiento al Derecho de los Poderes del Estado pasa también por circunscripción de su necesaria, y en todo caso, inevitable discrecionalidad. De todos modos, el ámbito

⁽⁵⁾ Sobre tal verdad, la solución única, y la artificiosa querrela entre iuspositivistas y iusmoralistas, las impagables páginas, llenas de ciencia y sentido del humor, de J.A. GARCÍA AMADO, *Discrecionalidad judicial*, en el blog *Almacén de Derecho*, <https://almacenederecho.org>, Dic 8, 2018.

⁽⁶⁾ Por M. TARUFFO, *Verdad, prueba y motivación en la decisión de los hechos*, traducción española, Ciudad de México, 2013.

⁽⁷⁾ F. PROSPERI, afirma con pormenor la indudable existencia de la discrecionalidad judicial, en un agudo ensayo (*Discrezionalità giudiziale e certezza del diritto: i termini attuali di un conflitto originario e ineluttabile*, página online civilistica.com, 5 (2016), 2) al que caben oponer algunas objeciones no menores, pues al hilo de las razones de aquella existencia propone una suerte de *interpretatio abrogans* de la ley por parte del juez ordinario, incluso sin recurrir al juicio de legitimidad que la propia Constitución configura como obligatorio, lo que nos parece totalmente rechazable. En todo caso, y para ser justos, el propio Prospero dedica una gran parte de su trabajo a indicar límites y temperamentos a una creatividad judicial que atente a la certeza del Derecho, contenida en gran medida en la ley.

donde la actuación de cada Poder dispone de esa posibilidad, tiene lógicas muy distintas según que estemos ante el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. Podemos apartar de nuestra disquisición al primero, dado que en el Estado de Derecho moderno todo se reduce, aunque con densa problemática, a los límites constitucionales de las leyes: hablamos de la extensión de la supremacía del Parlamento, surgido del principio democrático, en nuestro entorno jurídico político habitualmente a través de la llamada democracia representativa. En cambio la discrecionalidad administrativa y la discrecionalidad judicial comparten problemas que no son idénticos, pero derivan de una estructura jurídica común: ser funciones ejecutivas de la predisposición normativa operada por la Constitución y por las leyes ⁽⁸⁾, y que solo en épocas relativamente recientes se han desdoblado orgánicamente, hasta el punto de disfrutar históricamente de una denominación común, *iurisdictio* ⁽⁹⁾. La confrontación entre las dos discrecionalidades resulta muy ilustrativa para nuestro propósito ⁽¹⁰⁾. Ambas se fundan en la posibilidad de ejecutar los mandatos de la ley en términos acotados por esta, pero con una posibilidad de opciones-decisiones distintas; diríase que los parámetros que marcan la legitimidad de las posibles opciones son materialmente los mismos: piénsese, por ejemplo en el canon de la

⁽⁸⁾ Que en puridad son las únicas instancias creadoras del Derecho del Estado (no decimos de todo el Derecho), aunque como destaca C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1969, p. 296, la creatividad absoluta sería solo nota de la primera, en cuanto única norma originaria.

⁽⁹⁾ Sobre estas incumbencias, la monumental *opera prima* de Pietro COSTA, *Iurisdictio*, Milano, 2002, reimpresión, a la que acompañan esclarecedores anexos de O. CAPITANI y B. CLAVERO, y una *postfazione* del autor, en la *Collana* de estos « Quaderni ».

⁽¹⁰⁾ Sobre las diferencias entre « legalidad de la Administración » y « legalidad de la actividad judicial » puede verse el muy bien trazado catálogo de ellas, por obra de S. FOIS, *Legalità (principio di)*, en *Enciclopedia del Diritto*, XXIII, 1973, pp. 659-703, para nuestro interés, pp. 660-661; aunque sus razonamientos van encaminados fundamentalmente a considerar más propio del principio de legalidad su relación con la actividad de la Administración Pública que con la actividad jurisdiccional, el autor reconoce que para la segunda sería necesario un tratamiento *ad hoc* que quizás solamente en las últimas conclusiones permitiría una visión homogénea y unitaria, lo que queda lejos, aunque no absolutamente desconectado, del objeto de nuestro interés.

razonabilidad ⁽¹¹⁾. Empero, su posición respecto a la ley es muy distinta desde el punto de vista de que el control de la discrecionalidad administrativa está precisamente confiado a los jueces, y a su interpretación de las leyes, y es un control de un Poder del Estado efectuado por otro Poder del mismo; en cambio, el control de la discrecionalidad judicial es, por principio, de carácter autorreferencial. Y en este carácter autorreferencial radica la causa última de los problemas de la discrecionalidad judicial: puesto que de la actividad judicial se predica en el Estado de Derecho « la sola sumisión a la ley » es preciso aclarar que significa en manos de quienes administran el alcance de dicha sumisión. Pisamos ahora terreno poco pacífico.

2. *Intermedio polémico.*

Debemos comenzar nuestra revisión partiendo de la severa indicación que nuestro Maestro Paolo Grossi formula: « Credo che sia giunta l'ora di una indispensabile revisione di due pilastri che la cultura politico-giuridica del Settecento ha, nell'Occidente continentale europeo, offerto allo Stato ottocentesco, troppo ottimisticamente chiamato 'Stato di diritto' (*Rechtsstaat*), la separazione dei poteri e il principio di legalità » ⁽¹²⁾. La revisión es cumplida por él desde su altísima Autoridad en un precioso conjunto de ensayos, eco profundo de toda una línea iniciada desde hace tiempo ⁽¹³⁾, que cristaliza, aunque con notables temperamentos, en auspiciar un Derecho de corte jurisprudencial ⁽¹⁴⁾, una sustitución de las leyes por principios en el tiempo posmoderno ⁽¹⁵⁾, y en la consideración

⁽¹¹⁾ Sobre dicho canon la literatura es inmensa. Una ilustración esencial en L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, en *Enciclopedia del Diritto*, Aggiornamento, Milano, 1997, p. 899 y ss.

⁽¹²⁾ *Incipit* de su colección de ensayos *Oltre la legalità*, Bari, 2020, p. 3.

⁽¹³⁾ De *Assolutismo giuridico e diritto privato*, 1998, a *Mitologie giuridiche della modernità*, y *L'invenzione del diritto*, Bari, 2017, que tomo de una manera un tanto convencional como piedras miliares, con la conciencia y el conocimiento de que el conjunto de su obra es toda una entera literatura jurídica.

⁽¹⁴⁾ GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., pp. 37-63 (en la dimensión europea), 99-115 (en la dimensión italiana).

⁽¹⁵⁾ *Ibidem*, pp. 63-79.

in peius de la ventajosa previsibilidad de la ley, convertida en un pesado fardo ante la continua mutación de la facticidad ⁽¹⁶⁾. En suma, se favorece un Derecho que gire sobre una jurisprudencia creativa, embebida con las soluciones de los fautores de la praxis más pegada a la realidad cotidiana; en este planteamiento el esfuerzo principal no es delimitar en positivo qué papel tiene la ley, sino el encaminado a negarle su papel monopolístico de otrora en las fuentes del Derecho.

Cualquier observador medianamente imparcial no podrá dejar de estar de acuerdo con la imposibilidad de la reducción del Derecho a la ley, de las notorias insuficiencias de esta por la rigidez de su modificación y su falta de calidad, de la evidente creatividad de la jurisprudencia (al margen de la querella sobre su carácter de fuente del Derecho), del impacto de los principios y las reglas de aplicación directa de la Constitución en la interpretación y aplicación de la ley ordinaria.

No obstante, me parece que incluso con aceptación sustancial de este diseño — que refleja un programa unas veces *in facto*, otras veces *in fieri* — no se debería de dejar de hacer las cuentas con otros aspectos de la dimensión jurídica ⁽¹⁷⁾, que consigno aquí con brevedad, precediéndolas de una idea general.

A mi modo de ver, la propia naturaleza de todas las Constituciones del Estado Social, es decir las que incorporan el principio de igualdad en sentido sustancial, y la correlativa potenciación de la intervención de los poderes públicos en la conformación social, produce un paradójico movimiento de depauperación y al tiempo de intensificación del papel de la ley. No cabe duda, pienso, de que la legislación del Estado Social, nacida tantas veces como legislación « excepcional » que acaba consolidándose como « normal », es fruto de un tipo de Parlamento, donde con mayor o menor renuncia inicial a su vocación revolucionaria, los partidos obreros confían su defensa de intereses de clase a la posibilidad de determinar, a través de este, una configuración social más igualitaria del contenido de las leyes. Desde ese momento hay más leyes, y siempre fruto de tran-

⁽¹⁶⁾ *Ibidem*, pp. 79-99.

⁽¹⁷⁾ Así he ensayado ponerlo de manifiesto en *Absolutismo jurídico (uno sguardo spagnolo, vent'anni dopo)*, en estos « Quaderni », 2019, pp. 447-467.

sacciones políticas complejas, que pretenden satisfacer exigencias sociales casi inmediatas. Ello suele redundar en que su contenido es en unas ocasiones una interminable casuística, y en otras la definición de unos programas genéricos e imprecisos de difícil concreción a la hora de aplicarlos. La inestabilidad, o la corta duración de los periodos parlamentarios, la naturaleza transaccional de las normas y la lentitud del propio procedimiento legislativo propician una menor calidad técnica, lo que no es un dato menor ⁽¹⁸⁾. Al tiempo, y precisamente por la genericidad del contenido de las leyes, se intensifican las potestades normativas del Ejecutivo, reglamentos o actos administrativos generales que sean. Concomitan con este panorama otros datos de no menor enjundia, y entre ellos cobra especial fuerza el florecimiento de la autonomía colectiva de los trabajadores para regular relaciones de trabajo, un aspecto tan esencial. Es obvio que en este renovado y siempre convulso panorama, que no es otra cosa sino el resultante del traspaso de un Estado monoclasista a un Estado pluriclasista, la ley ya no puede ser la propia del primero, cuyo monoclasismo venía en origen acentuado por el sufragio censitario. Creo que esta constatación de que en el Estado de Derecho moderno la ley no es lo que era bajo la veste de la democracia burguesa, con ser cierta, no es suficiente. Poner de manifiesto la crisis de la Modernidad jurídica y el traspaso a nuevas formas de Estado y a Cartas constitucionales de nuevo cuño y eficacia normativa directa puede tener valor como explicación de un ciertamente mudado del significado y papel de la ley; pero ese mecanismo comparativo no responde a la cuestión, que ha de resolverse dentro de las actuales coordenadas históricas, de cuál es su posición, en una nueva arquitectura de lo que tradicionalmente llamamos « fuentes del Derecho » ⁽¹⁹⁾.

Pienso que el núcleo central de la cuestión es si verdaderamente la forma Estado social es realmente una transformación del

⁽¹⁸⁾ O. BACHOF, *Jueces y Constitución*, traducción española, Madrid, 1985, pp. 52-54, que ve en esa circunstancia una de las razones de los acrecidos poderes del Juez.

⁽¹⁹⁾ Aunque es evidente la crisis de la ley, tampoco parece que puedan remitirse solo al Juez los problemas de ajuste social, como bien apunta E. García de Enterría, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *El Derecho, la Ley y el Juez. Dos estudios*, Madrid, 1997, pp. 49-52.

Estado liberal que alumbró la Modernidad, una vez desprovisto de la nota infamante del sufragio censitario. Creo haber puesto de relieve en otra ocasión ⁽²⁰⁾ que la realidad « Estado social » tiene una historia clara pero su delimitación conceptual es muy problemática ⁽²¹⁾, hasta el extremo de quien la considera una *nozione inutile* ⁽²²⁾. Si la igualdad sustancial es el eje de la experiencia jurídica « Estado social », demuestra en la práctica ser una norma jurídica « débil » de una forma estatal « débil », en la que la *Drittwirkung der Grundrechte* es de limitado alcance. Y para superarla no tiene más remedio que fiar su expansión a que los derechos fundamentales formen parte de un programa legislativo ⁽²³⁾, y que los llamados « derechos sociales » o « derechos fundamentales de tercera generación », vía principal de penetración de los postulados del Estado social, se beneficien de la *interpositio legislatoris* ⁽²⁴⁾. No se ve como

⁽²⁰⁾ *Estado social y sujeto privado. Una reflexión finisecular*, en estos « Quaderni », 1996, pp. 406-466.

⁽²¹⁾ Las poderosas páginas de P. COSTA, *Lo Stato sociale come problema storiografico*, en estos « Quaderni », volumen temático *Giuristi e Stato sociale*, 2017, pp. 41-102, subrayan la incertidumbre sobre el concepto, en su pensamiento muy determinada por la del propio concepto de Estado, al tiempo que pone de manifiesto que la dilucidación conceptual no puede sustentarse solamente en la existencia de la legislación social, y las políticas de previsión y asistencia social, sino también la existencia de conflictos de clase, nuevos protagonistas de estos, los partidos obreros y los sindicatos, la aparición de nuevas élites políticas, el nuevo poder administrativo o legislativo, el impacto de saberes altamente especializados, la comparecencia de los « derechos sociales », el impacto de la guerra. Son, como digo, poderosas páginas que no solo ofrecen conclusiones sólidas, sino que constituyen una guía para perplejidades y zonas oscura de la teorización del Estado Social, aunque causa algún desconcierto la ausencia de referencia al Poder judicial, que en una primera impresión parece haber traspasado este periodo histórico sin mutaciones significativas, y creo que no se debe despreciar la hipótesis de que haya sido así en la esencia de la actividad jurisdiccional. Esclarecer este punto es fundamental al propósito de estas líneas, y sobre él volveremos.

⁽²²⁾ M.S. GIANNINI, *Stato sociale: una nozione inutile*, en *Scritti in onore di C. Mortati*, I, 1977, p. 139 y ss.

⁽²³⁾ Como pone de relieve K. HESSE, apuntando que el principal obligado al desarrollo de los derechos fundamentales es el Legislador, no el Juez: *Derecho constitucional y Derecho privado*, versión española, Madrid, 2016.

⁽²⁴⁾ En estas incumbencias es esencial el penetrante panorama de G. CAZZETTA, *Legge e Stato sociale. Dalla legislazione operaia ai dilemmi del Welfare 'senza legge'*, en estos « Quaderni », 2017, pp. 103-140, que pone con agudeza el acento en que la ley y el Estado social son una pareja inescindible, pero que el papel de aquella no es ya

ninguna ingeniería jurídica pueda desconocer *de modo absoluto* esta interposición sin alterar el principio democrático, grave e ilegítimamente. Las Constituciones modernas han ideado el *juicio de relevancia constitucional* como pieza esencial del sistema, tanto para preservar el monopolio interpretativo de los Tribunales Constitucionales, como el propio papel de la ley, estableciendo que siempre que esta pueda tener algún significado adecuado constitucionalmente, debe prevalecer como índice de la decisión judicial. Convendría en este punto no caer en equívocos: una cosa es que los principios constitucionales, que han de inspirar toda interpretación de la ley, favorezcan que el juez, sin hacer violencia del general sentido y alcance de esta, pueda elegir entre diversas opciones, y otra bien distinta que pueda prescindir del mandato legal, sin su previa depuración de adecuación a la Constitución, lo que exige interpretar que la duda sobre la ley tiene relevancia constitucional a la hora de dictar la sentencia. Esta exigencia sustantiva es la fundamental, y en los sistemas de *jurisdicción constitucional concentrada* tiene el tratamiento procedimental de cuestión incidental que debe resolver el Tribunal Constitucional; y aunque en los sistemas de *jurisdicción constitucional difusa* no exista tal procedimiento, la posibilidad de declarar inconstitucional una ley necesita del mismo juicio de relevancia. En pocas palabras la eficacia directa de las normas de la Constitución puede por sí sola desplazar la aplicación de la ley, solo cuando ella contenga toda regulación constitucionalmente posible del caso; y en muchos casos de eficacia directa necesitará de la ley

monopolístico, ni asume las mismas formas. Gazzetta ilustra principalmente el arco de la legislación laboral, los problema y fallos de un *welfare* sin Estado, y no deja de notar la inserción de las consideraciones sociales en el Derecho privado de matriz civilística. Es evidente que la crisis del sujeto abstracto de los Códigos tuvo su primera encarnación en la figura del trabajador, y creó una dimensión jurídica con vocación de permanencia y estabilidad; lo que no ha sucedido con otras encarnaciones de aquel sujeto, locatario, arrendatario, o consumidor, por más que son figuras de contratantes débiles y vulnerables. Quizá en todos estos terrenos se está produciendo un *grand tournant* de regreso al Derecho privado común, que tampoco es formalmente el de los Códigos decimonónicos, pero sigue siendo el reino de los intercambios desiguales. Sigo pensando en que las formas jurídico-privadas del Estado Social son muy débiles, y que conservan el trazo del orden jurídico liberal, esto es el núcleo duro de la propiedad y de la igualdad formal del contrato. Me remito de nuevo a *Estado social y sujeto privado*, cit., pp. 448-479.

como complemento, incluso para algunos de los derechos fundamentales propiamente dichos, que necesitan de una configuración legal, para poder ser realizados y efectivamente protegidos. De todo ello cabe concluir que el papel central de la ley es una determinación esencial de la Constitución, y en nuestro sistema la heterodeterminación fundamental de la actividad judicial, aún incluso en su mudado rostro actual ⁽²⁵⁾. Cambiada textura de la ley, que redundante en una cada vez mayor generalidad y abstracción de sus mandatos, hasta el punto de que muchas veces no es fácil discernir en ella la estructura habitual de una norma, el desdoblamiento entre « supuesto de hecho » y « consecuencia jurídica », deslizándose cada vez más a principios y cláusulas generales, que carecen de aquella estructura ⁽²⁶⁾, y pueden verse caso como una suerte de delegación al Poder judicial por parte del Legislativo ⁽²⁷⁾, esta cambiada textura, digo, no hace las cuentas con los límites al poder de los jueces, como si este por definición fuera salvífico, y estuviera exento de las tentaciones de la política. Como si estuviera plenamente resuelta la cuestión de su inserción de aquel Poder en el entramado del Estado, y no existiera el problema de su limitación, que es siempre el problema de todo Poder dentro del Estado democrático ⁽²⁸⁾. Da la sensación de que, enfrascados en la crítica de la ley, todo sustitutivo de esta como elemento de ordenación social

⁽²⁵⁾ Como ilustra extensamente M. VOGLIOTTI, *Legalità*, en *Annali dell'Enciclopedia del Diritto*, VI, pp. 371-435. La excelencia del esfuerzo no convence en las tesis finales, absolutamente incompatibles con mis premisas, explícitas en el texto. Y llama poderosamente la escasa por no decir nula atención al problema de la discrecionalidad judicial, a los intereses que favorece la doctrina dominante, y la dimensión real de la globalización en sus manifestaciones jurídicas. Ello viene a ser una constante del sistemático ataque a la ley, en la mayoría de los teóricos jurídicos de la posmodernidad.

⁽²⁶⁾ Sobre este punto, desde una visión general, pueden verse M. LIBERTINI, *Clauseole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, en « *Rivista critica del diritto privato* », 2011, p. 345 y ss.; S. PATTI, *Principi, clauseole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale*, en *giustiziacivile.com*, 2016, 2.

⁽²⁷⁾ Posiblemente, desde el punto de vista técnico no cabe concebir tal delegación, pero la fuerza expresiva de los términos es grande. Cfr. P. RESCIGNO, *Appunti sulle clauseole generali*, en « *Rivista de diritto commerciale* », 1998, I, p. 1 y ss.

⁽²⁸⁾ Esplendido planteamiento general en R. JIMÉNEZ ASENSIO, *Los frenos del poder. Separación de poderes y control de las instituciones*, Madrid, 2016.

y de resolución de conflictos gozara de una presunción de acierto. Antes de que mostremos nuestras dudas sobre si el deterioro de la posición de la ley es una buena nueva para la realización de los derechos convendría ahuyentar algún fantasma, sobre todo para descansar de equívocos sobre estas líneas.

El primero de ellos consiste en aventar de nuestro discurso la separación de poderes por una simple razón gnoseológica: las relaciones entre poderes, donde y comoquiera que sea, son siempre caminos de ida y vuelta, donde la prevalencia de cualquiera de ellos frente a los otros, arroja interrogantes y nunca respuestas, salvo los casos de grosera invasión de uno en la esfera típica de los otros ⁽²⁹⁾. Es más, la existencia de jueces independientes está históricamente ligada más que a la nota de la separación de otros poderes a la preservación de su imparcialidad, que es el núcleo íntimo del juicio ⁽³⁰⁾.

Conjurar al segundo exige reconocer que el Poder judicial carece de legitimación directa a través de los mecanismos de la democrática representativa; y ello no es un problema, puesto que en mi opinión tal legitimación no le es necesaria, dado que, al menos en las Constituciones modernas, toma sus atribuciones y notas esenciales *directamente* del ejercicio del poder constituyente. El único problema en este sentido es dilucidar qué significa « la sumisión a la ley », que se predica en los textos constitucionales. De acuerdo con la premisa indicada, la sumisión a la ley no es prevalentemente un mecanismo de legitimación democrática; ni tampoco una regla que evoque la supremacía del Parlamento, cuyo verdadero sentido es la potestad de la ley de innovar el Ordenamiento, expulsando interpretaciones judiciales previas: no hay « derecho judicial establecido » resistente a las determinaciones contrarias de una ley posterior a él. El entendimiento fundamental de la sumisión a la ley va en la dirección de establecer para el Juez vinculaciones positivas y

⁽²⁹⁾ Sobre la ajenidad del principio de separación de poderes a la existencia de un « Derecho judicial », me parecen incontestables los argumentos de M. CAPPELLETTI, *Giudici legislativi?*, Milano, 1984, especialmente pp. 63-99.

⁽³⁰⁾ En expresivo dicho de C. MORTATI, en la *terzietà* del juzgador debe encontrarse el *proprium* de la jurisdicción, y no en otros caracteres: vid. *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 357.

negativas, como limitaciones a una jurisprudencia « libre »; y ello no supone considerar a la ley como un dogal, pues dentro de esas limitaciones puede existir un notable margen de discrecionalidad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, y un grueso equívoco consistiría en deducir de la sumisión a la ley la expulsión de la jurisprudencia como fuente del Derecho. En pocas palabras, creemos que la sumisión a la ley no está llamada a ser garantía ni de la *independencia*, ni de la *imparcialidad*, sino de la *objetividad* del juicio ⁽³¹⁾. Esta tarea delimitadora de los confines de la actividad jurisdiccional está fuertemente conectada con la existencia de reglas tradicionales y legales de interpretación ⁽³²⁾, cuyo destinatario principal es el Juez aunque, en sí misma considerada, la interpretación goza de amplios márgenes de discrecionalidad ⁽³³⁾, con tal que no actúe contra un mandato legal constitucionalmente adecuado.

⁽³¹⁾ Me permito reenviar a mi ensayo *Independencia, imparcialidad, objetividad del juez*(*notas para una reflexión sobre la actividad jurisdiccional y la separación de poderes*), en « Justicia: revista de derecho procesal », 1986, 4, pp. 951-966.

⁽³²⁾ *Ad rem* G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, pp. 287-312.

⁽³³⁾ Sobre todo por el considerado casi unánimemente carácter residual de la llamada interpretación declarativa; cabría caer aquí a colación las venturas (pocas) y desventuras (muchas) del principio *in claris non fit interpretatio*: visión general en TARELLO, *L'interpretazione*, cit., pp. 33-38; la doble parábola de la analogía como manifestación de la sumisión a la ley y al tiempo de poder creado del Derecho por los jueces (L. CAIANI, *Analogia*, en *Enciclopedia del Diritto*, II., Milano, 1958); el papel de los juicios de valor en la interpretación jurídica (de nuevo L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954, sin olvidar las penetrantes y conmovedoras palabras de G. CAPOGRASSI, *Giudizio, processo, scienza, verità*, en ID., *Opere*, vol. V, Milano, 1959, p. 57 y ss.); la modelación jurídica del supuesto de hecho, como hemos puesto antes de manifiesto. Se debe añadir que estos márgenes resultan considerablemente ampliados cuando es la propia ley la que los propicia expresamente como es el caso de las denominadas cláusulas generales de las leyes. Estas « normas elásticas » (en el dicho de F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, pp. 136-137, con agudas reflexiones sobre la relación de la interpretación de las mismas por los Jueces y Tribunales de instancia y su relación con la función nomofiláctica de la Casación) son un excelente banco de pruebas de casi todas las afirmaciones en el texto, mereciendo un específico tratamiento aparte, que no puedo abordar aquí. Como más reciente panorama del tema, al que la doctrina italiana ha dedicado desde hace tiempo mucha atención, G. D'AMICO *et. al.*, *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, con una sugestiva *presentazione* de Paolo Grossi, Milano, 2017.

Ninguna de las anteriores consideraciones es incompatible con el final del monismo y del dogmatismo legalista, tal como egregiamente señala Paolo Grossi ⁽³⁴⁾, pero no menos cierto es que el problema de la « juristocracia » no es un problema irreal ⁽³⁵⁾.

Así las cosas, para nuestro limitado propósito, tal vez sea mejor abandonar los discursos generales sobre el principio de legalidad y exponer alguna idea sobre los formantes del juicio jurisdiccional, siguiendo en alguna medida el *monitum* de F. Carnelutti, *torciamo al giudizio!* ⁽³⁶⁾

Desde un punto de vista estático podemos elaborar aproximativamente una taxonomía de los formantes de la decisión judicial: principios, reglas completas, incompletas, y en blanco, cláusulas generales, conceptos jurídicos indeterminados, *standards*, vocablos técnicos. El gran problema es la dificultad y relatividad de las

⁽³⁴⁾ Últimamente en *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno*, Milano, 2021, pp. 125-164. Debo señalar que mi visión de la globalización es mucho más pesimista, y parece exigir más mandatos de autoridades democráticas que decisiones judiciales, y mucho menos confianza en una *lex mercatoria* modelada al impulso de unos singulares nuevos mercaderes, las *law firms*, portadores de intereses ajenos ligados a las grandes multinacionales, cuyo deseo de *deregulation* es más bien de *not regulation*. Véase al respecto el demoledor dibujo de I. DEZALAY, *I mercanti del diritto*, Milano, 1997, y las descarnadas páginas de GALGANO, *La globalizzazione*, cit., pp. 195-216, y especialmente en la *postfazione*, pp. 217-225. A mi modo de ver, en la *lex mercatoria* de origen internacional, que tiene la no disimulada pretensión de dominar los grandes intercambios, no cabe ver solo una erosión de la ley nacional, sino de todos los poderes del Estado, incluido por supuesto el Poder judicial, apenas relegado a papel de ejecutor de los laudos, con el recurso residual de plantear la llamada excepción de orden público, de origen en el Derecho Internacional. Por eso me parece que aun siguen teniendo vigencia las palabras de OLE LANDO, cuando reclama algún tipo de norma que embride la nueva *lex mercatoria*: *Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium*, en « Legal Theory », Abril, 2000, pp. 343-402.

⁽³⁵⁾ Temor del que he levantado acta en estos « Quaderni », 51 (2022): *La interpretación de los statutes en la experiencia jurídica de los Estados Unidos*, pp. 594-625. Como se razonará en el texto, perder de vista un equilibrio entre el papel los jueces y el de los legisladores, lleva a exacerbadas afirmaciones como las contenidas en el libro *The Judge in a Democracy* (Princeton, 2006) del ex presidente del Tribunal Supremo israelí Aharon Barak. Dura y (creo) justa crítica en R. BORK, *Barak's Rule*, en « Azure », 2007 (Winter 5767), pp. 125-132.

⁽³⁶⁾ Penetrante análisis de la posición de Carnelutti, y también de la de Salvatore Satta, Piero Calamandrei, y Giuseppe Capograssi, de nuevo en L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova, 1955, pp. 79-129.

distinciones, salvo en unos gruesos trazos, y las limitaciones de este estudio se deben conformar con ellos. Con ellos podremos conformar una segunda clasificación, la que viene regida por su relación con la ley. De este modo hablaríamos en primer lugar de *los formantes extralegales*, que podrían comprender: *a)* Valores morales generalmente admitidos *b)* Principios, como reglas jurídicas opuesta a norma, distinción sobre la que hay una literatura inabarcable ⁽³⁷⁾, que a mi modo de ver solo puede ser resuelta, y también en vía aproximativa, desde un punto de vista formal, y con acusada fragilidad: los principios indican criterios generales de resolución de conflictos, sin indicar la consecuencia jurídica, que debe ser extraída y aplicada por el juez al caso concreto, frente a la norma compuesta de supuesto de hecho y consecuencia jurídica. Establecer una mínima tipología de los principios es tarea no fácil, pero no es de dudar el valor superior de los principios constitucionales en relación con

(37) Sobre la cuestión de los principios, y como aproximación informativa, sobre todo de la bibliografía esencial remito a mi ensayo *Recuperemos el juicio (una reflexión sobre la actividad judicial boy)*, en *Principi, regole, interpretazione, contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, I, *Principi, regole, interpretazione*, Mantova, 2017, pp. 279-296. Reporto en dicho trabajo un agudo e interesante ensayo, Juan Carlos BAYÓN, *Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional*, en «Jueces para la Democracia», 1996, p. 41 y ss. Bayón pone de manifiesto que en la querrela sobre los poderes del Juez se introduce precisamente la distinción entre principios y reglas, de manera que la utilización de los principios parece ser el soporte de un nuevo juez garante de los derechos, mientras que las reglas determinarían un papel de dicho juez más cercano al de un aplicador de las leyes exclusivamente, con escaso margen para una jurisprudencia creativa. Uno vendría a ser el Juez del Estado Social de Derecho, el segundo el del Estado Liberal. Con suma precisión y certeza, Bayón; descabalgaba tales argumentos maniqueos porque ningún ordenamiento puede prescindir del valor ordenador de los principios, tanto en su propia eficacia, como en la orientación de la eficacia de las reglas, a lo que añade que ningún sistema de reglas es tan autosuficiente como para no necesitar de la interpretación-aplicación judicial con mayor o menor intensidad creativa, salvo extraordinarias excepciones. En cualquier caso, el principio democrático ha de ser siempre enérgicamente afirmado. Bayón termina su brillante frase ensayo de esta forma: «Pienso que haríamos bien en no olvidar estas palabras: ‘El cándido ciudadano tiene que confesar que si la política del gobierno acerca de cuestiones vitales que nos afectan a todos ha de ser irrevocablemente fijada por las decisiones de la Corte Suprema... el pueblo habrá dejado de gobernarse a sí mismo, al haber puesto en la práctica su gobierno en las manos de ese eminente Tribunal’. Y también haríamos bien en no olvidar quien las escribió. No fue Robert Bork ni Antonin Scalia. Fue Abraham Lincoln ».

otros que no lo son. A su lado, estarían *los formantes legales*: a) Las reglas con supuesto de hecho concreto y consecuencia jurídica determinada; b) Las cláusulas generales creadas por las leyes; c) Los conceptos jurídicos indeterminados; d) Las definiciones legislativas; e) Los *standards*; f) Los vocablos técnicos. Un papel especial cumplirían las reglas legales de interpretación, y en una suerte de vía intermedia entre formante legal y formante extralegal estarían los apotegmas jurídicos. Propongo sin mayores justificaciones la taxonomía anterior, tan relativa como problemática, como un mero instrumento de trabajo, compartible, creo, en sus trazos más generales. Profundizar sobre los problemas de los formantes legales es una tarea que excede con mucho mis posibilidades y propósito en esta sede.

Sí quisiera decir algo sobre la *dinámica* de los formantes de la decisión judicial. Adoptada sobre un fundamento heterónomo la decisión concreta del juez, puede servir de pauta para decisiones futuras: obviamente estoy hablando del precedente y su eventual proyección hacia el futuro, que, dado de producirse, resulta equivalente a una norma general, carácter fuertemente acentuado si es reiterado con frecuencia. Las cuestiones relativas a la formación del precedente (en concreto, el ámbito real de la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*), a su innegable efectividad desde el punto de vista persuasivo (aunque el concreto ordenamiento de *civil law* no lo considere vinculante), a sus relaciones con la función nomofiláctica de la casación, han sido tratadas de modo insuperable, a mi juicio, por Francesco Galgano ⁽³⁸⁾.

⁽³⁸⁾ GALGANO, *La globalizzazione*, cit., pp. 133-139; como panorama general e indicaciones bibliográficas esenciales no son de olvidar las luminosas páginas de M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, 2007; desde en punto de vista del análisis comparado, D. NEIL MACCORMICK, ROBERT S. SUMMERS, *Interpreting Statutes*, London, 1991, con contribuciones de varios autores sobre sus respectivos ordenamientos. Llama la atención la ausencia de referencias al Derecho español, porque es muy notorio que es el único país europeo de *civil law* que posee, desde antiguo, un precedente judicial vinculante, aunque limitado a las decisiones del Tribunal Supremo. Al respecto, solo para doctrina no española, véanse J. ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Santiago de Chile, 2019, p. 20, n. 41, y F. GALGANO, *Atlante di diritto privato comparato, Atlas de Derecho Privado Comparado*, en la traducción española, Madrid, 2000, p. 80, autoridades no menores, creo.

La doctrina del *civil law* no ha prestado atención al precedente, más allá de las discusiones de carácter general sobre la inserción de la jurisprudencia en el sistema de fuentes, partiendo habitualmente de viciados entendimientos sobre la separación de poderes o de la sola sumisión a la ley de los jueces. Negar un importante papel creador del Derecho a los jueces, y más los pertenecientes a un Poder inserto en la estructura del Estado social, me parece sencillamente negar la realidad. Aceptado esto, el problema deviene otro muy distinto, y es de carácter estrictamente constitucional. Si la lucha del Derecho moderno ha sido la de la limitación de las inmunidades de Poder, esta se reproduce y se agudiza en nuestros tiempos; y ahora, con respecto al Poder judicial, no se trata de negar la discrecionalidad, se trata de fijarle límites. No tiene mucho sentido la añoranza de un tiempo, si alguna vez existió ⁽³⁹⁾, de jueces que tenían a la hora decidir solo silogismos deductivos de la ley y su imperio sobre el material probatorio, como si este fuera solamente fáctico. En algún otro lugar ⁽⁴⁰⁾ he dicho que es tarea de nuestro siglo la (re)construcción del Poder judicial. Añado que no se trata de revisar los grandes principios inspiradores del mismo, solo de la constatación del alcance concreto de la actividad judicial de nuestro tiempo para evitar decisiones *ultra vires Constitutionis*. Una vía provechosa, creo, conduce a que revisemos el papel del precedente y sus conexiones con el principio de igualdad, cardinal de nuestras Constituciones. Ello implica, por de pronto,

⁽³⁹⁾ Tal vez en alguna medida en el arco del Estado liberal monoclasista, como intenté exponer hace ya años en *Constitución, Código y Leyes especiales. En torno a la llamada descodificación*, en *Libro del Centenario del Código Civil español*, Asociación Española de Profesores de Derecho Civil, II, Madrid, 1989, p. 1162 y ss. Por tomar el paradigma francés, tan influyente entre nosotros en esta materia, el problema ya se había planteado incluso sin necesidad de que las crisis de revolución y guerra del comienzo del siglo XX dieran lugar a un Derecho todo atravesado por « la cuestión social », aunque pienso que el Derecho estrictamente decimonónico, o si se quiere, proto-liberal había entrado en crisis con los planteamientos teleológicos de Ihering que se trasladaron a todo el devenir jurídico francés de fin del siglo de la Codificación. En este contexto operan las conocidísimas obras de Gény, Duguit, Saleilles o Josseland. Véase el bellísimo panorama trazado por N. IRTI, *Dal diritto civile al diritto agrario. Momenti di storia giuridica francese*, Milano, 1962.

⁽⁴⁰⁾ *Conversaciones con difuntos. Analogía, de Caiani*, en estos « Quaderni », 2000, pp. 330-334.

rechazar que la exigencia de juzgar según precedentes suponga menoscabo alguno de la independencia de los jueces, ni de su « sola » sumisión a la ley; siguen siendo independientes y encontrando sólo en la ley el cauce y el límite a una interpretación objetiva, pero están obligados a fallar de manera razonablemente idéntica ante casos razonablemente idénticos. Esta solución es la única congenial a las limitaciones de la actividad judicial que son siempre, y por su propia naturaleza, autorreferenciales, no como la actividad administrativa, cuya discrecionalidad es limitada heterorreferencialmente, y precisamente por los jueces. La adhesión al principio de igualdad haría, además, crecer la previsibilidad de las soluciones jurisprudenciales y redundaría en seguridad jurídica. Creo que es llegado el tiempo de concebir el juego del principio de igualdad en las sentencias como una exigencia intrínseca, y no solo operativo como una mera manifestación de la interdicción de la arbitrariedad, que es el tratamiento habitual que se da al no obsequio de un precedente ⁽⁴¹⁾

Lo que he afirmado, si merece ser considerado, serían unos principios básicos, solo útiles como marco para una más articulada teoría del precedente adecuada a los esquemas del *civil law*, que sin duda puede obtener preciosos materiales de la comparación con el *common law*, aunque dicho sistema difiere considerablemente del nuestro. Indicó tiempo ha Gino Gorla ⁽⁴²⁾, nuestro *stare decisis* es un proceso lógico similar al de la aplicación de nuestra ley abstracta y general: así vemos el precedente como una norma, frente a un empirismo que busca en unos hechos notas de identidad o semejanza con otros hechos anteriores ya resueltos en una forma determinada. El apunte del genial comparatista es poco discutible desde un ángulo principial y de actitud mental. Lo que sucede es que dada la extensa amplitud de nuestra discrecionalidad y la flexibilidad de

⁽⁴¹⁾ I. DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987, pp. 290-292 que describe la jurisprudencia constitucional española al respecto, que se puede considerar expresión de un pensamiento generalizado, con mis premisas no aceptable; sin que ahora pueda dedicar mas espacio a la cuestión de la relación del precedente con un entendimiento más adecuado del principio de igualdad en relación con el mismo, y precisamente por el mudado papel del Poder judicial, como queda dicho. De todos modos, debe entenderse el ya lejano contexto en que De Otto escribe.

⁽⁴²⁾ Citado por GALGANO, *Atlas*, cit., p. 141.

nuestros medios interpretativos, los procesos concretos de toma de la decisión no están tan fuertemente avocados, como una impresión epifenoménica traería a nuestra mente. A mi manera de ver, las diferencias se encuentran en ambos sistemas, tomando como imagen la vieja distinción civilista entre accesión discreta y accesión continua, en si el precedente es fruto de una avulsión o fruto de un aluvión. Casi nunca plantean dificultades en el *civil law* las decisiones jurisprudenciales fruto de una sedimentación continua y meditada; muchas, cuando corresponden a intervenciones que afectan *ex novo* a una situación anterior que sufre, por efectos de una decisión, un cambio radical. Es en este supuesto, pienso, donde afloran con más intensidad para los jueces las tentaciones de la política ⁽⁴³⁾. La mayor parte de las decisiones judiciales que mutan las orientaciones del Derecho de los particulares se toman en un *tempo lento*, y con superposiciones aluvionales, mientras que (también la mayor parte) de las que se refieren a *policies* o a actos del Poder con significado político inmediato son proclives a aquellas tentaciones, y a decisiones avulsionales. O, dicho desde otra perspectiva, las decisiones anti mayoritarias tienen más relevancia en el ámbito del Derecho público, por utilizar la *summa* (y tantas veces falaz) *divisio*, y plantean de un modo más agudo el papel de la ley, del Parlamento, del principio de separación de poderes, del principio democrático. En estas incumbencias, creo que presta un singular auxilio el Derecho de los Estados Unidos de América.

3. *Enseñanzas del Derecho norteamericano o de la intrínseca politicidad de las decisiones judiciales.*

Aunque muchas veces no se resalta lo suficiente, hay una distinción en el mundo jurídico de origen inglés entre *common law*

⁽⁴³⁾ He desenvuelto con algún pormenor este punto en *Recuperemos el juicio (una reflexión sobre la actividad judicial hoy)*, cit., pp. 287-295. Entre la bibliografía allí citada destaco la luminosa reflexión de S. COTTA, *La istituzione giudiziaria tra diritto e politica*, en « Rivista di diritto civile », 1984, 4, p. 421 y ss. que afirma vigorosamente que los jueces han de vivir « con la conciencia de la supremacía del Parlamento, lo que es equivalente a respetar en la tarea no sólo los términos de la ley, y ello no significa otra cosa sino que el respeto se extiende primordialmente a la ratio — política jurídica de la mayoría que da lugar a ella » (p. 427).

en sentido estricto, es decir el que tiene su exclusivo origen en el *case law*, fruto de la elaboración por los jueces, y *statutes*, como leyes escritas de origen parlamentario; se puede decir que en trazos generales hay dos versiones básicas de la distinción, la inglesa y la norteamericana

El primitivo modelo dual, encarnado en Inglaterra resaltó el *law making* judicial como regla y los *statutes*, la ley escrita, como fuente residual. Aunque afirmaba la *supremacy of Parliament* como principio, la *golden rule* de interpretación restrictiva de los *statutes* era el mecanismo de efectividad, que redundaba en una preponderancia casi absoluta del *common law* (44). Pero había profundos gérmenes de crisis, aunque tardaran en manifestarse (45).

No fue este el modelo norteamericano (46) La dualidad *in pari de rules* del *common law* (que también en Estados Unidos casi siempre es Derecho Privado) y *statutes* fue siempre aceptada; en cuanto a las primeras fueron siempre concebidas reconociéndoles una casi absoluta libertad de obsequio, manipulación, revocación y creación de precedentes (47) pero no se planteaba del mismo modo la relación entre *Statutory Law* y la regla *stare decisis* (48). En este segundo campo hay dos posiciones que no pueden ocultar su trasfondo político distinto, la de quienes piensan en una plenitud del

(44) Sumaria pero eficaz panorámica de S. VOGENAUER, sub. voz *Judge made Law*, en *Max Planck Encyclopaedia of European Private Law*, 2012, p. 1014 y ss.

(45) En el origen está la polémica suscitada por P.S. ATIYAH, *Common Law and Statutes Law*, en « *The Modern Law Review* », enero 1985, 1, en relación con la mayor virtualidad que Sir Rupert CROSS atribuye a los *statutes* en *Precedent in English Law*, Oxford, 1977.

(46) Roscoe POUND, *Common Law and Legislation*, en « *Harvard Law Review* », 21 (Apr. 1908), 6, pp. 383-407; Frank Edward HORACK Jr., *The Common Law of Legislation*, en « *Indiana University School of Law — Bloomington* », 1937.

(47) B. CARDOZO, *The Nature of Judicial Process*, New Haven, 1921, reimpresión anastática (s.d.), pp. 143-179 (especialmente 51-42).

(48) Por el valor expansivo del *statutory precedent* pueden verse, entre muchos, J.W. CONNORS, *Treating like subdecisions alike: the scope of stare decisis as applied to judicial methodology*, en « *Columbia Law Review* », 108 (2008), 3, pp. 681-715; Sidney FOSTER, *Should Courts Give Stare Decisis Effect to Statutory Interpretation Methodology?*, en « *The Georgetown Law Journal* », 2008, pp. 1863-1911; Anita S. KRISHNAKUMAR, *Textualism and statutory precedents*, en « *Virginia Law Review* », abril 2018, pp. 147-231.

stare decisis ante el *statutory precedent*, y la de los que pretenden reducir la eficacia del este, de modo que no pueda ser instrumento de limitación de la actividad de los jueces; o dicho en otras palabras, para posibilitar que las decisiones judiciales en todo momento, y sin obsequio a precedente alguno, puedan evaluar cualquier proceso legislativo; sin embargo esta última posición se presenta, al menos todavía, de forma muy matizada ⁽⁴⁹⁾, sobre todo porque el arraigo cultural del *precedent* es parte profunda de la vida jurídica norteamericana.

Con independencia de esa cultura, hay que señalar que el respeto a las decisiones parlamentarias ha tenido su principal baluarte en la doctrina de la *deference* ⁽⁵⁰⁾, que reconoció expresamente la facultad de que las Agencias gubernamentales de interpretar preceptos legales oscuros. Lo interesante del fallo consiste en que consagra un análisis de dos niveles (conocido como el « Análisis Chevron ») que busca determinar cuándo debe concederse deferencia a la interpretación que ha efectuado una Agencia. El propósito de no interferir decisiones del Congreso o interpretaciones por las

⁽⁴⁹⁾ Como significativo ejemplo el de Amy CONEY BARRETT, *Statutory Stare Decisis in the Courts of Appeals*, en « Notre Dame Law School Scholarship Journal », 2005. Aboga por la estricta aplicación del *statutory precedent*, para salvar el principio de separación de poderes, pero solo en el ámbito de la *Supreme Court*, no en el de las *Courts of Appeals*. Como es conocido, la sin duda brillante jurista es una católica extremadamente conservadora, elevada a juez de la *Supreme Court* en época de la Administración de Donald Trump, sin un mínimo consenso político en el Senado.

⁽⁵⁰⁾ Acuñada en la sentencia *Chevron, USA, Inc. contra NRDC, Inc.*, 467 US 837, 104 S. Ct. 2778 (1984). En las palabras de la *Supreme Court*, « cuando un tribunal revisa la interpretación que hace una Agencia de la ley que administra, se enfrenta a dos preguntas. Primero, siempre, está la cuestión de si el Congreso se ha pronunciado directamente sobre la cuestión precisa en cuestión. Si la intención del Congreso es clara, ese es el final del asunto; porque el tribunal, así como la Agencia, debe dar efecto a la intención inequívocamente expresada por el Congreso. Sin embargo, si el tribunal determina que el Congreso no ha abordado directamente la cuestión precisa en cuestión, el tribunal no impone simplemente su propia interpretación de la ley, como sería necesario en ausencia de una interpretación administrativa. Más bien, si la ley guarda silencio las interpretan o es ambigua con respecto al tema específico, la pregunta para el tribunal es si la respuesta de la Agencia se basa en una interpretación permisible de la ley ». Sobre el papel central de la decisión en muchos aspectos, más allá de un mero precedente, puede verse Abbe R. GLUCK, *What 30 years of Chevron teach us about the rest of statutory interpretation*, en « Fordham Law Review », 83 (2014), pp. 607-632.

Agencias administrativas que las ejecutan es palmario. Esta *doctrine* esta hoy gravemente amenazada ⁽⁵¹⁾ por la polarización política y la existencia de una gran mayoría conservadora en la Corte Suprema, donde cabe esperar un recrudescimiento, a la hora de interpretar los *statutes*, de la querrela entre textualismo e intencionalismo ⁽⁵²⁾, y las discrepancias sobre el uso de la historia legislativa o de los *canons of construction* ⁽⁵³⁾

En suma, se viene a opinar de modo generalizado, que sin duda los *statutes* están sometidos a la interpretación de los tribunales, al igual que las Constituciones y el *common law*, pero se diferencian que, al reflejar la voluntad de las legislaturas, estas pueden revisarlos; y del *common law*, en que su modo de producción incremental tiene su origen en la propia actividad judicial, cuyo solo límite, en teoría, es la observancia de la regla *stare decisis*, observancia de la que los propios tribunales se pueden exceptuar (*overruling*); y esta es excepción siempre aceptable, con las debidas cautelas, en el ámbito del *case law*; en cambio, parece mejor idea respetar siempre los *statutory precedents*, y dar a las legislaturas la oportunidad de corregir sus planteamientos, sin interferencias judiciales ⁽⁵⁴⁾. A pesar de los esfuerzos ocasionales por establecer

⁽⁵¹⁾ Expresa fundadamente ese temor E. BERNICK, *Judge Amy Coney Barrett on Statutory Interpretation: Textualism, Precedent, Judicial Restraint, and the Future of Chevron*, en « Yale Journal of Regulation » (blog), 3 julio 2018.

⁽⁵²⁾ A pesar de que un uso moderado de ambos criterios no tendría que conducir a resultados extremos. Véanse, en relación con esta afirmación John F. MANNING, *What divides textualists from purposivists?*, en « Columbia Law Review », 2006, pp. 70-111; en paralela dirección R.H. FALLON ilumina que tanto las teorías « textualistas » y « propositivistas » de la interpretación de la ley, necesitan hacer juicios de valor (*Three Symmetries between Textualist and Purposivist Theories of Statutory Interpretation — and the Irreducible Roles of Values and Judgment within Both*, en « Cornell Law Review », 99 (2014), p. 685 y ss.).

⁽⁵³⁾ Información suficiente a este efecto, con amplia indicación bibliográfica, en V.C. BRANNON, *Statutory Interpretation: Theories, Tools, and Trends*, en « Congressional Research Service », 5 Abril, 2018, pp. 10-52.

⁽⁵⁴⁾ W. ESKRIDGE, *Overruling Statutory Precedents*, en « The Georgetown Law Journal », 1988, pp. 1361-1439, relata la cambiante suerte de los *statutory precedents* destacando notorias excepciones (explícitas e implícitas) a la que se considera la regla general de *superstrong presumption against overruling statutory precedents*. Sin embargo y como tal regla general, parece robusta: *Finley v. United States*, 490 U.S. 545, 554 (1989)

distinciones sutiles, la regla del precedente se aplica en todo Estados Unidos, tanto en los casos de *common law*, como de las Constituciones y los *statutes*, lo que por lo general parece ser la práctica de la Corte Suprema de los Estados Unidos; y es que más allá de otras fundamentaciones, el uso de precedentes por los tribunales en los Estados Unidos de América debe verse como unas inveteradas tradición y práctica, más que como una doctrina legal en el sentido más estricto de la palabra, porque está profundamente arraigado en la cultura de la legalidad, la profesión forense y el Poder judicial, y se impone casi *ipso facto* sin mucha reflexión por parte de los jueces.

Un último mecanismo de respeto a la expresión jurídica y política contenida en los *statutes* a la hora de su escrutinio mediante la *judicial review*, las llamadas *Ashwander Rules* ⁽⁵⁵⁾, que persiguen limitar cuanto sea posible la interpretación de la Constitución para anular los *statutes*, lo que se conoce como la regla de la elusión, y que sería algo próximo, si no sustancialmente idéntico, al obsequio del juicio de relevancia en nuestras Constituciones ⁽⁵⁶⁾. Las reglas, obsérvese, marcan límites en un sistema de jurisdicción constitucional *difusa*. Lo que demuestra que el juicio de relevancia pertenece tanto a ese sistema como al de jurisdicción *concentrada*.

Como se ve, en el mundo norteamericano, la regla general es que las decisiones judiciales, en el Derecho que se acumula en el río lento de los operadores jurídicos privados, son difícilmente, pero *siempre* mudables, y ello por la sola autoridad de los jueces; en cambio estos huyen de censurar, salvo que no pasen tests mínimos de adecuación a la Constitución, las normas nacidas al calor de la lucha política, regida por el principio democrático, y su expresión parlamentaria.

(citando a *Anderson v. Pac. Coast S.S. Co.*, 225 U.S. 187, 199 (1912)); *Laundry Green v. Bock. Co.*, 490 U.S. 504, 521 (1989).

⁽⁵⁵⁾ *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288 (1936), celeberrimo catálogo elaborado por el juez L. Brandeis, en su *concurring opinion*.

⁽⁵⁶⁾ Visión general con afirmación de la actualidad de la *constitutional avoidance* o regla de la elusión: A. NOLAN, *The Doctrine of Constitutional Avoidance: A Legal Overview*, en «Congressional Research Service», September 2, 2014.

4. *Conclusión: un catálogo de perplejidades.*

La enseñanza del Derecho de EEUU nos indica claramente donde están y no están los problemas del acrecido y no siempre justificado poder de los jueces del *civil law* en los tiempos presentes; de nuestra propia experiencia deducimos la real y abundante existencia de precedentes, más allá de un eventual control por la función nomofiláctica; y precisamente por ello, se debe explorar un renovado entendimiento del principio de igualdad para su aplicación a las decisiones judiciales. Me doy cuenta de que no hago al lector mas que la presentación de un catálogo de perplejidades, pero estas suelen ser el oscuro *humus* donde tras el debate reluce un mejor entendimiento de las cosas.

SEBASTIÁN MARTÍN

DIE GLEICHHEIT VOR DEM GESETZ
ORÍGENES POLÍTICOS DEL CONTROL
DE CONSTITUCIONALIDAD (*)

1. Dimensión constitucional de la labor judicial en el *Novecento posmoderno*. — 2. Silencio constitucional, intervención doctrinal. — 3. Primeras manifestaciones de la defensa del *Prüfungsrecht*. — 4. La igualdad como puerta de acceso. — 5. Igualdad formal contra igualdad material. — 6. Igualdad y legalidad interna de los institutos burgueses. — 7. Igualdad y generalidad de la ley. — 8. Conclusión: democracia y absolutismo judicial.

1. *Dimensión constitucional de la labor judicial en el Novecento posmoderno.*

Atendiendo a la secuencia acuñada para la historia jurídica por Paolo Grossi, podemos distinguir, para la época contemporánea, dos fases bien diferenciadas.

De una parte, la *modernidad jurídica*, inaugurada — más bien, reimpulsada — por la revolución francesa y el imperialismo bonapartista, que colocó la ley del Estado, como expresiva de la voluntad general de la nación, a disposición siempre del titular del poder político, en la cima del sistema de fuentes del derecho. En un acto expropiatorio, arrinconó a la jurisprudencia, tanto a su vertiente interpretativa erudita como a su plasmación judicial, en una posición subalterna, ancilar respecto del dictado de la ley ⁽¹⁾. Con el código

(*) Este trabajo fue discutido, en un seminario celebrado al efecto en el Centro florentino el 21 de marzo del presente año, con los profesores Paolo Cappellini, Giovanni Cazzetta, Pietro Costa, Luca Mannori, Bernardo Sordi e Irene Stolzi. Quede testimonio de mi gratitud per las valiosas observaciones y sugerencias que me realizaron.

⁽¹⁾ Se trata de referencias que se pueden encontrar en los trabajos reunidos bajo su bien difundido título *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 31 y ss.

como consecución máxima, dotado de una capacidad fundacional de la propia sociedad, se verificaría el llamado *absolutismo jurídico*, que redujo al jurista a mero exégeta acrítico de la ley codificada y convertiría al juez en su aplicador mecánico (2).

La *posmodernidad jurídica*, cuyas raíces pueden apreciarse en el cambio de siglo, con la crisis de la hegemonía liberal y la irrupción de nuevas corrientes socializadas, y que arranca con la Constitución de Weimar, supuso un regreso de la complejidad social — de la *fattualità* — al mundo del derecho. La ley estatal dejó de ser fuente absorbente del mismo por la autorregulación de los cuerpos sociales, la unidad y la plenitud del código se quebró por la proliferación de nuevos ámbitos regulatorios particulares y la interpretación judicial, debido a la importancia central de los principios y de la misma equidad, recobró una relevancia capital en la producción del derecho (3).

En lo que hace a los principios, la inclusión de un amplio catálogo de derechos fundamentales en las nuevas constituciones dislocó las relaciones entre el juez y la ley. De la supremacía decimonónica del legislador se pasa a un escenario en el que la interpretación judicial comporta un momento ineludible de la concreción del derecho. La dimensión axiológica de las constituciones posmodernas, entre otras vías a través de la « nueva noción de igualdad », habría permitido así a la jurisprudencia constitucional actualizar las normas fundamentales, velando por su congruencia social. El concepto constitucional de igualdad habría dado cobertura para elaborar, en cuanto « canon orientativo », un *principio di ragionevolezza* « que, superando las rigideces de la mera racionalidad », habría permitido a la alta jurisprudencia ponderar « los valores concretamente involucrados » en los « hechos vitales » sometidos a su escrutinio, logrando con ello incluso, ante el silencio legal, ampliar el catálogo de los derechos (4).

(2) Abundan las consideraciones al respecto en las contribuciones recogidas en P. GROSSI, *Absolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998.

(3) Todas ellas son características del *Novecento giuridico: un secolo posmoderno*, Napoli, 2011, p. 39 y ss.

(4) P. GROSSI, *L'invenzione dell'ordine costituzionale: a proposito del ruolo della Corte*, en ID., *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, p. 61. Idéntico

Pero la rematerialización del derecho compone un fenómeno extensible a todo el ordenamiento, no solo ceñido a su vértice constitucional. Su visibilidad en terrenos como el administrativo, el civil o el penal estaría impulsando un desplazamiento del centro de gravedad desde el vetusto « principio de legalidad » al más complejo y actualizado « principio de juridicidad » ⁽⁵⁾, cuya implicación fundamental — a saber, la correspondencia del derecho con las necesidades sociales — requeriría siempre de la integración judicial.

Esta sucesión de paradigmas responde al relevo de sistemas jurídicos en la Europa continental entre los siglos XIX y XX. Paolo Grossi proporcionó con ella a la disciplina iushistórica una utilísima contraposición didáctica que permite, ante todo a efectos docentes, presentar con tino la evolución del derecho en las dos últimas centurias. Ahora bien, a efectos investigadores, en lo que hace a la posición de la justicia, este marco interpretativo encierra alguna tensión problemática, procedente, no de su virtualidad explicativa, sino del registro expositivo adoptado, pues no se despliega en un plano puramente descriptivo, sino en uno de carácter prescriptivo, según el cual la revalorización de la función judicial, incluso su eventual colocación por encima de la ley, significa un avance en términos de justicia. La historia jurídica europea y americana muestran que, al igual que la centralidad absorbente de la ley en el sistema jurídico decimonónico conllevó insuficiencias y exclusiones, la habilitación de dispositivos judiciales contramayoritarios también dio lugar a abusos, como los que, en los años 1920 y 1930, se denunciaban bajo el nombre de *government by judiciary*. A un absolutismo jurídico cabía que estuviera sucediendo un absolutismo judicial no exento de desdichas.

El presente estudio atiende al debate que tuvo lugar en la ciencia alemana del derecho público en torno al principio de igualdad ante la ley, entendido al modo indicado por Grossi, como compuerta constitucional que justifica el control por parte de la magistratura de la razonabilidad material de la legislación parlamentaria. Olvidado generalmente por la doctrina actual, o presentado

señalamiento en Id., *Sulla odierna 'incertezza' del diritto*, en Id., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015, p. 73.

(5) GROSSI, *Sulla odierna 'incertezza' del diritto*, cit., p. 87.

como un antecedente neutro y a celebrar sin más ⁽⁶⁾, emergen en él aristas problemáticas implicadas en la supremacía judicial posmoderna. Se va a intentar reconstruir así, en su contexto, la espinosa procedencia de algunas categorías caras al maestro florentino, para detectar hasta qué punto pueden estar en tensión con su ponderación crítica de la modernidad jurídica y hasta con sus atendibles propósitos ético-políticos de fondo.

2. *Silencio constitucional, intervención doctrinal.*

La cuestión del control de constitucionalidad de las leyes, bien operativa en latitudes americanas desde hacía décadas, no resultaba novedosa en la tradición alemana. Ya el art. 126 de la Constitución de Frankfurt de 1849 atribuía a « la competencia del *Reichsgericht* » el conocimiento de los recursos « por violación de la Constitución ». El asunto fue tratado en el Comité constitucional de la Asamblea constituyente de Weimar a raíz de una moción planteada por el diputado liberal Bruno Ablaß: propuso que cien diputados del *Reichstag* — como mínimo — pudieran instar al *Staatsgerichtshof* a pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley — o sobre la adecuación de los actos administrativos a los principios y disposiciones constitucionales —. Precisamente por considerar que el control de constitucionalidad, sin atribución expresa, no podía corresponder a los tribunales, pretendía que tal competencia cupiese solo a instancia parlamentaria y en un solo órgano jurisdiccional supremo ⁽⁷⁾. La moción fue rechazada, el debate sobre el particular no volvió a suscitarse y la *Reichsverfassung* (RV, en adelante) terminó por no pronunciarse expresamente sobre el tema.

⁽⁶⁾ FRANCISCO RUBIO LLORENTE, *Juez y ley desde el punto de vista del principio de igualdad*, en ID., *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, CEC, 1993, pp. 665-83 (677-80).

⁽⁷⁾ Lo exponían, por ejemplo, RICHARD THOMA, *Das richterliche Prüfungsrecht*, en « Archiv des öffentlichen Rechts » (« AöR », en adelante), 43, N. F. Bd. 4 (1922), pp. 267-286 (268), y ERNST HECKING, *Untersuchungen über die Zuständigkeit des Richters zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen nach der Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919*, Diss., Marburg, Universitätsverlag von Robert Noske, 1927, p. 6. Si en el debate constituyente Hugo Preuss se pronunció en favor del control judicial, Hugo Sinzheimer lo hizo en contra.

Cierto es que, en su art. 19, facultaba al propio *Staatsgerichtshof* para resolver las *Verfassungsstreitigkeiten* — o « litigios constitucionales » — suscitadas « al interior de un *Land* », lo que muy bien podía materializarse en el control de la constitucionalidad de las leyes promulgadas por los parlamentos regionales. Incluso alguna constitución regional como la de Baviera sancionaba la competencia. No obstante, la cuestión capital del control de constitucionalidad de las leyes emanadas del propio *Reich* había quedado sin responder en la norma fundamental.

Ante el silencio de la constitución, quedando la cuestión irresuelta, opinión más o menos compartida por los iuspublicistas del momento fue que su determinación correspondía entonces a la doctrina, e incluso a la propia magistratura ⁽⁸⁾, pues de la indefinición constitucional « no cab[ía] inferir sin más la negación de la competencia judicial para el control de la ley » ⁽⁹⁾. Los juristas, en el entendido de que continuaban cultivando una ciencia objetiva cuyas conclusiones debían ser atendidas por la política y los tribunales, se ocuparon entonces con preferencia de colmar esa laguna. Pero la confrontación de opiniones al respecto mostró la heterogeneidad que, desde el campo de la política práctica, se había infiltrado en el ámbito de la ciencia jurídica, marcada anteriormente por una acentuada homogeneidad socio-cultural.

Dicha confrontación, que iba mucho más allá de la célebre polémica entre Schmitt y Kelsen sobre el *Hüter der Verfassung* ⁽¹⁰⁾, oponía, en el derecho público germano-parlante, a los dos sectores siguientes: de un lado, la fracción liberal-conservadora partidaria del *Prüfungsrecht* de los magistrados apoyado en una interpretación nacionalista de los « derechos fundamentales », y de otro, su sección liberal-demócrata y socialista, que, salvo contadas excepciones — la

⁽⁸⁾ Para algunos partidarios del control, el silencio constitucional dejaba la cuestión también en manos de « la jurisprudencia »: FRITZ MORSTEIN MARX, *Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes*, Berlin, Grunewald, 1927, p. 33.

⁽⁹⁾ HECKING, *Die Zuständigkeit des Richters*, cit., p. 33.

⁽¹⁰⁾ Choque este marcado por la incommensurabilidad de las posiciones respectivas, dado el dispar concepto de constitución que ambos autores manejaban: JOSU DE MIGUEL BÁRCENA, JAVIER TAJADURA TEJADA, *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Madrid, Escolar y Mayo, 2018, p. 236.

de Hugo Preuss, por ejemplo —, se alzó contra este poder de disposición de los jueces sobre el contenido de las leyes ⁽¹¹⁾.

Aquí va a interesar solamente el flanco de opiniones que apoyaron el control judicial. Para exponerlas con precisión, resulta conveniente realizar una delimitación previa. El asunto controvertido fundamental consistía en lo que convencionalmente se denomina control « difuso » de la legislación por cualquier juez, en el contexto de un proceso concreto, aunque la afirmación de su pertinencia se extendía naturalmente al reconocimiento de esa facultad también para las jurisdicciones supremas. El nudo problemático radicaba, por otro lado, en lo que se llamaba control *material*, en admitir una revisión judicial del fondo de la ley, ponderando la adecuación de sus contenidos a los principios éticos abstractos, susceptibles de variadas interpretaciones, enunciados en la norma fundamental.

Ante el alcance de un dispositivo semejante, desde bien pronto se señaló que el contraste entre sus ventajas y desventajas prácticas era de complicada evaluación; se trataba de una cuestión ligada a intereses subjetivos, cuya solución era más del orden de « la voluntad » (política) que de « la lógica » (racional objetiva) ⁽¹²⁾. Nosotros vamos a recorrer pareceres que, por diferentes razones políticas, entendieron conveniente su adopción en toda su extensión, tanto formal como material. No lo concibieron como un *derecho* subjetivo de los jueces, sino como una *competencia* objetiva, por lo que, más que de *Prüfungsrecht*, se hablaba de la *richterliche Prüfungszuständigkeit* ⁽¹³⁾. Y si había que decantarse en favor de esa competencia judicial era porque todos los demás medios jurídicos de defensa de la constitución frente a la ley, o bien eran solo útiles para proteger las normas fundamentales de

⁽¹¹⁾ Sobre esta « instrumentalización de los derechos fundamentales contra el legislador » de la « corriente antipositivista », y las advertencias críticas de la opinión liberal-demócrata (« positivista ») de G. Anschütz o R. Thoma, vid. Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, III: *Weimarer Republik und Nationalsozialismus*, München, Beck, 2002, pp. 112-4. Idéntica contraposición se abordaba en Christoph GUSY, *Richterliches Prüfungsrecht. Eine verfassungsgeschichtliche Untersuchung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, pp. 91-111.

⁽¹²⁾ THOMA, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., pp. 270 y 272.

⁽¹³⁾ MORSTEIN MARX, *Variationen*, cit., p. 3, y, en idéntico sentido, HECKING, *Die Zuständigkeit des Richters*, cit., p. 3.

los *Länder* — como el veto del *Reichsrat* (art. 74) — o bien estaban fuertemente mediatizados por la mayoría que había aprobado la propia ley puesta en cuestión — como las diferentes fórmulas de iniciativa o referéndum (art. 73) — (14).

3. *Primeras manifestaciones de la defensa del Prüfungsrecht.*

Las primeras manifestaciones de defensa del instituto se formularon todavía según el esquema doctrinal sobre el particular de la iuspublicística imperial. En ella se había negado la pertinencia de la competencia judicial para el control sobre la base de dos argumentos: porque la promulgación (*Ausfertigung*) de la ley por parte del Jefe del Estado implicaría una presunción *iure et de iure* de su constitucionalidad y porque la revisión judicial supondría un atentado contra el principio de la separación de poderes.

Respecto del primer reparo, se señalaba que « ya no exist[ía] un poder estatal monárquico en cuyo interés deb[iera] limitarse el derecho de revisión » (15). Bajo la jefatura de Estado monárquica, un respeto reverencial a su figura como encarnación simbólica de la unidad política, y una confianza plena en su corroboración de la constitucionalidad de las leyes que promulgaba, hacían del todo impertinente plantear un control ulterior de la misma por los tribunales, instancias en rigor subalternas respecto de la jefatura estatal.

Las cosas cambiaban, sin embargo, con una jefatura electiva, con un Presidente del *Reich* al que « la Constitución ha[bía] colocado en la más completa dependencia respecto del *Reichstag* » (16). De forma implícita, se daba por supuesto que semejante subordinación le inhabilitaba como encarnación neutral y superior de la unidad, pues

(14) Karl Heinz JONAS, *Das richterliche Prüfungsrecht im Selbsturteil der Gerichte*, Diss. (Referent: Ernst von Hippel), Königsberg Pr., 1930, pp. 15 y 33. Similar consideración sobre las dificultades para que la constitución « se protegiese a sí misma », en MORSTEIN MARX, *Variationen*, cit., pp. 20-4, 36 y 73-86.

(15) Othmar BÜHLER, *Sind die ordentlichen Gerichte verpflichtet, verfassungswidrige Gesetze anzuwenden?*, en « Deutsche Juristische Zeitung », 26 (1921), pp. 579-82 (582).

(16) Vamos a exponer opiniones tempranas, que sentaron doctrina, de Heinrich TRIEPEL, *Der Weg der Gesetzgebung nach der neuen Reichverfassung*, en « AöR », 39 (1920), 4, pp. 456-546 (535-8).

tanto su elección como su actuación se encontraban mediadas por la lógica partidista imperante en sede parlamentaria. Ciertamente es que el art. 70 establecía que el Presidente del *Reich* había de promulgar las '*verfassungsmäßig zustandekommenen*' Gesetze, esto es, las leyes aprobadas conforme al orden competencial y procedimental previsto en la constitución, lo que implicaba « un juicio valorativo » e incluso « la obligación de comprobar si la ley se ha [b]a aprobado de conformidad con la Constitución », es decir, con arreglo al procedimiento legislativo diseñado en la misma. Pero ninguna disposición indicaba que semejante juicio plasmado en el momento de la promulgación fuese obligatorio o vinculante ulteriormente para los tribunales, esto es, para un poder independiente del ejecutivo. Por lo tanto, aunque cupiese admitir la « presunción de constitucionalidad formal » de la ley contenida en su promulgación, no podía construirse — al modo tradicional ⁽¹⁷⁾ — como *praesumptio juris et de jure* « absolutamente incapaz de ser refutada en un juicio ». Sostener lo contrario entrañaba, a juicio de Heinrich Triepel, a quien seguimos, una « *petitio principii* bastante descarada ».

Si ello resultaba evidente en el caso de la constitucionalidad formal, que era el único aspecto a comprobar por la jefatura del Estado antes de promulgar la ley, parecía indiscutible entonces que esa presunción, tuviera el alcance que tuviese, no cubría en ningún caso la llamada constitucionalidad material. Para Triepel, en ambas hipótesis, los tribunales habrían de resultar competentes para el control: fundado su estatuto en la vinculación de los jueces a la ley, debiendo los tribunales « aplicar la ley y solo la ley », debía considerárseles « autorizados, e incluso obligados », para comprobar si lo que tenían ante sí, por más que se presentase externamente como ley, era, o no, « una ley válida ». Podrían a menudo no darse las condiciones propicias para que realizasen una comprobación de este género, pero lo que no podía considerarse es que tuviesen « prohibido » hacerla. Los tribunales, en suma, debían poder considerar « incorrecto » el juicio aprobatorio incluido en el acto de promulgación; no permitirle esa facultad tendría « consecuencias monstruo-

⁽¹⁷⁾ Del que seguiría siendo anacrónico ejemplo G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919*, Berlin, Georg Stilke, 1921, pp. 129-30, comentando el art. 70.

sas, mucho más monstruosas que los abusos prácticos que supuestamente conlleva el derecho de revisión judicial ».

Con esta defensa del control en contra de la presunción de constitucionalidad que entrañaba el acto de promulgación, quedaba claro, a juicio de Triepel, que « instituciones que [habían podido] ser tolerables bajo la monarquía constitucional », podían tornarse « absolutamente intolerables en la república parlamentaria » (18).

Y si a esta última forma de Estado cabía aplicarle el argumento de la separación de poderes, era con un sentido también favorable al control judicial. El dogma de la separación como garantía abstracta de la libertad había sido desautorizado por la ciencia del derecho público, que prefería, como más científica, la doctrina de la distinción de funciones del Estado. Pero su empleo continuaba siendo útil para este menester. En una república democrática la « protección de la libertad civil » debía enderezarse, ante todo, frente a « un parlamento ávido de poder », contra el peligro del *Parlamentabsolutismus*. « Al hacer que el ejecutivo depend[iese] totalmente de los representantes del pueblo » (19) — a diferencia de lo que ocurría en tiempos monárquicos, cuando el gobierno dependía ante todo del criterio de la corona como símbolo y garante de unidad —, « el gobierno parlamentario [había] elimina[do] un pilar importante del sistema de equilibrio de poderes ». Solo el control judicial podía restaurarlo. Y es que « [s]i se permit[ía] al *Reichstag* decidir con plena soberanía si sus decisiones legislativas se ajusta[ba]n a la Constitución, se priva[ba] a una gran parte de los derechos fundamentales de su protección constitucional » (20).

(18) TRIEPEL, *Der Weg der Gesetzgebung*, cit., p. 538. Afirmación glosada de modo elocuente por JONAS, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 33-4, expresando mayor confianza en la autolimitación del monarca constitucional que en la parlamentaria.

(19) La apreciación, en realidad, resulta bastante discutible respecto del gobierno del *Reich* e incluso del jefe del Estado: vid. Gertrude LÜBBE-WOLFF, *El concepto de democracia de la Constitución de Weimar*, en *Estado y Constitución en la República de Weimar*, Leonardo Álvarez (ed.), Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 61-84 (64-5 y 75-80).

(20) TRIEPEL, *Der Weg der Gesetzgebung*, cit., n. 109^a, consideraba irrelevante el peligro de « inseguridad jurídica ilimitada » que algunos autores apreciaban si se autorizaba a los jueces « examinar las leyes estatales para determinar su conformidad con los derechos fundamentales » por consistir muchos de ellos « en promesas jurídicas bastante indefinidas ».

El argumento de la separación no podía quedarse así en la cáscara formal del principio, como fundamento de una división horizontal entre los poderes, que veta las injerencias mutuas; debía, por el contrario, realzar su dimensión « esencial », la que conectaba con su impulso genuino, recordando que « el equilibrio de poderes » componía ante todo un artefacto « destinado a proteger la libertad frente a la arbitrariedad ilegítima » (21). Y el riesgo más temible de esa arbitrariedad en una democracia procedía del legislador, pues el parlamento pluripartidista, para Triepel, « no aparecía como el más alto órgano del Estado », sino como una instancia hasta potencialmente disolvente y « antiestatal » (22).

4. *La igualdad como puerta de acceso.*

En el sistema anterior, la cuestión de la constitucionalidad de las leyes se planteaba, ante todo, en lo que respectaba a las relaciones entre el *Reich* y los *Länder*. En el sistema republicano, con su declaración constitucional de los derechos fundamentales, se había desplazado a las relaciones entre el Estado y los individuos, vinculándose ahora a la necesidad de proteger las libertades frente a posibles abusos del legislador estatal (23). El debate sobre el particular había pasado así a una nueva fase cultural, en la que lo esencial resultaba el contraste entre la ley y los derechos individuales (24).

Aún hubo argumentos técnico-jurídicos en apoyo de la conveniencia del control, aunque ceñidos a un caso particular, el del conflicto competencial. El propio Triepel vio un reconocimiento del *Prüfungsrecht* en el citado art. 19, que atribuía al *Staatsgerichtshof* la facultad de resolver los « litigios constitucionales » entre los *Länder* o entre el *Reich* y un *Land*. A su juicio, no había razón para pensar

(21) Remataba así el argumento en H. TRIEPEL, *Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern*, en *Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum: am 19. April 1923*, Tübingen, Mohr, 1923, pp. 93-4.

(22) GUSY, *Richterliches Prüfungsrecht*, cit., p. 102.

(23) « [L]a inclusión de los derechos fundamentales en la constitución » solo podía significar que « en relación con ellos debía trazarse una barrera a la legislación ordinaria »: TRIEPEL, *Der Weg der Gesetzgebung*, cit., pp. 537-8.

(24) Señalaba la novedad de registro en la polémica tras la guerra JONAS, *Das richterliche Prüfungsrecht*, 29 y 34.

que el precepto — que permitía a los *Länder* recurrir por cualquier disputa jurídico-pública contra el *Reich* — vetase el acceso al propio tribunal a aquel *Land* que « lanza[se] la acusación de violar la Constitución a la cara del *legislador del Reich* » (25). Pero lo que estaba sobre el tapete era la atribución a todos los jueces de la capacidad de disponer, por razones constitucionales tanto formales como materiales, de la aplicación de la ley. Ante tal pretensión, se necesitaba un anclaje constitucional de carácter general, al que cualquier tribunal pudiera recurrir.

Fue el mismo Triepel quien, en un dictamen fechado en marzo de 1924, terminó consumando el paso de fundamentar la facultad de control en el terreno material de los principios. Introdujo para ello un modo singular de interpretar la cláusula de la igualdad ante la ley (26). Lo hizo al hilo de la llamada *Goldbilanzenverordnung* (8-XII-1923), reglamento aprobado por el gobierno sobre la base de la segunda de las leyes de autorización (8-XII-1923), dentro del paquete de medidas para enfrentar las consecuencias de la inflación (27), encargado de regular el modo de conversión en marcos oro de las acciones de las sociedades mercantiles. Su informe se centraba en dos párrafos concretos, el 20 y el primer inciso del 28. Este último establecía límites al reembolso obtenible por la colocación de « acciones preferentes », un tipo de participación que representaba un porcentaje importante del capital de algunas compañías neurálgicas como las eléctricas. Con esta distinción, se trataba arbitrariamente de forma diferenciada a un sector del accionariado, haciendo recaer sobre él un « *privilegium odiosum* ».

Fue en este punto cuando Triepel interpretó el *Gleichheitssatz* de un modo que se revelaría fértil: como interdicción dirigida al legislador — y no solo a jueces y administradores, según se entendía en el régimen político anterior — de incurrir en arbitrariedad

(25) Vid. TRIEPEL, *Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern*, cit., pp. 88-92.

(26) Vid. para lo sucesivo, salvo anotación expresa, H. TRIEPEL, *Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien*, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter, 1924, pp. 3-6, 9, 11, 16 y 26-32.

(27) Mientras aliviaba a los deudores, la inflación devaluaba el ahorro y la tenencia de capital, de ahí el complicado manejo legal: STOLLEIS, *Weimarer Republik und Nationalsozialismus*, cit., p. 189.

haciendo distinción entre grupos de personas. La igualdad contemplada en la constitución no podía limitarse a significar una exclusión genérica de toda *Klassengesetzgebung*, esto es, de toda legislación que, a la hora de individualizar grupos o realizar clasificaciones para atribuir derechos e imponer obligaciones, distinguiese entre burgueses y proletarios. Esquivando el desafío bolchevique, tal era la prescripción mínima que la igualdad ante la ley albergaba para muchos juristas ⁽²⁸⁾, pero su contenido apuntaba más alto. No podía desde luego suponer un mandato de equiparación mecánica entre todos los destinatarios de las normas, pues « [l]a igualdad absoluta produciría la mayor desigualdad ». La igualdad ante la ley solo cabía entenderla como « igualdad *proporcional* », esto es, como deber de « tratamiento igualitario de los hechos que *merecen* ser tratados de igual manera en un determinado contexto », lo que, formulado en negativo, suponía la regla a tenor de la cual las leyes habían de « tratar como igual todo aquello que tratar de forma desigual significa[se] *arbitrariedad* ». Por eso el *Gleichheitsprinzip* resultaba quebrantado por aquellas distinciones establecidas por las leyes « para las que no se p[odía] aducir ninguna razón [...] que [fuese] aceptable para cualquier persona razonable y cabal ».

Para decidir si las distinciones realizadas por las leyes entre grupos de personas eran, o no, lícitas, Triepel se remitía, por tanto, como parámetro de control, a la borrosa opinión social hegemónica y, sobre todo, a un *reasonable ground* solo discernible, en última instancia, en sede judicial. Conectando con la jurisprudencia del *Bundesgericht* suizo y, sobre todo, con la de la Corte Suprema estadounidense, especialmente con su muy frecuente aplicación del principio de la *equal protection of the laws*, Triepel sugería que la magistratura podría decidir si las discriminaciones realizadas en la legislación se adecuaban al precepto constitucional de la igualdad. En caso de que no lo hiciesen, les correspondería, como facultad suya, considerar la ley como inconstitucional por arbitraria y no aplicarla. Aparte de la *Goldbilanzverordnung* aludida, con su diferenciación injustificada entre las acciones preferentes y las ordina-

(28) Este era el contenido que le atribuía un crítico moderado de la nueva lectura como Ernst v. HIPPEL, *Zur Auslegung des Artikels 109 Absatz I der Reichsverfassung*, en « AöR » 49, N. F. 10 (1926), pp. 124-152.

rias, ponía otros ejemplos de inconstitucionalidad supuestamente razonable: el que una ley estableciese « un impuesto a un único grupo de ciudadanos », o que introdujese « restricciones a la propiedad » a sectores particulares, y no « *d'une manière générale, égale pour tous* » (29).

5. *Igualdad formal contra igualdad material.*

Gerhard Leibholz, discípulo de Triepel, elevó la cláusula constitucional de la igualdad a expresión del « vínculo del legislador al derecho », a un derecho suprapositivo equivalente a la justicia material (30). La igualdad ante la ley impondría así a todos los órganos estatales, pero muy en especial a los encargados de la legislación, el deber de un « *tratamiento no arbitrario, según la respectiva conciencia jurídica, del derecho dirigido* » a los individuos y las personas jurídicas. Y no serían sino los aparatos de justicia los encargados de apreciar si la ley correspondiente (del *Land*, pero también del *Reich*) había incurrido, o no, en esa posible arbitrariedad que le restaba toda juridicidad, convirtiéndola en inválida desde el punto de vista de su aplicación.

Leibholz terminó con ello de colocar la cuestión del control judicial de la ley en el terreno escarpado de los principios y valores. Lo hizo no solo en referencia al parámetro susceptible de emplearse

(29) El *Reichsgericht* se pronunció sobre la cuestión en una decisión de 4-XI-1925 que acogió el planteamiento, aunque rechazó la conclusión, es decir, se presentó legitimado para calificar las « deplorables iniquidades » de la normativa, pero consideró que las diferenciaciones introducidas en ella no eran tan sangrantes como para constituir « distinciones arbitrarias » que violasen el principio de igualdad; sobre el § 28 consideró que « en ningún caso » cabía afirmar que fuese « una medida arbitraria », pues « el trato diferente » que introducía entre sectores del accionariado se basaba « en consideraciones económicas razonables »: cit. por Gerhard LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Ein Nachwort zur Auslegung des Art. 109 Abs. 1 RV*, en « *AöR* », 51, N. F. 12 (1927), pp. 1-36 (28); e ID., *Höchstrichterliche Rechtsprechung und Gleichheitssatz*, en « *AöR* », 58, N. F. 19 (1930), pp. 428-442 (432).

(30) Vamos a emplear, para todo lo que sigue, salvando anotaciones expresas, G. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, Berlin, Otto Liebmann, 1925, pp. 29, 40-41, 45, 74, 77-78, 86-88, 98, 100, 106, 112 y 124; ID., *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Ein Nachwort*, pp. 2-3, 8-10, 15, 19-20, n. 47, 22-3, 25, 30-1 y 36.

en dicho control, sino a la propia metodología utilizada por el derecho público. ¿Eran tan evanescentes y subjetivos los valores como hoy pudiera pensarse? Creer en su carácter tangible resultaba a algunos un gesto coherente con las corrientes en alza en el pensamiento filosófico, de la ética de Scheler a la fenomenología de Husserl, y también en el jurídico, donde empezaban a predominar las llamadas *Geistwissenschaften* y el «idealismo objetivo»⁽³¹⁾. Leibholz engrosaba esas filas. Sus planteamientos sobre la igualdad se hallaban así estrechamente conectados a una singular fundamentación metodológica de la disciplina que cultivaba.

Se trataba ante todo de rehuir del positivismo jurídico de carácter formalista y logicista. Con su instrumental cognitivo, «indiferente a los valores», ajeno a «los poderes sociales, históricos y políticos que inciden en la ley», no cabía una ciencia del derecho público satisfactoria. Cumplía incorporar la constatación idealista y fenomenológica de que el ordenamiento se hallaba siempre referido a estructuras axiológicas de carácter objetivo, no dependientes de la voluntad del observador, ni susceptibles de ser captadas de una vez por la razón. En el caso del derecho, ese valor objetivo cristalizado en normas no era otro que el de la justicia, mas no entendido al viejo modo iusnaturalista, que le atribuía un contenido esencial invariable. Se admitía que su contenido no podía precisarse de una vez para siempre, pues mudaba en función de las circunstancias históricas y culturales, pero esa mudanza interna no negaba su existencia objetiva, no la degradaba, a través del relativismo nihilista, a pura y caprichosa creación subjetiva. Su variación acaso tan solo consolidase la convicción de que su identificación concreta, más que resultado de una dilucidación analítica racional, era el fruto de una «percepción intuitiva directa».

Leibholz reconocía que el principio de igualdad, entendido como vía constitucional de acceso más directo al valor de la justicia, consagraba una idea de estirpe liberal-clásica, la propia de aquella «burguesía ascendente» que negaba las diferencias estamentales y abogaba por «el imperio de la ley general y la exclusión» de todas

(31) José MEDINA ECHAVARRÍA, *La situación presente de la filosofía jurídica. Esquema de una interpretación*, Madrid, Revista de Derecho privado, 1935, sobre todo «V. Idealismo objetivo».

las discriminaciones arbitrarias, fundadas en razones heterónomas de estatus. Era ese tipo de igualdad formal el que había sido expresamente heredado por la democracia instaurada en Weimar, es decir, « por una democracia específicamente social, cuando no socialista ».

Ahora bien, el alcance del *Gleichheitssatz*, debido al « giro revolucionario » experimentado a nivel de los « fundamentos jurídico-políticos » de la convivencia, había cambiado drásticamente respecto de su formulación liberal anterior, vinculando ahora también en primer término al legislador. El Estado de derecho, de base parlamentaria, consagrado en la nueva constitución exigía garantías por entero diferentes a las operativas bajo la monarquía constitucional. Como ya se ha indicado, era convencimiento compartido el que la declaración de los *Grundrechte* había trastocado « la relación entre el individuo y el Estado », obligando a alzar nuevos contrafuertes que asegurasen la libertad individual. Y la propia relación « entre el poder legislativo y el judicial » había cambiado también en virtud de los nuevos principios constitucionales: ya no cabía ver en los jueces a simples funcionarios jerárquicamente sometidos al poder ejecutivo, como sucedía en el sistema anterior. Su independencia los colocaba ahora en pie de igual dignidad respecto del legislativo en el proceso de concreción del ordenamiento.

Leibholz no ocultaba además el motivo por el que, a su juicio, se hacía imprescindible recurrir al control judicial de la ley en la Europa de posguerra: se había roto la identidad entre « ley formal y derecho material » que, de forma ingenua, se daba por sentada en el Estado liberal. Con la democracia parlamentaria republicana, y el pluralismo partidista que la caracterizaba, se había reducido « la confianza en la identidad entre ley y derecho » que regía con anterioridad, por lo que se hacía del todo necesario que los jueces tuvieran la facultad de comprobar que la legislación no incurría en arbitrariedad.

¿Qué concepto de igualdad había de manejar la magistratura para ejercer tal fiscalización? Constatado que el concepto convencional, marcado por la igualdad política — operada por el sufragio universal — y económico-material, « t[erminaba] a ser radicalmente expansivo », se había hecho evidente « la necesidad de ponerle límites para frenarlo ». Su reflexión se dirigía entonces a contrarrestar la ten-

dencia igualadora que del plano político — con la participación sin restricciones — amenazaba con saltar al plano económico — promoviendo la redistribución de rentas —. Por parafrasear al propio Leibholz, se trataba de emplear la igualdad *ante* la ley para bloquear las tentativas — parlamentarias — de promover la igualdad *a través* de la ley. El intento de procurar incrementar la igualdad real a través de la legislación — es decir, mediante una discriminación positiva recogida en la ley — era lo que, desde el punto de vista liberal de Leibholz, podía encerrar mayores peligros de arbitrariedad.

La constitución alemana en ningún caso preveía « la aplicación de una igualdad mecánica »; más bien registraba como punto de partida « las diferencias entre los seres humanos », « la desigualdad real entre las personas », fundadas en última instancia en « la esencia de las cosas ». Como su propio maestro Triepel había apuntado, la igualdad solo podía entenderse entonces en su acepción clásica, como « igualdad proporcional », como derivación del principio aristocrático que permite distinguir los tratamientos jurídicos en función de las desigualdades naturales a la hora de la « distribución de derechos y deberes ». Las diferencias que la legislación podía legítimamente tener presente, sin incurrir por ello en arbitrariedad, eran así las que se basaban en las diversas capacidades, dones y facultades que los individuos supuestamente tienen por naturaleza. Reproduciendo la cosmovisión liberal tradicional en tiempos posliberales, y aplicando una comprensión neo-estamental de la justicia como *sum cuique*, Leibholz subrayaba la ilegitimidad de la ley como mecanismo de corrección de las desigualdades, que, alojadas en la naturaleza de las cosas, resultaban para él inalterables.

Por consiguiente, toda aquella legislación que estableciese, por razón de pertenencia a « un determinado partido, clase, grupo, confesión », o cualquier otro colectivo, un estatuto legal diferenciado « en un sentido favorable o desfavorable », podía caer en la órbita de la arbitrariedad y considerarse inválida por el poder judicial. No se trataba de una operación mecánica. Dado el contenido cambiante del valor justicia, el parámetro de valoración que los jueces debían utilizar para detectar la arbitrariedad era la « conciencia jurídica » de la comunidad, irritable ante los abusos del legislador: tal era el « factor decisivo » para determinar la vigencia efectiva del « concepto político de igualdad », que por eso servía al juez para

dictaminar si una « demanda de igualdad » resultaba compatible, o no, con la idea de justicia compartida en sociedad.

El principio constitucional de igualdad no es que prohibiese al legislador tratar de forma diferenciada en la ley a grupos acotados de personas. La interdicción contenida en él se dirigía a los casos radicales de diferenciaciones arbitrarias, sin fundamento moral atendible. El « concepto de arbitrariedad » jugaba así como una suerte de « concepto correlativo opuesto » al de la justicia. Resultaba imposible de codificar de antemano en términos formales, previendo todas sus potenciales aplicaciones, mas esta imposibilidad no suponía, como los críticos de la nueva doctrina objetaban, atribuir a los jueces la facultad de desaplicar las leyes que se les antojasen, sin más, « injustas ». Los planteamientos que Triepel o Leibholz defendían se dirigían a los casos extremos en que una disposición legal introducía discriminaciones injustificables ante el sentimiento jurídico hegemónico.

Una disposición arbitraria sería así aquella desprovista de todo « contenido de justicia » para cualquier observador externo y neutral capaz de razonar jurídicamente ⁽³²⁾. Suscitaría una « incompatibilidad sustantiva pública, objetivamente constatable, con las exigencias de justicia ». No se trataba de ponderar los contenidos de las leyes desde cualquier perspectiva ética subjetiva, sino de apelar — por parte de los jueces — a la « conciencia jurídica » dominante en la *deutsche Volksgemeinschaft*, entendida como un patrón objetivo.

Leibholz era consciente de que, con tal parámetro de referencia, y ante la polarización política reinante, este era el flanco débil de su lectura. Mas no por eso renunciaba a su validez. Antes al contrario, pensaba que solo tomando como punto de apoyo la « conciencia jurídica de la comunidad » podía objetivarse el valor material de la justicia que prestaba sustento a todo ordenamiento, pues, de otro modo, la justicia consistiría en una mera proyección subjetiva y el derecho quedaría a disposición caprichosa del legislador de turno. Solo esa conciencia social compartida en torno a lo que es justo posibilitaba « la existencia objetiva, aun sujeta a fluc-

(32) Esa aptitud para el raciocinio en términos de derecho debe remitirse, en Leibholz, a una fundamentación argumental en valores, a una capacidad de manejo prudencial de magnitudes ético-materiales.

tuciones de contenido, de la idea de derecho como algo existente más allá de la conciencia del derecho ».

Era en este punto donde Leibholz respondía — mostrando tanto la coherencia interna como las debilidades de su tesis — a la fundada objeción de Ernst von Hippel, según la cual la nueva consideración de la igualdad condenaba a la contraposición de « la conciencia jurídica del legislador con la de la justicia ». A su juicio, la observación carecía de fundamento, pues, desde el momento en que los tribunales, interpretando « la conciencia jurídica general », hubieran inferido que « la mayoría parlamentaria » había incurrido en arbitrariedad, « ya no se [podría] seguir hablando de conciencia jurídica de los órganos legislativos », pues no se habrían guiado « por consideraciones legales » sino antijurídicas.

También salía al paso Leibholz de los temores de quienes señalaban que, de adoptarse la nueva teoría, se fundaría una « aristocracia judicial incompatible con el fundamental carácter democrático del Estado moderno ». Semejante inquietud le parecía anacrónica, irrealista y, en el fondo, poco democrática. El mito de la ley general capaz de prever toda circunstancia particular, el anhelo racionalista de que el ordenamiento jurídico-positivo regulase « de manera exhaustiva y completa todas las relaciones de la vida humana », había decaído ante la creciente complejidad social. La actividad integradora de la interpretación judicial había devenido ineludible. Y solía desplegarse con apoyo en conceptos jurídicos indeterminados, como el del *Wohl der Allgemeinheit*, « no menos fluctuantes que el concepto de arbitrariedad ». La aplicación del principio de igualdad contra el tenor de la ley se confiaba a una elite profesional, en efecto, mas no se trataba por ello de una « aristocracia política, sino de una aristocracia compatible » con la democracia, que siempre había de recurrir a « personalidades intelectuales cualificadas para velar por la integridad de los principios constitucionales últimos ». Por lo tanto, viendo que se trataba de levantar garantías solo frente a casos extremos y generalmente palmarios de « arbitrariedad legislativa », evitando con ello su aplicación, los críticos podían respirar aliviados porque *der Richter wird nicht zum Gesetzgeber*.

Pero, qué tenía en mente Leibholz como ejemplos posibles de leyes arbitrarias y, por consiguiente, inconstitucionales por atentar

contra la igualdad. Muchos casos manifestaban vetos a la discriminación por motivos raciales o religiosos aceptados a día de hoy, y problemáticos por entonces, por lo que su teoría puede considerarse un avance en el reconocimiento y garantía de los derechos. El aspecto vidrioso de sus concepciones radicaba en su utilización en el terreno económico-laboral, como freno del intervencionismo estatal, muy atento a cuando la legislación pudiera introducir diferencias entre *Arbeitnehmern und Arbeitgebern*. Aquí, al igual que Triepel, la aplicación judicial que Leibholz tenía como ejemplo a secundar se correspondía con el uso invertido que de la XIV Enmienda había realizado la conservadora Corte Suprema estadounidense ⁽³³⁾. El trato igual de las leyes se convertía en imposibilidad de tomar como punto de partida las desiguales posiciones ocupadas en sociedad a fin de generar resultados igualitarios. En este plano, el principio de igualdad prohibiría, como regla, « limitar la esfera de la libertad individual más de cuanto [fuese] necesario para la conservación de la comunidad » ⁽³⁴⁾. Por eso, a su juicio, podían incurrir en arbitrariedad, por ejemplo, leyes que gravasen a las sociedades, por suponer una discriminatoria « doble imposición », o que regulasen « los precios de las viviendas de alquiler », por discriminar a los propietarios de tales inmuebles.

En definitiva, las leyes dirigidas a proporcionar « ventajas o desventajas económicas » a « determinados individuos » no solo resultarían arbitrarias si se fundaban, por ejemplo, en « consideraciones confesionales » o raciales, sino también si atendían a « la pertenencia de las personas a determinados estamentos y clases ». Todo el derecho laboral democrático, así como toda la imposición progresiva en materia fiscal, dos ámbitos de actuación preferente del constitucionalismo social, quedaban así, desde los postulados « igualitarios » de Leibholz, constantemente sometidos a escrutinio judicial.

⁽³³⁾ Véase al respecto el clásico de Raoul BERGER, *Government by Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Harvard University Press, 1977.

⁽³⁴⁾ G. LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems. Ein Beitrag zur allgemeinen Staats- und Verfassungslehre*, Berlin-Leipzig, De Gruyter, 1929, p. 70.

6. *Igualdad y legalidad interna de los institutos burgueses.*

La conversión del principio de igualdad en puerta de acceso jurisprudencial directo al « derecho natural » se consumó en la conocida alocución de Erich Kaufmann ⁽³⁵⁾. En ella, el *Gleichheitsatz* aparecía ya como expresión de « la fe en principios jurídicos que se encuentran más allá del derecho legal (*Gesetzesrecht*), a los que el legislador se halla vinculado », lo que suponía la creencia en « un orden suprapositivo » que presta fundamento, legitimación y límite al ordenamiento. Su carácter vinculante derivaba del hecho de que los artículos constitucionales referidos a derechos fundamentales de contenido tangible, no los que meramente introducían declaraciones programáticas « para el legislador futuro », « constituían inmediatamente derecho vigente », y, por consiguiente, « pauta y límite también para el legislador ».

El principio de igualdad implicaba para Kaufmann una prohibición de dictar « leyes excepcionales ». Como axioma liberal-democrático, la igualdad exigía que, contra la existencia de cualquier « régimen personal », se instaurase un gobierno de « leyes generales y abstractas » a cuya elaboración hubiese contribuido « la generalidad o totalidad de los ciudadanos ». Al remitir la igualdad formal a una « *ciudadanía homogénea* » en términos nacionales, prohibía realizar discriminaciones en la ley por motivos « estamentales, de clase, confesión, etnia o raza »; es decir, de tales « diferencias sociales » no cabía extraer « diferenciaciones legales ». Ahora bien, por obra de una diversificación social integradora cada vez más acentuada, el ideal ilustrado de la generalidad abstracta de la ley había fracasado y las distinciones de trato cabían ya en la legislación. La igualdad, en el nuevo sistema democrático, no podía continuar entonces significando una prohibición general de introducir en la ley cualquier tipo de particularización subjetiva, pero sí comportaba una delimitación de su « *contenido* » específico en cada caso con-

⁽³⁵⁾ Cf., para lo que sigue, E. KAUFMANN, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*, en *Verhandlungen der Tagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin, De Gruyter, 1926, pp. 3-24 (3-7, 9-12 y 15-23). Stolleis indica que la ponencia, marcada por su vaporosidad y sesgo político, hasta « atentó deliberadamente contra las normas de corrección profesional »: *Weimarer Republik und Nationalsozialismus*, cit., p. 191.

creto. Así, como había dictado la jurisprudencia del *Bundesgericht* suizo, la igualdad prohibiría « *todas las diferenciaciones injustificadas y todas las no-diferenciaciones injustificadas* », es decir, todas las diferencias introducidas en la ley que no se apoyasen en la *Natur der Sache* y fuesen, por tanto, « injustas ».

El principio de igualdad ante la ley también se convertía entonces con Kaufmann en un mandato de justicia material a cumplir por el legislador cuando, en sus disposiciones, realizase distinciones entre grupos de personas. La justicia de las normas no podía consistir tan solo en un valor formal y en una exigencia procedimental, de cumplimiento « de un *método* y de unas *reglas* para las discusiones ». La juridicidad de las normas solo se lograba a la vieja manera, por la correspondencia de las proposiciones jurídico-positivas con una *materielle Ordnung* anterior y superior a la ley, que prescribía determinados contenidos queridos por una entidad trascendente. La identificación intelectual plena de tales contenidos resultaba imposible, por tratarse, más que de una magnitud externa observable, de un « objeto de conocimiento inmediato », inmanente a « nuestra conciencia », única capaz de distinguir — por participar de la trascendencia y no constituir pura instancia psicológica subjetiva — entre el bien y el mal, entre lo justo y lo injusto ⁽³⁶⁾.

Partiendo de esta noción premoderna de la justicia, como evidencia inmediata obtenida de la conciencia en la medida en que se participa de la superioridad, Kaufmann, con un gesto igualmente premoderno, situaba el criterio para calibrar la corrección de las decisiones en el fuero de la personalidad y sus reacciones intuitivas reflejas. Si toda esta construcción podía revestir cierta actualidad, era por lo que ya sabemos, la regurgitación que de la filosofía tradicional hizo la fenomenología con su pretendido regreso a las esencias primeras. Desde esta perspectiva, normas justas eran entonces las producidas por una « personalidad justa », por alguien « *de corazón puro* », apto para traducir a sus creaciones concretas los

⁽³⁶⁾ Era justo a esta evidencia de que participamos « de algo que está por encima de nosotros », y nos prescribe reglas obligatorias de justicia, a la que se referían nociones, por eso plenamente convenientes a su juicio, como *Rechtsgefühl* o *Rechtsbewußtsein*: KAUFMANN, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, cit., p. 12.

eternos mandatos divinos. Si la idea de lo justo no podía cristalizar en « *normas abstractas, generales y neutras* », si tan solo cabía su plasmación en decisiones concretas adoptadas por individuos probos, estaba claro entonces quién estaba llamado a resolver sobre la justicia de las distinciones legislativas. Solo personalidades concretas de intachable conducta podían llevar a cabo esa tarea, distinguiendo qué tipo de justicia — « conmutativa, distributiva, vindicativa » — resultaba más apropiada en cada caso. Y esos individuos autorizados por su rectitud moral no eran otros para Kaufmann que los jueces.

El siguiente postulado con el que fundamentar el control judicial procedía de la doctrina institucional. Por más inapresable que fuese el « orden material » de valores trascendentes que las decisiones normativas concretas habían de realizar, sí cabía identificar una trama institucional esencial e indisponible, constitutiva de la propia comunidad política, conformada por el « matrimonio, la Iglesia, la propiedad, el contrato », institutos que contaban con su propia « legalidad específica », de la que emanaban, « con independencia de todo derecho escrito, ciertas proposiciones jurídicas que el juez de[bía] encontrar y aplicar ». El legislador, a este respecto, no podía considerarse entonces como « *el creador del derecho* », limitándose a declararlo, mientras el juez se colocaba en una posición más adecuada para la identificación y aplicación rutinarias de dichas « proposiciones jurídicas fundamentales ».

Cierto es que Kaufmann no defendía una concepción absolutamente inmovilista de los institutos jurídico-privados. Admitía que cada generación incorporase a ellos su sello espiritual. Tampoco promovía un veto judicial absoluto a la legislación social al modo estadounidense, pues chocaría con otros principios decisivos de la Constitución de Weimar, y, por lo tanto, con convicciones bien difundidas en la sociedad alemana. Pero con sus planteamientos, en los que la « actividad judicial » se distinguía « por el hecho de *presuponer la existencia de normas racionales* » suprapositivas, sí cabía construir un amplio *Prüfungsrecht* en favor de la magistratura. Su parámetro de referencia para controlar la ley, aunque indirectamente constitucional, se correspondía también con el « sentimiento jurídico » prevaleciente en la « comunidad popular », con « las representaciones de la legitimidad características de la época ». No significaba semejante facultad de control material de la ley la atri-

bución a los jueces de una competencia legislativa, consistente en la facultad de dictar leyes generales, pero sí la capacidad de erigirse en instancia de revisión y fiscalización permanente de la justicia material de la legislación en nombre de valores éticos supralegales, representativos de toda la sociedad y coincidentes, en su aspecto institucional, con la propiedad privada, el contrato individual y la familia sacramental. Además, en la medida en que los jueces materializaban tales concepciones comunitarias de la legitimidad, no aprobarían leyes, pero sí contribuían a producir, de un modo cualitativamente superior, « derecho ». Pero justo esta contraposición virtual permanente entre la ley parlamentaria y el derecho de la comunidad que justificaba el control judicial, permitía a los magistrados velar por una « juridicidad objetiva y verdadera, independiente del proceso democrático » (37).

7. *Igualdad y generalidad de la ley.*

La última acepción de la igualdad como cláusula constitucional de aplicación judicial directa en el control de la ley se encuentra en Carl Schmitt. Concretamente, en un dictamen sobre sendos proyectos de ley, uno comunista y el otro liberal-demócrata, concernientes a la expropiación de las antiguas dinastías reinantes (38). El proyecto comunista suspendía los procedimientos de reclamación por parte de las viejas familias reales hasta la entrada en vigor de la ley que dispusiese de sus patrimonios, mientras que el liberal-demócrata atribuía a los *Länder* la competencia para expropiar y resolver los litigios sobre la indemnización correspondiente, con exclusión de los tribunales ordinarios.

Dejando a un lado otros pormenores, el punto fuerte de su argumentación señalaba el indispensable carácter « general » de la ley, por contraste con el carácter particular de las « medidas ». Si se

(37) GUSY, *Richterliches Prüfungsrecht*, cit., p. 102.

(38) Los párrafos que siguen, salvo las múltiples indicaciones añadidas de manera expresa, se han construido sobre la base de C. SCHMITT, *Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Verfassung*, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter, 1926, pp. 10-1, 16, 19-24 y 27.

quería dar realización a un Estado de derecho, y no prestar continuidad a las prácticas propias del absolutismo, entonces la ley solo podía contener previsiones generales y abstractas cuyos destinatarios fuesen, en principio, la generalidad indiferenciada de los nacionales. Y eso no acontecía con la pretensión comunista de suspender procedimientos judiciales ni con la autorización demócrata expedida en favor de los *Länder* para expropiar y juzgar, ambas cosas « medidas concretas » de excepción encaminadas a saltarse los procedimientos y disposiciones ordinarios « de protección de la propiedad privada ». El hecho de que ese régimen excepcional *ad hoc* se dirigiese « a determinados ciudadanos alemanes singulares, concretamente a los miembros de las antiguas familias gobernantes », obligaba a concluir que ambos proyectos violaban el principio de igualdad.

Schmitt se sumaba así, en apariencia, a quienes, rompiendo con la interpretación convencional de preguerra, consideraban el *Gleichheitssatz* como un límite impuesto al legislador consistente en la prohibición de leyes arbitrarias por discriminatorias. Su argumentación, sin embargo, era de naturaleza diversa, y no se trataba solo de una cuestión de acento. Algunos años después del dictamen reconocería que « la ‘nueva doctrina’ de la igualdad introducida por Triepel y Leibholz », con su conversión del art. 109.1 en una suerte de « principio general de justicia » aplicable directamente por los jueces contra las leyes, promovía la mutación del sistema político en un *Justizstaat*. La teoría expuesta hasta el momento, más que extraer las consecuencias inmanentes del ordenamiento constitucional para su coherente desarrollo, sería una interpretación invertida, contraria a los propósitos constituyentes, destinada a subvertir la arquitectura constitucional inicialmente concebida. Y es que a Schmitt no le cabía duda de que lo « pensado y querido como tal por la Constitución de Weimar » era « un *Estado legislativo* », no « un *Estado judicial* », que es a lo que se desembocaba en última instancia cuando se atribuía al juez la capacidad para decidir si la ley había incurrido en « injusticia » (39).

(39) C. SCHMITT, *Derechos de libertad y garantías institucionales en la Constitución del Reich* (1931), en Id., *Posiciones ante el derecho*, Madrid, Tecnos, 2015, pp.

Schmitt, radicalmente enfrentado al gobierno parlamentario desde el primer momento, no contemplaba con disgusto ese propósito de neutralizar al legislador mediante la labor de los jueces. Como también expresaría años después, el *Justizstaat* podía bien constituir « el medio más apropiado para la conservación del *statu quo* social y de los derechos adquiridos », dada « la tendencia conservadora frecuentemente comprobada en toda administración de justicia ». Solo dudaba de su eficacia operativa en un momento objetivamente revolucionario, en el que se cuestionaba justo la legitimidad general de tales derechos, empezando por el de propiedad ⁽⁴⁰⁾. Y problemático le resultaba además confiar en la justicia como guardián de la *Verfassung*, una tarea que iba más allá de salvar incongruencias entre normas de diferente rango, pues aludía más bien a la protección institucional del « modo y la forma de existencia política » de una comunidad nacional, y para ese menester se requería « una instancia política suprema con un poder político especialmente intenso » ⁽⁴¹⁾.

Mas a nuestros efectos interesa descifrar su opinión sobre el principio constitucional de igualdad, como fundamento general del control judicial, a la altura de 1926. Y ahora estamos en condiciones de precisar en qué consistía la singularidad de su formulación: en lanzar una lectura del mismo que fuese congruente con el « Estado burgués de derecho », con el « Estado legislativo » supuestamente en vigor, en el que, precisamente por aspirarse al « gobierno [impersonal] de las leyes, no de los legisladores », la ley solo podía consistir en « una norma general, aprobada mediante discusión parlamentaria pública » ⁽⁴²⁾. Esto implicaba sostener que las leyes, en el nuevo sistema republicano, debían continuar en todo caso siendo generales, y dirigirse a la generalidad de los nacionales sin excepciones. Por eso serían improcedentes aquellas « que no con-

179-242 (228-9); ID., *El defensor de la Constitución* (1931), en *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*, Madrid, Tecnos, 2009, p. 39.

⁽⁴⁰⁾ C. SCHMITT, *Legalidad y legitimidad* (1932), Madrid, Aguilar, 1971, pp. 6-7 y 11-2.

⁽⁴¹⁾ C. SCHMITT, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung*, en *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, Otto Schreiber (Hrsg.), I, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter, 1929, pp. 154-178 (158).

⁽⁴²⁾ *Ibid.*, p. 156-7.

t[uviese]n más que decisiones individuales concretas dirigidas contra personas singularmente determinadas ».

En su caso el énfasis recaía en el hecho de que « no cualquier cosa p[odía] ser tratada en forma de ley »; en sus previsiones no cabía, como Rousseau aseverase, « ningún *objet individuel* » (43). Perfecto conocedor de las estrategias impersonales y abstractas de dominación desplegadas por el liberalismo, Schmitt indicaba con razón que, al sostener tal requerimiento, no hacía otra cosa que asumir « la consecuencia necesaria de la doctrina de la separación de poderes y de la estricta distinción entre la ley y la aplicación de la ley », es decir, no hacía más que admitir las implicaciones forzosas de la doctrina fundante del Estado liberal de derecho. Sabía que lo que se hallaba « en consonancia con el viejo punto de vista liberal — que él, por tanto, se limitaba aquí a acatar y reproducir — e[ra] atar al legislador a su propia ley y hacer que los avances, las excepciones y las medidas individuales [fuesen] imposibles para él ». Con el mandato de generalidad y abstracción de las leyes no hacía sino aceptar la visión burguesa del derecho como instrumento de protección de los derechos patrimoniales adquiridos, no removibles ni alterables por el legislador, tan solo revisables las disputas particulares en torno suyo por los tribunales. Aplicaba con ello al sistema constitucional republicano las distinciones de cuño decimonónico que hablaban de *gouvernement arbitraire* cuando se actuaba con medidas particulares e individualizadas tomadas contra los derechos subjetivos, y de *gouvernement légal* cuando el poder actuaba a través de normas generales preestablecidas.

Ahora ya sabemos cómo, en la argumentación de Schmitt, podían los jueces apoyarse en el principio de igualdad para justificar su facultad de control. Empleaba para ello un giro ya realizado por Triepel, impreso aquí en sentido diverso. Si el estatuto constitucional del juez se cifraba en su « independencia », garantizada por su sola vinculación a la ley (art. 102 RV), debía poder valorar si lo que tenía frente a sí, como regla a aplicar, era una ley válida, o no. Como

(43) C. SCHMITT, *Referendum e proposta di legge d'iniziativa popolare. Un contributo all'interpretazione della costituzione weimariana e della dottrina della democrazia diretta* (1927), en *Id.*, *Democrazia e liberalismo*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 25-86 (76, n. 24, 83).

los jueces solo estaban sometidos a las leyes, mas no a los mandatos concretos que suspendiesen el derecho general ordinariamente aplicable, se encontraban constitucionalmente facultados para, en nombre de la ley general, no aplicar las medidas concretas dirigidas, en términos discriminatorios, a grupos específicos de personas, por más que tales medidas hubiesen sido adoptadas por el parlamento. A esta finalidad precisa servía el principio constitucional de la igualdad, a permitir al juez desechar la aplicación de una norma con apariencia exterior de ley, pero consistente, en realidad, en una medida particular, contraria, por tanto, al mandato de generalidad contenido en él. Pero igual servían otros preceptos, como el propio 102, para « denegar la posibilidad de aplicación a leyes de manifiesto carácter excepcional » (44).

Ahora bien, lo que estaría en juego con este *richterliche Prüfungsrecht* no sería en rigor un control de constitucionalidad, sino la propia defensa de la posición constitucional del juez « frente a órdenes individuales inadmisibles » o « privaciones » ilegítimas, defensa que llevaría a cabo aplicando una norma general en lugar de otra (45). Por eso el alcance de su decisión sería solo « incidental », un simple *Akzessorium der Justiz*, útil para el proceso que se estuviera ventilando, sin comportar, por consiguiente, la anulación de la ley en cuestión, ni ejercer nada parecido a una « jurisdicción constitucional », ni atentarse por ello contra la separación de poderes (46), pues del mismo modo que ésta imponía al legislativo la aprobación solo de normas generales, obligaba al judicial a limitarse a aplicar esas normas a controversias particulares.

Importaba, pues, deshacer el equívoco usual de que la ley quedaba materialmente definida « sobre la base de su paternidad » (47), ya que la asamblea muy bien podía dictar órdenes concretas y no leyes generales; como enseñaba el precedente jaco-

(44) O también el 103, que prohibía los tribunales de excepción: vid. SCHMITT, *El defensor de la Constitución*, cit., p. 32.

(45) SCHMITT, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung*, cit., pp. 161-2 y 166-7.

(46) Aclaraba de este modo la posición de Schmitt, defendiendo que con ella se lograba más bien el respeto a la separación de poderes, JONAS, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 24.

(47) SCHMITT, *Referendum e proposta di legge d'iniziativa popolare*, cit., n. 24.

bino, para adoptar medidas con plena legitimidad necesitaba erigirse en « gobierno revolucionario ». Solo entonces podría adoptar disposiciones fácticas concretas, situadas fuera del ordenamiento constitucional, dirigidas a ciertos sectores de la población, y encaminadas a fundar una nueva ordenación social. Por eso resultaba urgente disipar la extendida « ilusión » de que era factible « encontrar procedimientos legales » hasta « para las aspiraciones, objetivos y movimientos más radicales y revolucionarios », lográndose, por consiguiente, « sin violencia y sin subversión », por obra del mero derecho formal, fundar un nuevo orden ⁽⁴⁸⁾. Una vez sofocado el desafío revolucionario en 1918 y tomada la senda constitucional, las reformas que pretendiesen tocar la distribución existente de la propiedad, solo podrían ser legítimas si cumplieran con el derecho privado ya en vigor o contaban con su mismo grado de generalidad. Salirse de ese marco prestablecido, implicaba colocarse, en realidad, en un escenario revolucionario de hecho, y los jueces podían jugar un papel esencial para impedirlo, restando toda eficacia a las decisiones parlamentarias que tuvieran la forma de medidas.

O gobernación ordinaria liberal-conservadora o situación revolucionaria en la que se afirmaría el predominio socio-económico liberal-conservador, tal era la endiablada disyuntiva implícita a la disquisición de Schmitt sobre la igualdad. Lo que importa resaltar, para concluir, es que también él, como Triepel, Leibholz y Kaufmann, recurrió subsidiariamente a la justicia para contrarrestar la capacidad decisoria de las mayorías en lo que afectaba a la ordenación económica de la sociedad. Consciente de la concurrencia agónica de cosmovisiones que reinaba, lo hizo sin apelar al « valor material de la justicia » como criterio para discernir la « arbitrariedad de las leyes »; empleó en su lugar factores estructurantes del *Rechtsstaat* como la debida generalidad de las leyes y la separación de los poderes. Cosa diferente es que no simpatizase abiertamente con el « control judicial de la ley » basado en « los principios generales del derecho », al modo de la Corte Suprema estadounidense, como forma de proteger el « orden social y económico

(48) SCHMITT, *Legalidad y legitimidad*, cit., p. 15.

existente » (49). El supuesto peligro entrañado por los « conceptos [jurídicos] indeterminados » — « buena fe », « derecho justo », « equidad »... — que la justicia debería en ese caso aplicar le resultaba infundado pues sus contenidos se hallaban ya precisados por « las opiniones de los jurisconsultos y la jurisprudencia ». La cuestión estribaba en que ni esa labor era propiamente judicial, sino política (50), ni la nueva doctrina de la igualdad, ni tampoco la propia magistratura alemana habían aspirado a tanto, conformándose más bien la primera con una intervención en casos extremos de arbitrariedad, que dejaba intacta la discrecionalidad del legislador, y la segunda con una versión formalista del juicio de constitucionalidad como cotejo de normas, en lugar de como salvaguarda de un modo institucionalizado de vida comunitaria.

8. *Conclusión: democracia y absolutismo judicial.*

Las páginas precedentes han querido delimitar un debate en el que se acuñaron algunas categorías caras al maestro florentino. Para Grossi, el régimen liberal constituyó un Estado ‘monoclase’ en el que la burguesía propietaria se sirvió del código a fin de consolidar su dominación social. Por eso celebraba que ese dominio fuese resquebrajado por el movimiento obrero finisecular que, con sus prácticas y con las reformas que inspiraba, quebraba el absolutismo absorbente de la ley. Lo expuesto permite apreciar cómo la creación judicial del derecho contó con una clara valencia conservadora en el contexto de las nacientes democracias parlamentarias. El pluralismo que Grossi celebraba para las décadas entre *Otto e Novecento* se había instalado en los órganos legislativos, mientras que las estrategias jurídicas de dominación social en favor de la minoría burguesa se habían transferido a los órganos judiciales. Todas las opiniones resaltadas así lo muestran, al coincidir en su propósito de preservar el orden institucional burgués, sobre todo en su aspecto dominical y familiar, frente a las reformas impulsadas por el legislador. Censurar

(49) SCHMITT, *El defensor de la Constitución*, cit., pp. 34-6, también para citas siguientes.

(50) Esto es, en lenguaje schmittiano, « decisionista » y « autoritaria »: SCHMITT, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung*, cit., p. 166.

que el derecho sea un instrumento de dominación en favor de una minoría, en vez de un dispositivo con el que poder articular la pluralidad social, como Grossi hacía, obligaría a rechazar la instrumentalización minoritaria del derecho (aunque se verificase en su fase judicial) y a celebrar el derecho como mecanismo de coordinación de la pluralidad (aun cuando ello se lograra mediante ley parlamentaria).

Las opciones institucionales no son positivas o negativas en términos absolutos sino relativos, en relación a los contextos en las que operan y a los fines perseguidos con ellas. En contextos sociales de concentración del poder económico y de satelización consecuente de los organismos estatales, y en relación a la finalidad ética de garantizar derechos y libertades, la atribución a los jueces de una potestad de revisión de la ley no tiene por qué conducir a resultados satisfactorios. Puede desde luego tenerlos, y hay episodios que ilustran acerca del papel beneficioso para la ampliación de los derechos que la jurisprudencia (constitucional) puede jugar. Pero puede también tener efectos perniciosos. De hecho, hay demasiadas evidencias de que, ante una magistratura culturalmente homogénea y políticamente tendenciosa, la opción de atribuirle un papel de limitación del legislador se traduce, no en mayores y mejores garantías para los derechos ⁽⁵¹⁾, sino en otra suerte de « absolutismo », una amenaza no menos temible para los propios equilibrios de la democracia constitucional ⁽⁵²⁾.

⁽⁵¹⁾ En especial los sociales, Mark TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, 2007. Agradezco a Gilberto Bercovici la referencia.

⁽⁵²⁾ Y recuérdese aquí la denuncia de Bartolomé Clavero a la « jurisimprudencia » de los altos tribunales españoles: *Constitución a la deriva*, Barcelona, Pasado & Presente, 2019.

MASSIMO LUCIANI

PAOLO GROSSI, LA COSTITUZIONE E LE DUE LEGALITÀ

1. La questione. — 2. Costituzione senza potere costituente? — 3. La Costituzione italiana e la società. — 4. Le due legalità.

1. *La questione.*

Non è azzardo sostenere che nel pensiero giuridico italiano della seconda metà del Novecento il più fiero avversario del legalismo e dello statalismo sia stato Paolo Grossi. L'è stato per la profondità della sua riflessione critica, per la vivacità della polemica e per la durata del confronto, ma il suo pensiero è espressione di un'attitudine di pensiero comune alla dottrina di matrice cattolica. Si tratta di un'attitudine di pensiero che storicamente rimonta alla diffidenza nei confronti dello Stato maturatasi nelle plurisecolari difficoltà di rapporto fra questo e la Chiesa cattolica e filosoficamente si radica in quel rifiuto del relativismo che l'assolutismo etico di chi ha fede nella trascendenza in genere nutre.

Il 18 aprile del 2005, il giorno prima di ascendere al soglio di Pietro e quando agli occhi dei più l'evento già appariva probabile, l'allora Cardinale Joseph Ratzinger, celebrando la *Missa pro eligendo Romano Pontifice*, affermava: «Avere una fede chiara, secondo il Credo della Chiesa, viene spesso etichettato come fondamentalismo. Mentre il relativismo, cioè il lasciarsi portare 'qua e là da qualsiasi vento di dottrina', appare come l'unico atteggiamento all'altezza dei tempi odierni. Si va costituendo una dittatura del relativismo che non riconosce nulla come definitivo e che lascia come ultima misura solo il proprio io e le sue voglie» ⁽¹⁾. Fatta in quella sede la critica

⁽¹⁾ Può leggersi in rete al 'sito' della Santa Sede: https://www.vatican.va/gpII/documents/homily-pro-eligendo-pontifice_20050418_it.html.

al relativismo suonava quasi da programma di un pontificato teso a mettere la Chiesa al passo coi « tempi odierni » senza tuttavia rinunciare al prezioso legato della tradizione e presentava un interesse affatto particolare pel giurista positivo, abituato a leggere nel comando legislativo il segno di una specifica e storicamente determinata volontà politica e non (o non necessariamente) il portato di superiori istanze di razionalità o di giustizia. Il relativismo filosofico è non a caso una premessa ineludibile della kelseniana dottrina pura del diritto ⁽²⁾ e non a caso quella dottrina è stata uno dei bersagli primari proprio della riflessione critica di Ratzinger, specie dopo essere divenuto Pontefice assumendo il nome di Benedetto XVI.

Già in altra occasione ⁽³⁾ richiamavo l'attenzione sul confronto di Benedetto XVI con Kelsen (uno dei pochi studiosi non cattolici, si badi, espressamente ricordati nel suo magistero) ⁽⁴⁾, segnalandone anche l'essenzialità per il chiarimento del pensiero del nuovo Pontefice ⁽⁵⁾: difficile non cogliere l'apparente bizzarria di una polemica contro la dottrina humeana della fallacia naturalistica condotta (nel famosissimo *Discorso* tenuto in Berlino, al Bundestag, il 22 settembre 2011) non contro Hume, ma contro Kelsen. Ma difficile anche non cogliere, a uno sguardo più attento, che la bizzarria era appunto solo

⁽²⁾ Più ampiamente, anzi, è stato esattamente osservato che « Lo studio kelseniano del rapporto tra teologia e scienza del diritto e tra i due concetti che costituiscono l'oggetto principale di tali discipline, ovvero Dio e Stato, non è uno studio esterno al progetto di edificazione della *Reine Rechtslehre* ma concorre in maniera determinante alla posizione di uno dei pilastri della nuova scienza giuridica kelseniana, la critica ai processi di duplicazione che hanno contaminato le costruzioni della scienza giuridica tradizionale » (F. RICCOBONO, *Kelsen e la religione*, in « Riv. fil. dir. », 2013, II numero monograf., p. 396).

⁽³⁾ *Sulla dottrina della democrazia in Benedetto XVI*, in *La legge di Re Salomone. Ragione e diritto nei discorsi di Benedetto XVI*, a cura di M. Cartabia e A. Simoncini, Milano, Rizzoli, 2013, spec. p. 102 e ss. (del volume v'è una versione inglese con traduzione di M. Crema: *Pope Benedict XVI's Legal Thought. A Dialogue on the Foundation of Law*, a cura di M. Cartabia e A. Simoncini, New York, Cambridge University Press).

⁽⁴⁾ Sintetici, ma utili, cenni sul percorso religioso di Kelsen nel contesto della storia delle conversioni cristiane di uomini e donne di origine ebraica si rinvencono in A. SCHWEIGHOFER, *Religiöse Sucher in der Moderne. Konvertitinnen und Konvertiten vom Judentum zum Protestantismus in Wien um 1900*, Dissertazione dottorale in *Evangelische Theologie*, Vienna, 2013, leggibile in rete: <https://core.ac.uk/download/pdf/18263735.pdf>.

⁽⁵⁾ Che quel confronto sia stato segnato da una « singolare proibità intellettuale » dice N. IRTI, *Il diritto e il linguaggio della natura*, in « Vita e Pensiero », 2012, 1, p. 64.

apparente, poiché al confronto *ad personam* soggiaceva l'interesse di Benedetto XVI a condurre in porto una duplice contestazione: contro una dottrina (come quella kelseniana) che vedeva nel relativismo la necessaria premessa di qualunque teoria (e prassi) democratica (6); contro una concezione del diritto che, pur rigettando gli estremismi dell'imperativismo ottocentesco, vedeva pur sempre nella norma giuridica la manifestazione di una volontà positiva contingente, storicamente determinata, politicamente contrassegnata, relativa, appunto. Ben comprensibile, allora, il confronto critico con Kelsen, « acceso (e, purtroppo, fortunatissimo) cantore delle certezze giuridiche moderne », ha poi scritto Paolo Grossi (7).

La posizione teorica kelseniana, peraltro, non conduce necessariamente agli sviluppi nichilistici oggi patrocinati soprattutto da Natalino Irti (8), né lo fa — più in generale — il riconoscimento alle costituzioni della qualificazione formale di fonti del diritto positivo, con tutto quello che ciò comporta.

Ne è prova l'alternativa ricostruzione di Habermas, il quale, pur movendo dalla premessa della natura artificiale e politicamente condizionata del comando legislativo, ha inteso temperarne l'arbitrarietà (e quindi il destino nichilistico) rilevando come il potere legislativo debba esercitarsi — per riprendere parole di casa nostra — « nelle forme e nei limiti della Costituzione » e come la Costituzione, a sua volta, debba interpretarsi come il prodotto di un potere politico non arbitrario, ma giuridicizzato (proprio attraverso la Costituzione) già al momento del suo nascere (9).

(6) H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, Mohr, 1929, trad. it. di G. Melloni, *Essenza e valore della democrazia*, in Id., *La democrazia*, Bologna, il Mulino, 1984⁵, p. 141; Id., *Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics*, in « Am. Pol. Sc. Rev. », XLII (1948), trad. it. di F.L. Cavazza, *Absolutismo e relativismo nella filosofia e nella politica*, in Id., *La democrazia*, cit., p. 448.

(7) P. GROSSI, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno*, in « Riv. trim. dir. pubbl. », 2013, p. 610.

(8) Doveroso il richiamo a N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2005³, *passim*.

(9) J. HABERMAS, *I fondamenti morali prepolitici dello Stato liberale*, in J. RATZINGER, J. HABERMAS, *Vorpolitische moralische Grundlagen eines freiheitlichen Staates*, in « Zur Debatte », 2004, 1, trad. it. di G. Colombi e O. Brino, *Etica, religione e Stato liberale*, Brescia, Morcelliana, 2004, p. 25.

Ne è prova l'alternativa ricostruzione di Mengoni, il quale, pur riconoscendo la natura positiva delle costituzioni contemporanee ⁽¹⁰⁾, le concepisce come strumenti di una fondazione etica dell'ordinamento ⁽¹¹⁾ e come « *iustitia normans* », più che come « *ius normatum* » ⁽¹²⁾.

Non è questa la sede per interrogarsi su queste tre prospettive teoriche, sebbene valga la pena di rimarcare che la prima (Irti) non sembra tener conto dei condizionamenti che la storia esercita su qualunque potere politico (si trattasse pure di quello costituente), delimitandone le condizioni di possibilità ⁽¹³⁾; che la seconda (Habermas), collocando il potere politico pre-costituzionale nel limbo di una dubbia a-giuridicità, pare elidere il cruciale problema del rapporto di saldatura tra forza e diritto; che la terza (Mengoni), sottovalutando il dato che le stesse costituzioni sono *ius positum* ⁽¹⁴⁾, vi vede l'espressione di una *iustitia* che non si sa come possa predicarsi di una decisione massimamente politica qual è quella costituente. Più importante, qui, notare che, pur in misura e forma assai diverse, tutte queste concezioni si contrappongono a quelle che, criticando la riduzione del diritto a diritto dello Stato e del diritto dello Stato a diritto legislativo, patrocinano piuttosto una concezione pluralistica della giuridicità e registrano — o forse auspicano... — una costruzione 'dal basso' del fenomeno giuridico. Tra di esse spicca, ovviamente, quella di Paolo Grossi.

2. Costituzione senza potere costituente?

La prospettiva teorica di Grossi è dichiaratamente antilluminista e antimoderna ⁽¹⁵⁾. Ne sono più che noti i tratti, ma qui mi

⁽¹⁰⁾ L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 57.

⁽¹¹⁾ Ivi, p. 39.

⁽¹²⁾ Ivi, p. 57.

⁽¹³⁾ Sia consentito il rinvio a M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in « Rivista di diritto costituzionale », 1996, 1, p. 124 e ss.

⁽¹⁴⁾ V. ancora IRTI, *Nihilismo giuridico*, cit., p. 104 e s. (ma anche in vari altri loci).

⁽¹⁵⁾ V., in particolare, P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015, *passim*.

interessa soffermarmi sugli sviluppi che toccano il momento cruciale della creazione di un ordine costituzionale.

Per Grossi è inimmaginabile che una comunità politica, chiamata a definire i contorni giuridici del vivere associato, si consegni interamente nelle mani di una sola decisione fondativa, formalizzata in un atto costituente. Al potere costituente, a me sembra, non può per Grossi essere riconosciuta la legittimazione a definire, una volta per tutte, il patrimonio assiologico della comunità politica, perché questa, capace di autogoverno, rifiuta il monopolio statale della nomopoiesi e reclama la regolazione dal basso dei rapporti sociali. Nella sua prospettiva gli ordinamenti posseggono una loro oggettiva storicità, che si nega all'ambizione soggettiva del titolare del potere costituente di plasmarne rigidamente i contenuti. Giace qui, a me pare, anche la premessa della nota posizione di Grossi sull'interpretazione del diritto: assegnare al giudice l'*inventio* del diritto nel corpo stesso della società al di là del « morto » dettato legislativo ⁽¹⁶⁾ è possibile solo perché si postula la natura sociale, non artificiale, dell'ordinamento. L'ambizione illuministica (giacobina, direbbe Grossi) della « creazione » dell'ordine costituzionale è così negata in radice: non si tratta solo — come hanno fatto altri ⁽¹⁷⁾ — di contestare la capacità dell'atto costituente di ordinare il mondo affermando che, alla fin fine, quella capacità dipende pur sempre dal consenso dei consociati, ma, più profondamente, di contestare la stessa legittimazione dell'atto costituente, perché gli ordini costituzionali « si fanno » e non « si creano ».

Sembra così disegnarsi, nel pensiero di Paolo Grossi, il quadro di un ordine costituzionale emancipato dal problema della fondazione, che non abbisogna del volontaristico apporto di un potere costituente e viene costruito gradualmente e nella storia, grazie alla forza ordinatrice dell'autoregolazione sociale. È evidente che in

⁽¹⁶⁾ V., ad es., P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, spec. p. 5 e ss.; ID., *Giustizia come legge o legge come giustizia? Annotazioni di uno storico del diritto*, in ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007³, p. 23. Come è noto, le tesi di Grossi hanno trovato il favore di non pochi giuristi positivi. Tra i costituzionalisti, ad es., M. CAVINO, *Interpretazione discorsiva del diritto. Saggio di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 239.

⁽¹⁷⁾ V., in particolare, P.G. GRASSO, *Potere costituente*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, p. 659.

questo modo — coerentemente con le premesse filosofiche del suo pensiero — Grossi attacca uno degli elementi caratterizzanti l'illuminismo politico e la modernità giuridica: la teorizzazione del potere costituente era stata la genialmente strumentale intuizione di chi, peraltro riprendendo e rovesciando concetti e stilemi del pensiero politico *ancien régime* ⁽¹⁸⁾, aveva bisogno di giustificare la sovversione di un ordine costituzionale fondato — nientemeno — sulla volontà di Dio e aveva dovuto inventarsi un Dio laico, un Dio terreno, da sostituire al Dio nei cieli nel cui nome il potere monarchico aveva elevato per secoli la propria pretesa di governo.

L'ordine « naturale » monarchico non poteva più essere tollerato. I « lumi » non avrebbero potuto accettare l'esistenza di leggi sociali invariabili, mentre cercare di superare questa preclusione prospettando la « naturalità » di quell'ordine era operazione assai sospetta di una strumentale funzionalizzazione agli interessi di specifiche classi sociali. È per questo che occorreva mettere nelle mani dei popoli il loro stesso destino. L'art. 28 della Dichiarazione dei diritti del 1793 (« *Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures* ») lo chiariva con lucida nettezza in prospettiva giuridica: l'uomo *artifex* che il nascente potere borghese andava teorizzando nel dominio dell'economia e delle scienze doveva essere *artifex* anche nel dominio della politica e del diritto, non avendo altro vincolo che quello di non poter elevare la pretesa di impedire ai posteri d'essere essi stessi *artifices*, cioè progettisti politici e nomoteti.

La dottrina che l'abate Sieyès elaborò e rese celebre aveva dunque precise ragioni storico-politiche di elaborazione, ma colmava un oggettivo vuoto teorico della dottrina medievale della sovranità, diventata incapace di spiegare appieno gli eventi politico-istituzionali della nuova era. Per questo ritengo che la contestazione della pretesa fondativa del potere costituente si esponga, a sua volta, ad almeno due considerazioni critiche.

⁽¹⁸⁾ B. DE JOUVENEL, *De la souveraineté*, Paris, Génin, 1955, trad. it. di E. Sciacca, *La sovranità*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 212.

La prima è appunto la sua inidoneità a spiegare i passaggi rivoluzionari ⁽¹⁹⁾ da un ordine costituzionale all'altro, passaggi che certo non possono conseguire al semplice e graduale assestamento dei rapporti sociali.

La seconda sta in quella che a me pare una lettura solo parziale della dottrina del potere costituente. Quella dottrina, infatti, non ha soltanto una matrice democratica, connessa al successo dell'esercizio della sovranità popolare nelle convenzioni e nelle assemblee costituenti americane ⁽²⁰⁾, ma ne ha anche una liberal-costituzionale ⁽²¹⁾. Non si tratta soltanto del collegamento fra dottrina del potere costituente, costituzioni e carte dei diritti (le dichiarazioni dei diritti sono ambizione primaria dei rivoluzionari americani) ⁽²²⁾, ma anche — e forse soprattutto — di qualcosa di più profondo. Essa opera infatti una scissione fra costituente e costituito ⁽²³⁾ grazie alla quale, certo, la sfera del costituito è consegnata alla legge (e dunque alle contingenti maggioranze politiche che la confezionano), ma la sfera del costituente è assegnata a un'istanza storicamente ben più salda, con la conseguenza che ne risulta generato un evidente effetto garantista: le libertà sono presidiate dalla rappresentanza (di qui le idee del primato della legge, del principio di legalità, della riserva di legge), ma la rappresentanza non può decampare dal patto fondativo originario, che ne delimita gli spazi discrezionali e assesta, una volta per tutte, le posizioni dei paciscenti.

Certo, non tutte le costituzioni sono compromissorie (non tutte — cioè — si risolvono davvero in un autentico « patto » fondativo), ma anche nelle costituzioni « del vincitore » l'effetto

⁽¹⁹⁾ « Rivoluzionari » ha, qui, accezione onnicomprensiva e comprende anche i passaggi costituzionali imputabili a colpi di Stato, congiure di palazzo, etc.

⁽²⁰⁾ E. ZWEIG, *Die Lehre vom Pouvoir Constituant*, Tübingen, Mohr, 1909, p. 1; R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1922, t. II, p. 512 e s.; più di recente P. PASQUINO, *Il pensiero di Sieyès*, in J.E. SIEYÈS, *Opere e testimonianze politiche*, t. I, vol. I, *Scritti editi*, a cura di G. Troisi Spagnoli, Milano, Giuffrè, 1993, p. 4 e s.

⁽²¹⁾ CARRÉ DE MALBERG, *Contribution*, cit., t. II, p. 518.

⁽²²⁾ ZWEIG, *Die Lehre*, cit., p. 2.

⁽²³⁾ Acute (sebbene non interamente condivisibili) riflessioni sul punto in V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, Cedam, 1995, p. 69.

garantista è comunque prodotto, ancorché in favore di quella ridotta porzione dei consociati che « hanno vinto » e intendono stabilizzare le conquiste che sono state ottenute con la vittoria.

3. *La Costituzione italiana e la società.*

La diffidenza di Grossi nei confronti di un potere costituente astratto costruttore di mondi ideali si rovescia in simpatetica condivisione delle costituzioni novecentesche: « se la Costituzione della modernità appare come ‘carta dei diritti’, la ‘Costituzione’ novecentesca è, piuttosto, una cifra storica e, perciò, un patrimonio di idealità e di esperienze, il segno identitario di una comunità nel maturarsi della sua auto-consapevolezza » (24). È il collegamento con la realtà sociale che, nel Novecento giuridico ricostruito da Grossi, fa la differenza: le costituzioni novecentesche rimediano alla precedente « dimenticanza pressoché totale del povero cristiano in carne ed ossa » (25), non si accontentano di confrontarsi — avrebbe detto Capograssi — con l’individuo « comune anonimo statistico » (26), ma cercano di saldare la frattura fra Stato e società operando un « recupero del diritto nella genuinità sociale delle sue espressioni » (27).

La nuova temperie politica e culturale trova per Grossi la sua massima espressione proprio nella Costituzione repubblicana. « Del suo tempo storico, grazie alle analisi e alle riflessioni dei Costituenti, il testo costituzionale è specchio fedele, assorbendone pienamente i caratteri fondanti: al contrario delle carte dei diritti e della loro modellistica astratta, il canone metodologico che qui impera è una visione pragmatica che fa perennemente i conti con soggetti ed eventi storicamente concreti » (28). La « carnalità dell’esistenza » (29) delle persone è al centro del disegno costituzionale e la Costituzione

(24) GROSSI, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno*, cit., p. 608.

(25) Ivi, p. 609.

(26) G. CAPOGRASSI, *Su alcuni bisogni dell’individuo contemporaneo*, in Id., *Opere*, V, Milano, Giuffrè, 1959, p. 487.

(27) GROSSI, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno*, cit., p. 612.

(28) Ivi, p. 618.

(29) Ivi, p. 621.

è « esattamente l'opposto di un vaso vuoto: è [...] lettura attenta ed espressione della società »⁽³⁰⁾.

Ora, sui meriti della Costituzione italiana del 1948 c'è poco — mi sembra — da discutere: al di là dell'improbabile retorica della « Costituzione più bella del mondo », è infatti difficile negare che la Costituzione abbia saputo identificare appieno le correnti profonde della società civile e le invarianti della storia nazionale. Il tumultuoso succedersi degli avvenimenti sovente occulta le une e le altre, ma esse, mostratesi di tanto in tanto allo sguardo di pochi geni⁽³¹⁾, sono emerse nel miracoloso momento storico della Costituente. Qui s'incrina, però, per quanto possa valere notarlo, il mio accordo con Grossi, ché a mio avviso il risultato che la Costituente seppe produrre non dipese solo dalla forza delle idee e dall'ormai inattinguibile qualità politica dei protagonisti, ma proprio dal *momento*, non solo nel senso che si trattava di una fase di tumultuosa trasformazione storica, ma in quello ch'era anche una fase di necessario dispiegamento del potere costituente, potere nel quale è sempre presente un elemento di artificialità e di contingente soggettivismo politico. In altri termini: la lettura profonda della società fu resa possibile proprio dall'esigenza di regolarla, con il *κράτος*, dopo una catastrofe. E quella regolazione era *ius positum*.

Certo, la « provvida corrispondenza tra forme giuridiche e dinamiche dell'esperienza »⁽³²⁾ sarebbe stata agevolata (ancorché, purtroppo, non assicurata) da una Costituzione così fortemente radicata nella *humus* storica che l'alimentava, ma non per questo quella Costituzione cessava d'essere risultato di lotta politica, di equilibrio fra posizioni, di esercizio di comando costituente.

⁽³⁰⁾ Ivi, p. 625.

⁽³¹⁾ Impressionante il leopardiano *Discorso sopra lo stato presente dei costumi degl'italiani*, scritto nel 1826, capace di cogliere appunto (mi permettevo di rilevare nel mio *Lo sguardo profondo. Leopardi, la politica, l'Italia*, Modena, Mucchi, 2017, p. 10) gli elementi d'invarianza, le costanti strutturali, le correnti profonde della storia italiana.

⁽³²⁾ P. GROSSI, *Costituzionalismi tra "moderno" e "pos-moderno". Tre lezioni suor-orsoliniane*, Napoli, ES, 2019, p. 81.

4. *Le due legalità.*

A causa di questo elemento fortemente *politico* delle costituzioni l'idea ch'esse siano oggi sede della *ratio* risulta mitologica tanto quanto lo era l'idea ottocentesca che della *ratio* fosse sede la legge. Legge e costituzione sono entrambe diritto *postò* e anche questo spiega perché l'avvento delle costituzioni novecentesche rigide e « per valori » (nel senso, si badi, che i valori ne sono presupposti, non che vi sono in quanto tali direttamente immessi) ⁽³³⁾ non abbia determinato la rottura della legalità legale, ma abbia comportato solo il sopravvenire di una nuova legalità (quella costituzionale) ben diversa, ma da quella non separata e — comunque — d'essa memore.

Ho cercato in plurime occasioni di sondare il rapporto fra le due legalità ⁽³⁴⁾ e qui mi limito a leggerlo nella prospettiva del confronto col pensiero di Paolo Grossi, recuperando e precisando alcune conclusioni a suo tempo raggiunte.

L'avvento della legalità costituzionale cancella d'un colpo, ovviamente, quella centralità della legge che era stato il tratto identificativo principale degli ordinamenti borghesi, nei quali essa s'atteggiava non solo quale mito, ma anche quale autentica realtà ordinamentale ⁽³⁵⁾. Lo Stato di diritto vedeva nella legge il centro del sistema perché essa, manifestazione della volontà politica di assemblee rappresentative di omogenei interessi di classe, era funzionale all'assolvimento da parte dello Stato dei due compiti fondamentali che il nuovo assetto sociale gli richiedeva, cioè — per dirla con Filangieri — la *conservazione* (la comunità politica doveva anzitutto esistere e doveva avere una vita agiata) e la *tranquillità* (i cittadini

⁽³³⁾ M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2023, p. 108 e ss.

⁽³⁴⁾ M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in « Il Foro amministrativo », suppl. al n. 7-8/07, *Il ruolo del giudice. Le magistrature supreme*, a cura di M.A. Sandulli, p. 417 e ss.; ID., *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in « Dir. soc. », 2014, 3, p. 461 e ss.; ID., *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, IX, Milano, Giuffrè, 2016, p. 461 e ss.; ID., *Ogni cosa al suo posto*, cit., p. 98 e ss.

⁽³⁵⁾ Non si può che rinviare, sul punto, a R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, *passim*.

dovevano confidare che gli altri cittadini e i poteri pubblici rispettassero i loro diritti) ⁽³⁶⁾. Quello che in prospettiva politico-istituzionale chiamiamo « Stato di diritto » altro non era, in prospettiva socio-economica, che « Stato borghese », o se si vuole, per riprendere l'imprecisa ma efficace formula di Massimo Severo Giannini, « Stato monoclasse » ⁽³⁷⁾. In quella forma di Stato era essenziale la protezione della proprietà privata e di alcuni fondamentali diritti di libertà cari alla dominante borghesia e per questo si doveva assegnare alla legge la centralità di cui ho appena detto.

Il passaggio — per dirla ancora con Giannini — allo « Stato pluriclasse », imposto dalla realtà dei fatti e dei rapporti di forza, cambia del tutto la prospettiva e impone allo Stato di diritto di farsi Stato *sociale* di diritto, assumendosi compiti ben più gravosi (e invasivi) di quelli che abbiamo visto essere tradizionalmente assegnati allo Stato di diritto. È su questo fenomeno che si posa lo sguardo non solo curioso e indagatore, ma pensoso e preoccupato, di Santi Romano, della cui opera sono solito praticare una lettura alquanto diversa da quella di Paolo Grossi ⁽³⁸⁾. Nella famosa prolusione pisana del 1909 Romano registrava una crisi dello Stato « caratterizzata dalla convergenza di questi due fenomeni, l'uno dei quali aggrava necessariamente l'altro: il progressivo organizzarsi sulla base di particolari interessi della società che va sempre più perdendo il suo carattere atomistico, e la deficienza dei mezzi giuridici e istituzionali, che la società medesima possiede per fare rispecchiare e valere la sua struttura in seno a quella dello Stato » ⁽³⁹⁾. Così ragionando egli rivelava che il suo problema era il pluralismo e in particolare erano i nuovi corpi intermedi (anzitutto partiti e sindacati) che s'intromettevano nel processo decisionale pubblico. Romano non registrava serenamente fenomeni politici e sociali interamente visti con simpatetica condivisione e non si limi-

⁽³⁶⁾ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione* (1780), Roma, Ist. Pol. e Zecca dello Stato, 1984, t. I, p. 50.

⁽³⁷⁾ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, I, p. 45 e ss.

⁽³⁸⁾ Che vi ha visto anche « la bussola » di alcuni civilisti: P. GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, p. 65.

⁽³⁹⁾ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1909), ora in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 23.

tava (mi parve di dover rilevare già in altra occasione di confronto con il pensiero di Grossi) ⁽⁴⁰⁾, attraverso la dottrina della pluralità degli ordinamenti giuridici, a valorizzare il pluralismo « di base », ma patrocinava l'assorbimento del pluralismo « di vertice » (quello dei partiti e dei sindacati) nell'organizzazione dello Stato ⁽⁴¹⁾.

Di Romano e del suo tempo, insomma, ritengo sia opportuna una lettura più problematica, dubbiosa della pienezza di un afflato pluralistico invero difficilmente compatibile con il patrimonio culturale di colui che alla fin fine sarà pur sempre Presidente del Consiglio di Stato in anni di fascismo. Per un pensiero come quello romaniano il pluralismo era vissuto come problema assai più che come risorsa, proprio perché esso metteva in discussione il dislivello potestativo fra lo Stato e l'individuo. Un radicale mutamento di prospettiva analitica, pertanto, s'è potuto avere solo quando s'è culturalmente preso atto del consolidarsi, prima, dello Stato *sociale* (cioè non più limitato ai compiti minimi di tutela degli interessi borghesi) di diritto, poi dell'avvento dello Stato *costituzionale* (a costituzione rigida, cioè, e con controllo di costituzionalità delle leggi) di diritto.

Lo Stato sociale di diritto, con l'affiancamento dell'eguaglianza sostanziale all'eguaglianza formale, distruggerà le premesse teoriche della limitazione del suffragio e aprirà le porte all'irruzione sulla scena politica delle masse popolari e degli scomodi corpi intermedi rappresentanti dei loro interessi (partiti di massa e sindacati). Lo Stato costituzionale di diritto, a sua volta, si alimenterà di pluralismo e — soprattutto nella sua specifica versione italiana — vedrà nelle formazioni sociali l'indispensabile strumento della crescita culturale e umana delle persone.

In questa evoluzione dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale di diritto non c'è nulla di coerentemente pacifico — come

⁽⁴⁰⁾ Rinvio al mio *La Costituzione e il pluralismo*, in *Pluralismo giuridico*, a cura di P. Cappellini e G. Cazzetta, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2023, p. 197 e ss.

⁽⁴¹⁾ Nello scritto citato alla nota precedente ho cercato di mettere in luce le assonanze con la fortunata « vierfache Stufenfolge » dei partiti triepeliana: H. TRIEPEL, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, Berlin, Preußische Druckerei, 1927, p. 8.

sembra invece di leggere in non poche ricostruzioni dottrinali ⁽⁴²⁾ — e v'è invece il segno di un trauma (quello dei totalitarismi novecenteschi) e di uno scontro (quello per la definitiva emancipazione dei ceti subalterni). Vero, dunque, che lo Stato costituzionale di diritto non nasce *ex abrupto*, perché esso ha storicamente un legame profondo con lo Stato di diritto e ne eredita molte soluzioni istituzionali, ma non meno vero che, nella parabola storica dello Stato di diritto, esso segna una rottura.

La legalità costituzionale non è una diversa forma di legalità legale, ma è una legalità *diversa*, fondata sul primato di una fonte che ha relegato in secondo piano la legge e che pretende indiscussa supremazia. La legge, tuttavia, per quanto scalzata dal suo piedistallo, non cessa d'essere un formidabile strumento di nomopoiesi e non a caso continua a essere qualificata fonte *primaria*. Di conseguenza si sono ormai attivati due circuiti della legalità, intrecciati e conviventi, dei quali occorre operare il coordinamento. Compito non semplice, per l'evidente divario fra Stato di diritto e Stato costituzionale di diritto. Per dimostrare questo punto mi permetto, qui appresso, di riprodurre testualmente un ampio passaggio di uno scritto precedente.

Lo Stato di diritto era caratterizzato da strutture giuridiche semplici e nitide: sistema delle fonti governato più dal principio gerarchico che da quello di competenza; dominio incontrastato della legge; conseguente convincimento della sufficienza della riserva di legge a offrire presidio alle libertà individuali; morigeratezza dell'attività nomopoietica, che non conosceva l'inflazione della produzione normativa e, legando la legge alla *ratio* e l'atto amministrativo ai motivi dell'agire pubblico, rifiutava le leggi provvedimento ⁽⁴³⁾;

⁽⁴²⁾ V., ad es., R. BIN, *Lo Stato di diritto*, Bologna, il Mulino, 2004, p. 58; E. CHELI, *Lo "Stato costituzionale", forma dell'ordinamento italiano*, in *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Bologna, il Mulino, 2012, p. 49.

⁽⁴³⁾ Che proprio questo rapporto fra *ratio* e motivi sia messo in discussione dalle leggi provvedimento è puntualmente osservato dal classico contributo di E. FORSTHOFF, *Über Maßnahme-Gesetze*, in *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, 1955, ora in ID., *Rechtsstaat im Wandel*, Stuttgart, Kohlhammer, 1964, trad. it. di L. Riegert e C. Amirante, *Le leggi-provvedimento*, in ID., *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 105. Non a caso, nella dottrina italiana v'è chi ha affermato che l'adozione di una legge provvedimento

saldezza della separazione di campo della legislazione e della giurisdizione, con il riconoscimento alla prima del monopolio nel bilanciamento tra gli interessi sociali; fiducia dell'interprete nel testo; certezza del diritto come massima della legislazione e della sua esecuzione, amministrativa o giurisdizionale che fosse.

Nessuno di questi elementi strutturali resta intatto con l'avvento dello Stato *costituzionale* di diritto. Il sistema delle fonti diventa sempre più complesso, anche perché la costituzione sottrae interi domini materiali alla legge, delimitandone la competenza per rapporto ad altre fonti divenute sue concorrenti e riducendo il principio gerarchico a regolatore di una frazione sempre più ridotta delle antinomie⁽⁴⁴⁾. Cessa la duplice riduzione del diritto a diritto dello Stato (postulata dallo statalismo) e del diritto dello Stato alla legge (postulata dal legalismo), riproducendosi al livello del sistema delle fonti la complessità pluralistica della tessitura sociale. Si appanna il mito della legge espressione della *volonté générale*, vitale almeno sino a tutta la Terza Repubblica francese, mentre il disvelamento del reale meccanismo di funzionamento della forma di governo parlamentare (nella quale il rapporto fiduciario crea una subordinazione biunivoca e non unidirezionale fra Parlamento e Governo) determina la crisi dell'idea della riserva di legge come garanzia privilegiata dei diritti⁽⁴⁵⁾; si afferma l'idea che la sede della *ratio* cessi d'essere la legge e (magari dimenticando ch'essa stessa è *ius positum*) lo divenga — invece — la costituzione, sicché si giustifica l'assimilazione della legge all'atto amministrativo quale strumento di regolazione puntuale degli interessi⁽⁴⁶⁾.

Ora, se le cose stanno così, a me sembra evidente che se per Grossi l'avvento dello Stato costituzionale di diritto è un notevole balzo in avanti nello sviluppo di una giuridicità postmoderna è

grava il legislatore di uno specifico onere motivazionale: C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 64.

(44) L'analisi più corretta di questo fenomeno resta quella di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, Padova, Cedam, 1984, p. 200 e ss.

(45) In Italia si dovrà attendere molto prima che la consapevolezza di quella crisi emerga pienamente. V., in particolare, *ivi*, p. 60; S. FOIS, *La "riserva di legge". Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 88.

(46) Il passaggio ora riprodotto è in LUCIANI, *Interpretazione conforme*, *cit.*, p. 462.

soprattutto perché esso si collega alla crisi della legge (crisi che, all'un tempo, presuppone e alimenta). Non solo la legge è ora subordinata alla Costituzione, ma, a causa dell'introduzione del sindacato di costituzionalità, essa è costantemente a rischio di declaratoria d'illegittimità. Nulla di più efficace per distruggere il pregiudizio legalistico sempre combattuto da Grossi, evidentemente: il definitivo appannarsi del « ruolo assorbente dello Stato e della sua manifestazione potestativa, la legge »⁽⁴⁷⁾ è così pienamente disvelato.

Ecco dunque perché, sia pure implicitamente, in alcune pagine di Paolo Grossi il tema dell'intreccio fra legalità legale (« pleonaso [...] vistoso ») e legalità costituzionale resta assai in ombra, decisiva essendo — essenzialmente — la sovrapposizione della seconda alla prima⁽⁴⁸⁾, letta nei termini di una successione nel primato piuttosto che in quelli (che a me sembrano più corrispondenti alla sostanza delle cose) della necessaria correlazione. La diffidenza grossiana nei confronti della legge trova nella Costituzione, insomma, in una Costituzione così radicata nella carne viva della società come quella repubblicana, la risposta alla crisi della legge: non più crisi (sia pure auspicata) foriera di possibile disordine perché non governata, ma crisi pregna di nuovo ordine perché pienamente regolata e guidata.

Eppure, a me sembra che il problema della legge non possa risolversi così, perché la legalità legale, avendo da tempo sviluppato le sue dinamiche e i suoi meccanismi di regolazione, non può soccombere interamente alla legalità costituzionale. Gliene deriva certo un profondo condizionamento imposto dalla relazione di subordinazione gerarchica, ma la legalità legale, nel bene (per chi ha una visione della legge come positiva espressione della rappresentanza) o nel male (per chi vi vede soprattutto l'astrattezza di un comando pubblico sganciato dal riferimento ai bisogni « veri » della società), sopravvive alla legalità costituzionale e reclama armonizzazione e coordinamento. I complessi meccanismi regolatori dei rapporti fra Corte costituzionale e giurisdizioni superiori (interpretazione conforme a Costituzione da un lato; osservanza del diritto

⁽⁴⁷⁾ P. GROSSI, *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, Bologna, il Mulino, 2018, p. 25.

⁽⁴⁸⁾ GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 67.

vivente dall'altro) attestano quanto il giuoco delle due legalità sia complesso e quanto aperti siano gli esiti del loro reciproco relazionarsi.

Esiti aperti, dunque, che peraltro risultano a loro volta condizionati dalla complessità del fenomeno giuridico contemporaneo e da quei processi di globalizzazione sui quali Paolo Grossi aveva di recente cominciato a ragionare organicamente. Su di essi la Sua posizione è assai articolata. Da un lato, mi sembra di coglierne un evidente apprezzamento laddove li si vede capaci di sprigionare inusitate energie di sviluppo delle forze economiche e sociali liberate dall'opprimente presenza della regolazione pubblica: essi certificano l'avvento di « un processo formativo di segno completamente diverso dal sentiero tradizionale dello statalismo e del legalismo moderni »⁽⁴⁹⁾ e sono pertanto positivamente dinamici. Dall'altro, mi sembra di poter percepire più di un segno di preoccupazione, specie quando li si dichiara pur sempre bisognosi di comprensione e di governo, perché non rimangano « rissa incomposta »⁽⁵⁰⁾.

Dialogando, *verbis*, con l'Amico e Maestro che oggi ricordiamo e onoriamo osservavo che la mia diffidenza nei confronti di un atteggiamento troppo critico nei confronti dello Stato e dei suoi strumenti di regolazione (della legge, *in primis*) si doveva anche alla considerazione di quanto il pluralismo di oggi fosse diverso da quello di ieri e da quello ancor più risalente che Paolo aveva indagato nelle sue prime ricerche: un pluralismo — quello di oggi, appunto — sovente selvaggio e anarchico; un pluralismo dei poteri (economico-finanziari, soprattutto) più che delle libertà. Di questo Egli era, ovviamente, ben consapevole, ma la sua posizione rimaneva diversa, come del resto coerentemente imponevano i diversi presupposti teorici che la condizionavano. Dissentivamo, insomma, ma con quanto, ora rimpianto, piacere intellettuale...

(49) P. GROSSI, *Crisi della legge e processi di globalizzazione*, n. 1 dei *Quaderni del Dottorato di ricerca in Diritto ed Economia* dell'Università degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, Jovene, 2004, p. 32.

(50) *Ivi*, p. 33.

Interpretatio e *unità dell'ordine plurale*

THOMAS DUVE

EL JURISTA COMO *INVENTORE*
EN LA EDAD MEDIA Y LA « POSTMODERNIDAD »?

La teoría histórica del derecho de Grossi,
su problemática y su significado para una historia del derecho
más allá de la modernidad (*)

1. La Edad Media europea, el Derecho europeo y global. — 1.1. El ordenamiento jurídico medieval. — 1.2. El Derecho europeo en la postmodernidad. — 1.3. Globalización en la postmodernidad. — 1.4. El papel del jurista. — 2. Doctrina de la Interpretación. — 2.1. Fuentes jurídicas. — 2.2. Ordenamiento y tradición. — 2.3. Institucionalismo y teoría interpretativa. — 3. ¿Tipología o teoría? — 4. Historia del derecho más allá de la modernidad. — 4.1. Una alternativa a la historia del derecho basado en los parámetros de la modernidad. — 4.2. El Derecho como práctica social.

La obra de Paolo Grossi en historia del derecho no puede separarse de su teoría del derecho. Influidido sobre todo por los filósofos del derecho, juristas e historiadores italianos de la primera mitad del siglo XX, Grossi desarrolló una idea clara de lo que era el derecho y, sobre esta base, trazó un impresionante cuadro de la historia jurídica europea. Su concepto del derecho agudizó su ojo histórico-jurídico, y lo que éste dio a mostrar cristalizó en su idea del derecho. Al hacerlo, Grossi perseguía un objetivo claro: en la

(*) El presente trabajo se redactó en castellano, basado en escritos de Paolo Grossi en italiano, español y alemán. En lo posible, se cita según las traducciones al castellano autorizados por él. Las traducciones de citas de textos no publicados en castellano son mías. Paolo Grossi formó parte del *Advisory Board* del Instituto Max Planck entre 1989 y 1998 y también fue *Doctor Honoris Causa* de la *Goethe Universität*, Frankfurt. Es también por este vínculo con Frankfurt que una traducción y adaptación de este texto para una audiencia de habla alemana se publicará en la revista « *Rechtsgeschichte — Legal History* », 31 (2023) con el título: *Rechtsgeschichte und Ordnungsgedanken. Zum rechtshistorischen Werk von Paolo Grossi*. Agradezco a Mauricio González-Rozo por su ayuda con la versión española del texto.

búsqueda por criticar el derecho del presente, procuró relativizar este presente como un mero punto en una larga línea histórica y así proporcionar orientación para el futuro ⁽¹⁾. Grossi era jurista y quería como tal — ésta era también la preocupación central de los *Quaderni fiorentini* que fundó — hablarle de historia a los juristas ⁽²⁾.

En su opinión, la orientación era tanto más necesaria cuanto que el punto en el que, según él, se encontraban los sistemas jurídicos europeos de la Edad Moderna hasta la segunda mitad del siglo XX le parecía francamente desastroso. Pues el « absolutismo jurídico de la modernidad » — una de sus expresiones más conocidas ⁽³⁾ — y su respectivo estado-centrismo habían absorbido, monopolizado y centralizado el derecho vivo y plural. Estos habrían separado al derecho de la vida, alienándolo de las personas y legitimado las peores atrocidades del siglo XX. Para Grossi, ese derecho estéril, uniforme y disfuncional contrastaba con el orden jurídico de la Edad Media europea, con el *ordine giuridico medie-*

(1) Sobre la imagen de « punto y línea » y la tarea de la historia jurídica, cf. por ejemplo P. GROSSI, *Il punto e la linea (L'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)*, en ID., *Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 3-12.

(2) Cf. la introducción al primer número de los *Quaderni Fiorentini*, reimpresa en P. GROSSI, *Trent'anni di pagine introduttive. Quaderni fiorentini 1972-2001*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 3. Sobre la tarea de la historia jurídica, v.g. ID., *Il punto*, cit.; ID., *Storia del diritto e diritto positivo nella formazione del giurista di oggi*, en ID., *Società, diritto, stato*, cit., pp. 13-25. Son interesantes sus notas autobiográficas, también sobre la historia de los *Quaderni*, cf. más recientemente ID., *Oltre le storie nazionali. Il 'Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno' di Firenze fra passato e presente*, en « Quaderni fiorentini », L (2021), pp. 739-759; ID., *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, Bologna, il Mulino, 2008; así como numerosas entrevistas, p. ej. M. TIMOTEO, *Grammatiche del diritto. In dialogo con Paolo Grossi*, Bologna, il Mulino, 2020. Una interesante introducción a la obra de Grossi en castellano brinda R.D. GARCÍA PÉREZ, *Introducción*, en P. GROSSI, *De la codificación a la globalización del derecho*, Pamplona, Aranzadi, 2010, pp. 13-52.

(3) Véase P. GROSSI, *Epicidio per l'assolutismo giuridico (Dietro gli 'Atti' di un Convegno milanese e alla ricerca di segni)*, en « Quaderni fiorentini », XVII (1988), pp. 517-532; ID., *Ancora sull'assolutismo giuridico (Ossia: della ricchezza e della libertà dello storico del diritto)*, en ID., *Società, diritto, stato*, cit., pp. 43-53.

vale. Este ordenamiento le fascinó durante toda su vida, a él le dedicó su libro más conocido, también internacionalmente (4).

Grossi observó con gran atención — y considerablemente antes que muchos otros historiadores del Derecho — la reacción del Estado y del Derecho ante lo que desde los años noventa del siglo XX se describe como « globalización » (5). La época posmoderna, que para Grossi comenzó en la década de 1950, y su derecho, especialmente la de-estatización del derecho, fueron para él tanto una esperanza como un llamado a la acción. Una esperanza, porque el derecho se liberaría de la envoltura de acero del Estado y desplegaría su pluralidad. Un llamado a la acción, porque consideraba que la historia del derecho tenía el deber de agudizar la comprensión de ese nuevo orden. Estaba convencido de que las observaciones histórico-jurídicas, especialmente en un período de transición como el nuestro, están llamadas a mostrar que el derecho, bien entendido, no es el producto sin vida de la arbitrariedad estatal como « la mitología de la modernidad » quería insinuarlo (6). Al contrario, para él, la investigación histórica debe mostrar el derecho en su vitalidad y plenitud, en su *carnalità*, como lo expresó en varias ocasiones (7). Los resultados de la investigación histórico-jurídica deben situarse en una relación dialéctica con el presente, « con el único objetivo de hacerlo más complejo, enriquecerlo y llevarlo a una mayor madurez » (8).

La experiencia jurídica de la Edad Media europea le pareció a Grossi especialmente adecuada para reflexionar sobre el Derecho en

(4) P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma, Laterza, 1995; traducción al español: ID., *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

(5) Véanse varios ensayos, especialmente en P. GROSSI, *Derecho, sociedad, Estado (Una recuperación para el Derecho)*, Las Fuentes, El Colegio de Michoacán, 2004; ID., *Società, diritto, stato*, cit.; ID., *De la codificación a la globalización del derecho*, cit.

(6) Sobre el mito de la modernidad P. GROSSI, *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.

(7) Por ejemplo, en P. GROSSI, *Sistema moderno delle fonti del diritto ed esperienza giuridica posmoderna in Italia*, en « Rivista internazionale di filosofia del diritto », XCVIII (2021), 2, pp. 155-176, p. 158.

(8) P. GROSSI, *Die Botschaft des europäischen Rechts und ihre Vitalität: gestern, heute, morgen*, en « Rechtsgeschichte — Legal History », XXII (2014), pp. 257-267, p. 257.

el mundo posmoderno y de la globalización. En una conferencia con motivo de la inauguración del nuevo edificio del Instituto Max Planck de Historia Europea del Derecho en Fráncfort en 2013, esbozó algunos « rasgos comunes » entre la Edad Media y la posmodernidad. Se trata para él, entre otras cosas, del papel que juegan los juristas y sus operaciones lógicas específicas en la integración de la unidad y la pluralidad en el Derecho: « La afirmación de una unidad jurídica preservando al mismo tiempo su pluralidad inherente, una relación profundamente dialéctica entre la unidad jurídica y los elementos individuales de la pluralidad; la valorización de los juristas en la producción del Derecho (porque el Derecho es asunto de los juristas y no de los políticos) y, sobre todo, la apreciación de la jurisprudencia por su capacidad para desarrollar principios armoniosamente unificadores que tienden a ser ilimitados »⁽⁹⁾.

La honrosa invitación de los *Quaderni fiorentini* para contribuir a su homenaje con una contribución a la sección *Il giurista in un mondo globale: interpretatio e unità dell'ordine plurale* me brinda la oportunidad de volver a esta conferencia diez años después de la — última — visita de Grossi a Frankfurt. La tomo como punto de partida para una breve introducción a las reflexiones de Grossi sobre el papel del jurista y su actuación interpretativa en la tradición europea y en el mundo de la postmodernidad (1.). A continuación, me detengo en la teoría interpretativa de Grossi. Su especificidad reside en el hecho de que se basa en una doctrina especial de las fuentes jurídicas, o más exactamente, en su pluralismo jurídico. Esta no puede entenderse sin su base filosófico-jurídica, que Grossi desarrolló sobre todo en sus obras medievalistas, siguiendo a juristas e historiadores italianos como Santi Romano, Francesco Calasso y Giuseppe Capograssi. Estos autores representan un pensamiento institucional, que en Alemania se asocia sobre todo con el nombre de Carl Schmitt, pero también con el de Karl Larenz — y que hoy en día se contempla con distancia, debido al rol histórico que tal pensamiento tuvo en la época del nacionalsocialismo (2.). Frente a esto, y como historiador del derecho de Alemania, me pregunto si el

(9) *Ibid.*, pp. 257-267.

derecho medieval, que Grossi sitúa en agudo contraste con la modernidad, es para él meramente un « tipo », como a veces parece, o si éste no fue en realidad la base de su teoría del derecho — es decir, de una teoría histórica del derecho que asume que el « derecho » se realizó a sí mismo de un modo particular en una época histórica concreta (3.). Concluyo con una mirada hacia el futuro. Porque incluso si uno no quiere seguir la teoría histórica del derecho de Grossi, sus reflexiones contienen importantes sugerencias para la investigación histórico-jurídica. Esto es especialmente cierto para lo que probablemente sea el reto central de la disciplina en la actualidad, a saber: escribir una « historia jurídica más allá de la modernidad » (4.).

1. *La Edad Media europea, el Derecho europeo y global.*

¿Cómo relaciona Grossi la Edad Media europea, y la posmodernidad? ¿Por qué, en su opinión, los juristas ocupan un papel central en ambas épocas históricas? Veamos su concepción de la Edad Media, la modernidad y la posmodernidad, con el fin de preguntarnos por los rasgos comunes que él ve.

1.1. *El ordenamiento jurídico medieval.*

Grossi comienza su conferencia de Fráncfort con un breve resumen de su idea de *L'ordine giuridico medievale*, que ha expuesto repetidamente en muchos lugares desde los años noventa. Destaca que la Edad Media no conoció « ese sujeto político totalmente expansivo » que « monopoliza toda forma de expresión social (y, por tanto, también el derecho), al que comúnmente llamamos 'Estado' y que desempeña un papel fundamental en la civilización moderna ». Por el contrario, en la producción del derecho intervienen diversas fuerzas; prevalece un « pluralismo jurídico generalmente practicado ». El derecho había surgido de la experiencia y se distinguía por su facticidad. Las costumbres eran la fuente más importante del derecho medieval y la tarea de los juristas consistía en ordenar las costumbres como « hechos permanentemente repetidos en el tiempo » (258).

Mientras que a principios de la Edad Media, las figuras centrales en la vida jurídica eran los profesionales, especialmente los

notarios, ya desde el siglo XII la ciencia jurídica se había desplazado al centro de la « creación y sistematización » del derecho: sobre todo, había proporcionado « esa conceptualidad, esos principios de orden » con los que « se puede ordenar el magma incoherente de los hechos sociales y económicos; y puesto que no existe un poder político arrogante e intrusivo, la ciencia es capaz de crear un tejido jurídico universal que se aplica a todos los lugares y está diseñado para durar mucho tiempo » (258-259). Este tejido jurídico, el *ius commune*, se distinguía por su particular elasticidad. Los *iura propria* — las costumbres y las normas jurídicas locales — habrían encajado armoniosamente, formando « un orden auténtico, que es auténtico precisamente porque crea unidad preservando la pluralidad » (259). En esta pluralidad en la unidad reside, para Grossi, el primer « mensaje cultural » de la historia jurídica europea.

1.2. *El Derecho europeo en la postmodernidad.*

Después de que esta cultura medieval se viera inicialmente desplazada por el surgimiento del Estado, con su intento de controlar y centralizar rigurosamente la producción del derecho, la propia modernidad jurídica pronto se vio sometida a presiones: « Los Estados vieron cómo la armadura de su soberanía se ablandaba por una dinámica económica en constante expansión espacial, así como por las técnicas y las tecnologías ». Estas tecnologías y la dinámica económica no estaban limitadas por fronteras políticas (259), de modo que había surgido un nuevo paisaje jurídico: el del Derecho europeo, para Grossi ya fruto de la época posmoderna. Este nuevo paisaje jurídico se presenta también para él como un auténtico *ordine*, es decir, como una « realidad compleja que pretende preservar la riqueza de su propia complejidad: el *proprium* de los elementos individuales, sus diferentes historias y su singular tipicidad encuentran en la dimensión común europea la posibilidad concreta de fijar su respectiva particularidad y tipicidad como una riqueza que puede confrontarse con otras *propria* igualmente entendidas como riqueza » (260). La pluralidad en la unidad, la autoorganización, un lento crecimiento impulsado por las necesidades de la práctica, caracterizan este nuevo orden que lleva gestándose desde la segunda mitad del siglo XX.

En la formación de este nuevo orden — y este es el tema central de la conferencia de Frankfurt, pues cuando Grossi la presentó había sido ya juez de la *Corte Costituzionale* italiana durante varios años —, los juristas como jueces y como académicos asumen un papel central. Grossi lo ilustra con la jurisprudencia del *Tribunal de Justicia de la Unión Europea* en materia de derechos fundamentales ⁽¹⁰⁾. Este desarrollo ulterior, que ha llevado el Derecho europeo mucho más allá de las cuatro libertades fundamentales del mercado común europeo, sólo ha sido posible porque los tribunales han elaborado principios básicos del Derecho comunitario mediante una interpretación teleológica extensiva y han exigido su observancia tanto con respecto a las instituciones como frente a los Estados miembros (262). En este desarrollo, la idea de una tradición constitucional común habría tenido una especial importancia. Las tradiciones habrían sido « identificadas, interpretadas y consolidadas como principios » mediante la interpretación, los jueces habrían buscado « valores para anclar los principios » en la tradición ⁽¹¹⁾ y al hacerlo habrían podido basarse en el trabajo preparatorio de los juristas. Grossi considera que los *Principles of European Contract Law*, pero también las muchas otras iniciativas de armonización del Derecho civil, las cuales fueron utilizadas y en parte incluso promovidas por las instituciones europeas, constituyen un punto de inflexión característico en la historia del Derecho europeo. Pues « más allá de las normas, lo que cuenta son los principios. Se trata de la salida de un enfoque estrictamente positivista, error capital del *civil law*, el cual hoy se revela inadecuado para ordenar nuestra sociedad postmoderna » (264-265).

⁽¹⁰⁾ Desde la sentencia *Stauder* de 1969 hasta la invocación de tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros en la sentencia *International Trading Company* (sentencia de 17 de diciembre de 1970, 11/70) pasando por la sentencia *Nold* (sentencia de 14 de mayo de 1974, 4/73).

⁽¹¹⁾ En la tradición constitucional común « tales experiencias profundamente arraigadas y realmente vividas se agrupan de tal manera que se funden con la historia de un pueblo, y deben considerarse como un tesoro de valores del que emerge un fondo de principios y, en última instancia, de derechos fundamentales », GROSSI, *Die Botschaft*, cit., pp. 262-263.

1.3. *Globalización en la postmodernidad.*

En este desarrollo del derecho en Europa y del derecho europeo, Grossi ve similitudes con el nuevo derecho transnacional o global: se trata de principios, normas e instituciones que son producidos principalmente por actores privados a partir de la « experiencia viva » (12). Ambos órdenes, el Derecho europeo y el global, surgieron de necesidades económicas, ambos eran y son incompletos, ambos están aún « en busca de sí mismos ». Ambos necesitan del jurista, porque es el jurista quien pone en orden al derecho que emerge de la actividad humana, para que les ayude a ordenar su desarrollo espontáneo. Puesto que el derecho global es independiente de los Estados, pero debe sin embargo prever mecanismos de resolución de conflictos, hoy en día el juez vuelve a desempeñar allí un papel central. En efecto, es la interpretación judicial — como señala enfáticamente en otro lugar — la que media « entre el derecho antiguo y nuevos hechos » (13). Pero, sobre todo, el Derecho en un mundo global necesita « fuentes elásticas que se adapten sismográficamente al movimiento y al cambio. Y es ante todo a las fuentes elásticas a las que se ha encomendado el Derecho europeo en su difícil camino hasta la fecha » (266). Aquí, concluye Grossi, reside ulteriormente el mensaje — y la vitalidad — que conservan el Derecho europeo en la Edad Media y de la integración europea para el Derecho en la globalización.

(12) De forma relativamente breve, sólo insinúa en su conferencia de Frankfurt lo que ha explicado con más detalle en otro lugar con respecto a la aparición del Derecho posmoderno: Las circunstancias históricas que tuvieron que conducir al fracaso del absolutismo jurídico, sobre todo la crisis del Estado de la modernidad y el redescubrimiento de la pluralidad social y normativa, la facticidad (la *fattualità economica e sociale*) del derecho, intensificadas también por la Primera Guerra Mundial, incluido el giro hacia el *uomo in carne ed ossa*, cf. por ejemplo el resumen sucinto en GROSSI, *Sistema moderno*, cit., pp. 163-165.

(13) P. GROSSI, *Ein Buch von 1995 und sein kultureller Plan. Über die Entstehung von L'ordine giuridico medievale*, en « Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung », CXXVI (2009), 1, pp. 207-222, p. 220: « La jurisprudencia de la Baja Edad Media no es exégesis romanista. Por el contrario, es interpretación en el auténtico sentido de la palabra, es decir, mediación entre el derecho antiguo y los hechos nuevos ».

1.4. *El papel del jurista.*

No hace falta ser un íntimo conocedor de la obra de Grossi para reconocer en la conferencia muchos rasgos típicos de su pensamiento: la descripción tipológica de la historia del derecho de la Edad Media hasta el siglo XIV, la aguda contraposición del *ordine giuridico medievale* con la modernidad jurídica, la noción de lo incompleto del derecho medieval y su autonomía relativa, la apasionada crítica del Estado moderno, el interés por los periodos de transición y por el derecho en la globalización. Se mencionan conceptos centrales como la idea de la facticidad (*fattualità*) del derecho, su « carnalidad » (*carnalità*), la significancia de la experiencia y la tradición, el concepto de orden y la diversidad de fuentes jurídicas.

También es característico de su trabajo cómo relaciona épocas muy distantes en el tiempo. Un elemento central de la conexión epocal entre el medioevo y la posmodernidad yace en el papel destacado que Grossi le asigna a los juristas. Al buscar respuestas a los problemas de la gente, son ellos quienes garantizan que el derecho sea a la vez cercano a la vida, plural y homogéneo. Su instrumento central es la *interpretatio*, su gran logro es la formación de principios. Por ello, Grossi repetidamente, y sobre todo desde que asumió su oficio de juez constitucional, se ocupó de la doctrina jurídica de la interpretación, no sólo como fenómeno histórico sino también como práctica jurídica del presente. Inicialmente, lo hizo ante todo en el contexto de sus reflexiones sobre las fuentes jurídicas, en los últimos años bajo el rótulo de la *invenzione del diritto* ⁽¹⁴⁾. Este significado central de la interpretación jurídica nos invita a considerar más de cerca su propia doctrina de la interpretación jurídica, de la producción del derecho como *invenzione*.

2. *Doctrina de la Interpretación.*

Para Grossi, como para la mayoría de los juristas, la interpretación jurídica es, ante todo, una operación intelectual que los juristas llevan a cabo en la búsqueda de soluciones a problemas concretos a

⁽¹⁴⁾ Cf. P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017; sobre las fuentes jurídicas ID., *Sistema moderno*, cit.

partir del Derecho vigente. De este modo, participan en el desarrollo continuo del sistema jurídico, ya en el ejercicio de la práctica profesional o como especialistas en las ciencias jurídicas. En este último caso, elaboran principios que, a su vez, dan fundamento a la práctica y contribuyen a integrar la diversidad de la vida jurídica en la unidad de un sistema jurídico. Lo que distingue el concepto de interpretación de Grossi de otros es su comprensión particular de lo que debe entenderse por « derecho vigente », concretamente: su reconocimiento de otras fuentes jurídicas distintas de la del derecho estatal.

2.1. *Fuentes jurídicas.*

Con su doctrina de las fuentes jurídicas y con base en un pluralismo jurídico (normativo), Grossi da claramente un paso más allá de las doctrinas interpretativas que son habituales en la doctrina jurídica ⁽¹⁵⁾. Por supuesto, éstas tampoco se limitan a reconstruir solamente el significado histórico de una palabra, el contexto o el uso general del lenguaje ⁽¹⁶⁾. Las doctrinas interpretativas clásicas también conocen una interpretación teleológica del derecho, llegan — como ha demostrado Grossi con el ejemplo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea — a resultados que en muchos casos exceden lo que pretendía originalmente el legislador cuando promulgó una norma. Una interpretación teleológica — como toda interpretación en sentido estricto — incluye, por ejemplo, principios que no se encuentran directamente en la norma misma o en sus fundamentos, quizá ni siquiera en la constitución escrita, pero que han sido formulados por la ciencia jurídica o desarrollados en la jurisprudencia de los Tribunales. En esta referencia a principios y saberes proviniendo desde afuera de la cadena de legitimación democrática (poder legislativo, judicial, etc.) radica un

⁽¹⁵⁾ Véase, por ejemplo, la presentación en T.M.J. MÖLLERS, *Juristische Methodenlehre*, München, C.H. Beck, 2021⁴, p. 43 y ss. sobre las fuentes del derecho; loc. cit. p. 87 y ss. sobre las fuentes secundarias del derecho y las fuentes del conocimiento jurídico.

⁽¹⁶⁾ Cf. sobre la práctica interpretativa de los tribunales europeos continentales S. VOGENAUER, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, vol. I, allí también sobre la finalidad y las normas de valor extrajurídicas en Alemania, pp. 44-48; cf. también MÖLLERS, *Juristische Methodenlehre*, cit., p. 87 y ss.

problema fundamental de la teoría de la interpretación jurídica, y es probable que en todos los ordenamientos jurídicos se estén debatiendo propuestas sobre cómo proveer el espacio necesario para una integración de estos factores a la interpretación — y al mismo tiempo delimitarlo ⁽¹⁷⁾.

Sin embargo, Grossi tiene una idea mucho más amplia y distinta de lo que debe considerarse como « fuente jurídica » y, por lo tanto, de lo que deba ser considerado un recurso para la interpretación. Lo expresa con el término *invenzione* y remite al significado latino de la palabra *invenire*, encontrar ⁽¹⁸⁾. Para Grossi, *invenire* es una ocupación u operación activa, comprometida, incluso constructiva, pero — como allí lo señala — de ningún modo « creativa ». Ella es activa, comprometida, constructiva, porque no se limita a la interpretación de la redacción de una fuente jurídica (estatal); para él, el jurista nunca debe limitarse a ser « exégeta ». Pero no es « creativa », porque el jurista no crea el Derecho; pues, en opinión de Grossi, el Derecho se encuentra ya siempre ahí, está ya dado de antemano. Lo que hace la « interpretación » como « *invenzione* » es que « encuentra el derecho » (este es también el sentido del término alemán *Rechtsfindung*), lo cual significa leer correctamente la realidad, asir la realidad al traducirla en la lengua del derecho o lenguaje jurídico. Para Grossi — en total consonancia con Santi Romano —, la norma que los juristas formulan es así una expresión del orden existente. Existe una primacía ontológica del orden sobre la norma ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ Cf. p. ej. MÖLLERS, *Juristische Methodenlehre*, cit. supra y, desde la perspectiva de los tribunales constitucionales, en particular la visión de conjunto en A. VORBUHLE, *Karlsruhe unlimited? Zu den (unsichtbaren) Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, en ID., *Europa, Demokratie, Verfassungsgerichte*, Frankfurt, Suhrkamp, 2021, pp. 314-333; sobre las reglas de decisión, los patrones de argumentación, las figuras jurídicas que abren y limitan el ámbito de aplicación, también ID., *Kommentar zu Art. 93 GG.*, en *Kommentar GG*, ed. H. von Mangoldt, F. Klein, C. Starck, München, C.H. Beck, 2018⁷, p. III, párr. 37 y ss.

⁽¹⁸⁾ GROSSI, *L'invenzione*, cit.

⁽¹⁹⁾ Cf. P. GROSSI, *Santi Romano: un mensaje para reflexionar en la moderna crisis de las fuentes*, en ID., *De la codificación a la globalización del derecho*, cit., pp. 219-240, p. 227: « Ordenamiento más que norma; ordenamiento antes que norma. No estamos frente a un banal cambio léxico; estamos, por el contrario, frente al resultado de

2.2. Ordenamiento y tradición.

Es precisamente esta idea de ordenamiento, como explica Grossi en varias ocasiones, la que subyace también a la propia Constitución italiana de 1948: en una ruptura revolucionaria con la tradición estatista-legalista, los padres de la constitución habrían « recogido » y puesto en palabras lo que habrían encontrado en la sociedad, a saber, condensadas sustratos valorativos (*sostrato valoriale*) que ahora podían expresarse libremente tras la experiencia de la dictadura ⁽²⁰⁾. El texto constitucional se había limitado a recoger el resultado de esta observación y darle expresión en el lenguaje. El conjunto de valores (*complesso dei valori*) habría sido « transformado en principios por las sabias manos de los *Padres* y habría tomado la forma de 139 artículos » ⁽²¹⁾. Ellos habían tendido el puente hacia la vida, las necesidades de las personas y sus valores a partir de la experiencia de la injusticia, firmando el compromiso con la humanidad y la dignidad de la persona en la constitución ⁽²²⁾.

Estas formulaciones de Grossi se aproximan mucho a lo que en su conferencia de Fráncfort del 2013 denominó « tradición », de un modo que allí se acentúa la dimensión histórica. Según Grossi, en la tradición constitucional se « entretejen de tal manera experiencias tan profundamente arraigadas y realmente vividas, que ellas se funden con la historia de un pueblo, y deben ser consideradas como un tesoro de valores del que emerge un fondo de principios y — en últimas — de derechos fundamentales » ⁽²³⁾. Esta idea también la

la opción fundamental de cambiar de ángulo de observación, de contemplar el derecho desde el mismo tejido donde se genera, arraiga y se consolida, antes que desde una cima donde el objeto, demasiado lejano, viene desenfocado y falseado ».

⁽²⁰⁾ Cf. GROSSI, *L'invenzione*, cit., p. 39 y ss.

⁽²¹⁾ P. GROSSI, *Della interpretazione come invenzione (La riscoperta posmoderna del ruolo inventivo della interpretazione)*, en « Quaderni fiorentini », XLVII (2018), pp. 10-19, p. 16. Grossi describe la actividad así: « ma ricercando e reperendo, indi leggendo e trascrivendo in un testo destinato a consolidare il risultato di questa lettura » [cursiva en el original].

⁽²²⁾ Por ejemplo, P. GROSSI, *La legalidad constitucional en la historia de la legalidad moderna y posmoderna*, en *Código. Dimensão histórica e desafio contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor Paolo Grossi*, ed. J. Martins-Costa, L. Beck Varela, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 2013, pp. 31-47, p. 40 y ss.

⁽²³⁾ GROSSI, *Die Botschaft*, cit., pp. 262-263.

formula con referencia a la doctrina de la interpretación en una conferencia sobre el *Sistema moderno delle fonti del diritto*, pronunciada en la *Scuola Superiore della Magistratura* en septiembre de 2021, pocos meses antes de su muerte. Allí subraya que la Constitución no se agota en el texto escrito, sino que los artículos de la Constitución son sólo la cima visible de un « continente en gran parte sumergido », que los autores de la Constitución habrían incorporado a un texto que surgió en circunstancias históricamente contingentes ⁽²⁴⁾.

Tal concepción del Derecho tiene consecuencias para la interpretación jurídica: para Grossi, en gran medida la Constitución de la República Italiana no se encuentra asentada sólo en el texto escrito. Más bien, la constitución está representada por un complejo de valores (*complesso valoriale*). Este complejo de valores no es en absoluto históricamente estable, fosilizado, cristalizado, sino que, por el contrario, puede cambiar: así como cambian los hábitos y las costumbres, también lo hace el *complesso valoriale*; pues este está *connesso al lento itinerario del costume*. Es precisamente en función de la traducción de esta experiencia de la comunidad en continuo cambio que Grossi considera a los juristas como expertos, ya sea en la práctica como jueces o también como especialistas en ciencias jurídicas: ellos no deben actuar como exégetas pasivos, sino como *inventori-interpreti*. Tienen que elaborar las normas a partir de la constitución realmente vivida, es decir, del ordenamiento ⁽²⁵⁾.

2.3. *Institucionalismo y teoría interpretativa.*

El propio Grossi nunca dejó de reconocer que su concepción del derecho, de las fuentes jurídicas y de la interpretación está decisivamente influida por pensadores como Santi Romano, Francesco Calasso y otros juristas de la primera mitad del siglo XX ⁽²⁶⁾.

⁽²⁴⁾ GROSSI, *Sistema moderno*, cit., pp. 171-172.

⁽²⁵⁾ *Ibid.*, p. 172.

⁽²⁶⁾ Grossi repetidamente subrayó hasta qué punto está influido por las obras de Santi Romano (especialmente sobre la idea de orden de 1918), Emilio Betti (especialmente sobre hermenéutica de 1927), Giuseppe Capograssi (especialmente sobre *esperienza* de 1937) y Francesco Calasso (especialmente sobre el método histórico-jurídico de 1947). Él citó repetidamente a estos autores como referencias autorizadas en

Así pues, la crítica de Romano a la modernidad y a su monismo de las fuentes jurídicas le parecía de « excepcional relevancia para el jurista de hoy », aún a principios del siglo XXI ⁽²⁷⁾. Considerando la proximidad del institucionalismo de Santi Romano y de Carl Schmitt y con vistas a su propio pensamiento del ordenamiento, no sorprende que Grossi también se refiera explícitamente al concepto de constitución de Schmitt y Brunner ⁽²⁸⁾.

Naturalmente, la referencia a Schmitt y Brunner le plantea al lector (sobre todo al lector alemán) una serie de preguntas, ya que el pensamiento institucionalista de Schmitt y Brunner — su *Konkretes Ordnungsdenken* — se ha entrelazado en la historia alemana de manera fatal con el nacionalsocialismo ⁽²⁹⁾. El aspecto problemático de tal referencia no es tanto el triste y escalofriante papel histórico de Carl Schmitt o de Otto Brunner en la época del nacionalsocialismo. Más grave aún es el hecho de que el nacionalsocialismo puso de manifiesto la apertura estructural de la doctrina interpretativa del pensamiento del ordenamiento institucional a valoraciones extralegales, por ende, la consiguiente manipulabilidad del derecho y el

momentos clave de su obra y hasta sus últimas conferencias, cf. los testimonios autobiográficos, p. ej. GROSSI, *Ein Buch*, cit.; ID., *Historiador del Derecho y jurista*, en « Journal of European Private Law », XXVIII (2020), pp. 95-106. En lo que probablemente fue una de sus últimas conferencias en septiembre de 2021, Grossi se refiere explícitamente a *L'ordinamento giuridico* de Santi Romano de 1918, que había sido fundamental para él desde sus días de estudiante, GROSSI, *Sistema moderno*, cit., p. 155. En la década de 1990, el método histórico hermenéutico le pareció que había sido « perfectamente definido » en la conferencia inaugural de Emilio Betti en Milán de 1927, ID., *Ein Recht ohne Staat. Der Autonomiebegriff als Grundlage der mittelalterlichen Rechtsverfassung*, in *Staat, Politik, Verwaltung in Europa. Gedächtnisschrift für Roman Schnur*, ed. R. Morsey, H. Quaritsch, H. Siedentopf, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, pp. 19-30, cita en p. 19.

⁽²⁷⁾ GROSSI, *Santi Romano*, cit., p. 220.

⁽²⁸⁾ GROSSI, *Derecho, sociedad*, cit., p. 17.

⁽²⁹⁾ Véase J. CHRÖDER, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1990)*, Munich, C.H. Beck, 2021³, vol. II, p. 42-48, sobre el pensamiento concreto sobre el orden como teoría del descubrimiento científico del derecho con más referencias; sobre Brunner, la nueva historia constitucional y la conexión entre historia constitucional y política jurídica en Brunner y Schmitt, ver el estudio detallado de E. GROTHE, *Zwischen Geschichte und Recht. Deutsche Verfassungsgeschichtsschreibung 1900-1970*, München, R. Oldenbourg Verlag, 2005, pp. 297-309.

resultante debilitamiento de las garantías del Estado de derecho. En una publicación pionera sobre el método jurídico durante el nacionalsocialismo, Bernd Rüter analizó ya en 1967 de forma perspicaz los peligros de una doctrina interpretativa basada en el pensamiento normativo concreto, y el pensamiento institucionalista que está detrás de ella. Él reconstruyó la «interpretación ilimitada» (*Die unbegrenzte Auslegung*) en el pensamiento jurídico institucional, describiéndola como un tipo de «arma milagrosa» ⁽³⁰⁾ para el desarrollo ulterior del derecho: ser y deber (*Sein und Sollen*) coinciden «de un modo metodológicamente inexplicable, con la consecuencia de que determinadas exigencias normativas se derivan de la realidad institucionalmente interpretada como jurídicamente vinculante» ⁽³¹⁾. El concepto de institución jurídica superpositiva es así «un concepto complejo, ideológicamente saturado que, según la mezcla de sus diversas características, ha disuelto la diferenciación entre sociología, historia, jurisprudencia y metafísica» ⁽³²⁾.

Grossi estaba sin duda familiarizado con este debate, entre otras cosas por su relación con Franz Wieacker, a quien dedicó una perspicaz necrológica ⁽³³⁾. Fué él mismo quien también instó varias veces a Wieacker a hacer una revisión crítica de su libro sobre la propiedad (*Eigentumsverfassung*) — escrito en el espíritu del pensamiento del orden concreto y publicado en 1935 —, lo que en efecto cristalizó en la contribución de Wieacker publicada en los *Quaderni fiorentini* en 1977 ⁽³⁴⁾. Aunque los casos alemán e italiano no son comparables por muchas razones, y Santi Romano no era Carl Schmitt; y si bien debe leerse a Grossi teniendo como trasfondo la historia contemporánea italiana y su experiencia, la experiencia histórica alemana obliga a preguntarse si el pensamiento jurídico

⁽³⁰⁾ La expresión alemana «*Wunderwaffe*» no es en absoluto inocente, debido al uso que hicieron de ella los nacionalsocialistas, precisamente cuando esperaban terminar la guerra acudiendo a una nueva generación de armas de destrucción masiva.

⁽³¹⁾ B. RÜTERS, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Heidelberg, Müller, 1997⁵, p. 291.

⁽³²⁾ *Ibid.*, pp. 277-323, cita 293.

⁽³³⁾ P. GROSSI, *Un grande giurista del nostro tempo. Franz Wieacker (1908-1994)*, en ID., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2014, vol. I, pp. 339-361.

⁽³⁴⁾ F. WIEACKER, *Wandlungen der Eigentumsverfassung revisited*, en «*Quaderni fiorentini*», 5/6 (1973/74), pp. 841-859.

institucional italiano no tiene que enfrentarse también a las mismas objeciones. ¿No se difuminan asimismo en este pensamiento — y por tanto también en Grossi — las «fronteras entre sociología, historia, jurisprudencia y metafísica»?

3. *¿Tipología o teoría?*

Quizá la mejor manera de llegar a una respuesta a esta pregunta sea analizar el estatus ontológico que el propio Grossi concedía a sus afirmaciones. ¿Estaba elaborando tipos históricos en el sentido weberiano, es decir aspiraba a una sociología histórica no-normativa — o acaso tenía en la mira una teoría histórica del derecho que sirviera para deducir conclusiones normativas del trabajo histórico?

A primera vista, en efecto, Grossi parece limitarse a formar tipos históricos (*Typen*) y a relacionarlos entre sí. Como lo subrayó en su conferencia de Frankfurt, los resultados de la investigación histórico-jurídica deberían situarse «en una relación dialéctica» con el presente, «con el *único objetivo* de hacerla más compleja, enriquecerla y llevarla a una mayor madurez»⁽³⁵⁾. Su esfuerzo por alcanzar una tipología queda también claramente expuesto en una de sus más destacadas contribuciones, *Un diritto senza Stato (la nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)*⁽³⁶⁾, que él mismo califica de fundamental. Aquí, es precisamente la relación entre derecho y Estado la que le sirve para caracterizar las distintas épocas: en la edad moderna, el Estado antecede al Derecho, mientras que en la constitución medieval el Derecho mantenía una prioridad ontológica e histórica: «Primero fue el Derecho»⁽³⁷⁾.

Tal yuxtaposición de diferentes tipos de derecho en la Edad Media, en la modernidad y en la postmodernidad, sin embargo, no significa que estos tipos sean de igual rango para Grossi. Por el contrario: al igual que Calasso, Grossi no ve en el derecho medieval un tipo cualquiera. Más bien, es precisamente en el tipo de derecho

⁽³⁵⁾ GROSSI, *Die Botschaft*, cit., p. 257. [Cursiva de TD].

⁽³⁶⁾ GROSSI, *Ein Recht*, cit.; versión española en ID., *Derecho, sociedad*, cit.

⁽³⁷⁾ GROSSI, *Ein Recht*, cit., p. 24.

medieval donde cristaliza más claramente la idea de Grossi del derecho como un todo. Esto no sólo es evidente en la fascinación con la que Grossi describe el *ordine* medieval. También se hace evidente en su crítica a la modernidad, que está atravesada por un contraste con aquella imagen ideal del derecho que se encuentra en la constitución medieval del derecho. El derecho de la modernidad le parece un reduccionismo y una forma de decadencia; para él, este no era « el derecho », sino sólo una pequeña parte de lo que es « el derecho ». Su teoría general de la interpretación — que aspira a tener validez tanto para el ayer como para el hoy y mañana, como lo indica el subtítulo de su conferencia de Frankfurt ⁽³⁸⁾ — también se basa en un modelo derivado del análisis histórico-jurídico. No obstante, el diagnóstico parece adquirir una validez universal. La teoría de la interpretación de Grossi, basada en la historia jurídica y aplicada en última instancia a distintas épocas, es en este sentido un caso clásico de formación de teoría histórica jurídica ⁽³⁹⁾.

Tal intento de alcanzar conclusiones normativas a partir del pasado, en medio de la oscilación entre « tipo histórico » y teoría, tiene una larga tradición en la historia del derecho como disciplina. Como es bien sabido, ya la escuela histórica del derecho decimonónica, refundadora de la disciplina moderna de la historia del derecho, se esforzaba por inferir instituciones a partir de un análisis histórico. Muchos historiadores del derecho de finales del siglo XIX y del siglo XX asociaron su trabajo histórico con la esperanza de obtener una visión de las estructuras duraderas — basta con pensar en Otto von Gierke, influyente para Santi Romano ⁽⁴⁰⁾, o también en otros historiadores del derecho aún de la segunda mitad del siglo XX ⁽⁴¹⁾. Grossi también había conocido la conexión explícita entre,

⁽³⁸⁾ GROSSI, *Die Botschaft*, cit.

⁽³⁹⁾ Cf. también el análisis de M. LUMINATI, *Eine Rechtstheorie für das Mittelalter?*, en « Rechtsgeschichte — Legal History », XVII (2010), pp. 50-53.

⁽⁴⁰⁾ M. FUCHS, *Die Allgemeine Rechtstheorie Santi Romanos*, Berlin, Duncker & Humblot, 1979, p. 117 y ss.

⁽⁴¹⁾ Por ejemplo Helmut Coing, cf. T. DUVE, *Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive*, en « Rechtsgeschichte-Legal History », XX (2012), pp. 18-71, especialmente pp. 43-45; o Peter Landau, cf. T. DUVE, *„Prüft aber alles, und das Gute behaltet“. Methode, Methodik und Motivation der Rechtsgeschichte Peter Landaus*, in *Rechtsgeschichte, Kirchenrecht*,

por un lado, tipos históricos y, por otro, el intento de derivar conclusiones normativas en los juristas a los que consideraba sus maestros y por los que profesaba una especial fascinación; como señala el propio Grossi, Francesco Calasso había « hecho de la construcción de Romano el esquema interpretativo de todo el sistema jurídico de la Edad Media »⁽⁴²⁾, y Santi Romano había estado convencido de que en la Edad Media italiana su teoría del derecho como orden y pluralidad « había alcanzado su realización más plena »⁽⁴³⁾. En el análisis teórico de Romano y la apropiación de Calasso para su análisis histórico, Grossi vio incluso un momento único de combinación de análisis teórico e histórico, como lo destaca en la parte introductoria de su *L'ordine giuridico medievale*⁽⁴⁴⁾.

4. *Historia del derecho más allá de la modernidad.*

¿Hay que compartir, entonces, la ontología de Grossi, para usar su metodología? ¿Hay que comprometerse con el pensamiento de Carl Schmitt, el concepto de constitución de Otto Brunner o el institucionalismo de Santi Romano para relacionarse con la obra de Grossi, hoy día? — No creo que ello sea necesario. Porque incluso una historiografía que se considere constructivista puede hacer fructíferas las teorías — sean ellas metafísicas o no —, si las utiliza como esquemas interpretativos. De esta forma, las teorías se convierten en métodos: quien mira a través del lente del institucionalismo, por ejemplo, ve ciertas estructuras que de otro modo no habría observado. Ahora bien, el precio de este uso de la teoría como método es que las propias afirmaciones tienen un status de validez menor, ya que los resultados de una observación construc-

Rechtsphilosophie. Zum Werk Peter Landaus, ed. S. Lepsius, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 11-27.

⁽⁴²⁾ GROSSI, *Ein Recht*, cit., p. 26.

⁽⁴³⁾ GROSSI, *Ein Buch*, cit., p. 216.

⁽⁴⁴⁾ GROSSI, *El orden*, cit., p. 54: « fue un momento singular de sintonía — aún diré más: de colaboración — entre análisis teórico y análisis histórico, demostrando lo fructífero de una ciencia jurídica concebida unitariamente sin descomposiciones anti-naturales entre 'historia' y 'dogma', como desgraciadamente se decía durante un tiempo ».

tivista no pretenden ofrecer una orientación normativa. Sin embargo, lo que con ello se gana es una mayor complejidad del análisis.

4.1. *Una alternativa a la historia del derecho basado en los parámetros de la modernidad.*

En este sentido, uno de los grandes méritos de Grossi consiste en haber abierto, en su trabajo sobre la historia jurídica de la Edad Media europea y partiendo del pensamiento jurídico institucional, un campo de posibilidades para lo que puede llamarse una « historia del derecho más allá de la modernidad ».

Este « más allá » no significa una historia del derecho de la posmodernidad o del siglo XXI, sino una historia del derecho que se emancipa de los métodos, conceptos fundamentales y prácticas intelectuales que le dieron forma a esta historiografía en los siglos XIX y XX, es decir, en la modernidad ⁽⁴⁵⁾. Pues la historia del derecho como disciplina es hija de la modernidad: al menos desde su reorientación formativa por parte de la Escuela Histórica del Derecho, ella pretendía poner la experiencia histórica al servicio de la formación de un derecho de la modernidad; al menos en la Europa continental, ella se mantuvo firme en este objetivo, incluso después de que las ciencias jurídicas se emanciparan del paradigma histórico. Su concepto del derecho orientado en última instancia hacia el Estado occidental de la modernidad; las teorías de la modernización, la racionalización y la secularización que allí operan abierta o subliminalmente; y la amplia exclusión de la religión y la ética de la historiografía del derecho; estas son sólo algunas de las características de esta historiografía jurídica que surgió en la modernidad y fue configurada por ella.

La incomodidad de Grossi con la modernidad jurídica le llevó precisamente a analizar un mundo que es manifiestamente distinto. Su análisis del pluralismo jurídico, la importancia de los colectivos, su valoración de la experiencia jurídica y de la práctica como una

⁽⁴⁵⁾ Cf. más en detalle, T. DUVE, *Rechtsgeschichte als Geschichte von Normativitätswissen*, en « Rechtsgeschichte — Legal History », XXIX (2021), pp. 41-68; versión española, ID., *Historia del derecho como historia del saber normativo*, en « Revista de Historia del Derecho », LXIII (2022), pp. 1-60.

fuerza del derecho — en otras palabras, su ojo puesto en el pensamiento jurídico institucional y las fuentes históricas — le ofrece a la historia del derecho instrumentos que le permiten analizar también otras épocas y regiones: esto es, más allá de los conceptos fundamentales, los métodos y las cuestiones relativas a la práctica de la investigación histórico-jurídica formada en la modernidad. También la propia modernidad europea puede aparecer bajo otra luz, si la observamos desde esta perspectiva. Grossi mismo pudo demostrarlo en sus escritos sobre el siglo XIX: la producción colectiva de derecho, el derecho no estatal y aquellas normatividades distintas de las establecidas por el Estado, se han hecho más visibles en las últimas décadas, entre otras cosas, gracias a la influencia intelectual de Grossi, provocando así cambios significativos en nuestra imagen de las historias jurídicas de la modernidad. Esto es especialmente notorio en el caso de las historias del derecho en Italia, pero también en España — basta con pensar en la obra de Bartolomé Clavero o en las investigaciones del grupo HICOES —, en Portugal — especialmente en la obra de Antonio Manuel Hespanha y su escuela — y en algunos países latinoamericanos como en Argentina, Brasil o México. Otro campo no menos importante, donde la perspectiva institucionalista — entendida y aplicada como método — puede ser de enorme trascendencia, es aquel de la historia del derecho en perspectiva global. Esta necesita desarrollar instrumentos y emplear un lenguaje técnico no-eurocéntrico, en otras palabras: ella debe poder escribirse como una historia del derecho más allá de los parámetros de la modernidad (occidental, europea) jurídica ⁽⁴⁶⁾.

4.2. *El Derecho como práctica social.*

El pensamiento jurídico de Grossi — basado en fundamentos que, en última instancia, se remontan a un siglo atrás — coincide de manera impresionante con tendencias más recientes de la jurisprudencia inspirada en las ciencias sociales y culturales; y ello, no sólo en Italia donde (a diferencia de Alemania, por ejemplo) el pensa-

⁽⁴⁶⁾ Cf. T. DUVE, *What is global legal history?*, en « Comparative Legal History », XIII (2020), 2, pp. 73-115.

miento jurídico institucional nunca llegó realmente a desaparecer⁽⁴⁷⁾. Pues cuando Grossi concibe el derecho como práctica social e institucional, situando los hábitos y el poder normativo de lo fáctico en el centro de su teoría de la formación del derecho, a la vez se ponen en evidencia importantes paralelismos con aquellas teorías pragmáticas del derecho que hoy en día se discuten⁽⁴⁸⁾. También en estas nuevas teorías, el derecho se entiende cada vez más como el resultado de una práctica social vinculada a su medialidad y que se apoya en diversos tipos de saberes. Un componente esencial de estos saberes son las prácticas, es decir, las acciones repetidas y las rutinas aprobadas y que se esperan a partir de un determinado momento por parte de los respectivos colectivos o — para decirlo en el lenguaje actual — comunidades epistémicas, fenómeno al cual Grossi denomina hábitos o costumbres⁽⁴⁹⁾. Para las teorías pragmáticas del Derecho, el poder normativo de lo fáctico ha vuelto a ser también objeto de reflexión — como lo fuera ya para Grossi⁽⁵⁰⁾. Hoy en día se insiste también en que la necesidad de superar la separación tajante entre « derecho » y su « aplicación » — que fuera característica de la modernidad jurídica —, tal y como Grossi mismo reclamara en repetidas ocasiones⁽⁵¹⁾. También en estos debates se

(47) Cf. F. FONTANELLI, *Santi Romano and L'ordinamento giuridico: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations*, en « Transnational Legal Theory », II (2011), 1, pp. 67-117; M. CROCE, *Italian Legal Institutionalism*, en *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, ed. M. Sellers, S. Kirste, Dordrecht, Springer, 2020.

(48) *Neue Theorien des Rechts*, ed. S. Buckel, R. Christensen, A. Fischer-Lescano, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020³.

(49) GROSSI, *Ein Buch*, cit., p. 218: « Lo que cuenta son las costumbres jurídicas, es decir, los hechos temporalmente repetidos y reconocidos, expresión directa de las cosas mismas que reclaman para sí ciertas reglas ».

(50) GROSSI, *El orden*, cit., p. 75: « En un mundo tan privado de revestimientos forzados, el Derecho se distingue por su decisiva 'factualidad': lo que no quiere decir que nazca del hecho (esto sería una banalísima observación), sino sobre todo que el hecho mismo tiene aquí una carga lo suficientemente vital para poder proponerse, sin el concurso de intervenciones extrañas, sino con la única condición de mostrarse dotado de eficacia, como un hecho auténticamente normativo, revelando la innata capacidad de ser protagonista per se de los distintos ordenamientos, donde llega a ser fuente en sentido formal ».

(51) GROSSI, *Santi Romano*, cit., p. 228: « Y la interpretación/aplicación venía situada fuera del proceso de formación de la *regula iuris*, como si fuese un mero apéndice

busca volver a tender puentes entre el ‘ser’ y el ‘deber ser’; algunos de estos autores lo hacen sobre todo recurriendo a la noción de la experiencia (*Erfahrung*) como factor de generación de normas ⁽⁵²⁾.

Hasta el día de hoy, sólo en contadas ocasiones estas discusiones en el ámbito de la teoría del derecho han llegado a traducirse en directrices metodológicas para la historia del derecho. En este sentido, aun si se desiste del paso del ‘ser’ al ‘deber ser’ o si se considera que algunos aspectos de su obra (como el papel destacado de los juristas en su historia del derecho) siguen estando en última instancia enraizados en la historia jurídica de la modernidad ⁽⁵³⁾, la obra de Grossi seguirá siendo pionera y arrojando nuevas luces para el futuro de la disciplina.

pasivo, mientras se resaltaba la entidad numinosa de un legislador absolutizado al nivel de una divinidad ».

⁽⁵²⁾ *Genesis und Geltung. Historische Erfahrung und Normenbegründung in Moral und Recht*, ed. T. Gutmann, S. Laukötter, A. Pollmann, L. Siep, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018.

⁽⁵³⁾ Sobre el problema de la historia del derecho más allá de la modernidad, cf. DUVE, *Rechtsgeschichte als Geschichte*, cit.; versión española en ID., *Historia del derecho*, cit.

RICARDO MARCELO FONSECA

O FLORENTINO NO ALÉM MAR:
A 'TRADUÇÃO' DAS FERRAMENTAS DE PAOLO GROSSI
NUMA ORDEM JURÍDICA NÃO EUROPEIA

1. Introdução. — 2. A relação entre as diferentes tradições jurídicas. — 3. A 'tradução' de culturas jurídicas como ferramenta de análise. — 4. 'Pensamento jurídico' e 'absolutismo jurídico': as ferramentas de Paolo Grossi e as especificidades brasileiras. — 5. A 'tradução' brasileira de Paolo Grossi.

1. *Introdução.*

A iniciativa de recordar Paolo Grossi neste texto dá pretexto para muitas coisas. Antes de tudo, certamente, o de homenagear o mestre florentino, tão caro a mim e a tantos, ainda sob o forte peso de sua recente partida. Mas dá também o pretexto de dizer que Grossi é e foi o historiador do direito de língua estrangeira que mais impactou na historiografia jurídica brasileira. Como uma área de conhecimento que não tinha a tradição e o percurso que havia em tantos países europeus e latino-americanos, a disciplina da história do direito no Brasil consolidou-se ao longo das últimas décadas com uma evidente marca florentina: a presença de Grossi em nosso país, seu diálogo permanente e seu impacto (seu e de sua escola) deixam um sinal indelével no renascimento da área em nosso país.

Mas a ocasião, creio, também dá a oportunidade de levantar uma reflexão teoricamente pertinente e importante: a de avaliar como o impacto da influência teórica de Paolo Grossi pode ser medido num lugar tão diferente daquele onde ele foi gestado. Diferente não só por estar a um oceano de distância que separa a Itália do Brasil, mas sobretudo por ter referências histórico-culturais e de contexto que em tantos sentidos são tão distintas. Grossi, nascido nos anos 1930 do século passado, construiu sua reflexão histórico jurídica dialogando com autores como Giuseppe Capo-

grassi, Santi Romano e Francesco Calasso. Ele nasceu num lugar em que a reflexão e o passado medievais eram muito presentes — a tradição medievística na historiografia jurídica antes dele era hegemônica em seu país e da sua casa em Citille in Chianti, de onde saíram tantos de seus melhores livros, se podia ver a medieval Igreja de San Donato, construída e consagrada no século XI. Ele absorveu na sua formação e ao longo de todo o tempo de sua produção teórica uma rica e densa herança do pensamento jurídico italiano e europeu, à qual ele se dedicou e com a qual buscou dialogar com tanto talento. Grossi, em suma, em todos os sentidos era um europeu típico (e a dimensão *européia* de sua tradição jurídica foi sublinhada tantas vezes por ele ⁽¹⁾), inevitavelmente imerso num contexto, num passado e em referências da sua formação e de seu próprio entorno.

Mas apesar dessa dimensão profundamente *européia* de Paolo Grossi, ele também trazia consigo algumas dualidades. De um lado, embora europeu, ele também era profundamente ligado à sua cidade, ao seu campo: Grossi era antes de tudo um *florentino* — e isso com toda aquela força que impressiona um brasileiro, a força da ênfase ao seu pertencimento local, à sua cidade ⁽²⁾. E essa dualidade, creio, não era conflitiva: Grossi amava o seu campo mas mirava para o seu continente, tinha os pés fincados na sua cidade e a cabeça voltada para uma dimensão cultural ampla do seu Velho Mundo. O periódico que ele fundou e dirigiu por trinta anos eram os *Quaderni Fiorentini*, mas ao mesmo tempo ele era poliglota e cosmopolita; ele sempre reafirmava seu pertencimento local e amava sua *fiorentinità* ⁽³⁾, mas também era completamente avesso a provincianismos.

⁽¹⁾ Como, emblematicamente, em Paolo GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma/Bari, Laterza, 2007, escrita para a coleção «Fare l'Europa», dirigida por Jacques Le Goff.

⁽²⁾ Aqui registro uma daquelas diferenças culturais que um brasileiro logo nota ao estabelecer contato com um italiano: ao ser perguntado de onde é, o pertencimento à sua cidade — 'sono fiorentino', 'sono maceratese', 'sono napoletano', 'sono spezzino', etc. — precede a qualquer outra forma de pertencimento, enfatizando essa forte dimensão local, que demarca, certamente, culturas e valores específicos que vêm antes das referências nacionais ou europeias.

⁽³⁾ Um livro que ele apreciava e que me presenteou em 2004, com uma dedicatória carinhosa, era o de Emilio CECCHI, *Fiorentinità e altri saggi*, Firenze, Sansoni, 1985.

Fernando Pessoa no *Livro do Desassossego*, diz que « Para o rústico, cujo campo próprio lhe é tudo, esse campo é um império. Para César, cujo império ainda lhe é pouco, esse império é um campo ». Pois Paolo Grossi (retirada uma impressão de ambição colonialista que pode emergir no papel de César deste poema de Pessoa) num certo sentido ao mesmo era rústico e também era César.

Mas há ainda uma segunda dualidade: de outro lado, como vou querer demonstrar neste texto, Paolo Grossi, embora essencialmente europeu e florentino, também era em certa medida brasileiro (e também um tanto mexicano, um pouco peruano, argentino, etc.). Quero dizer que aquilo que Paolo Grossi pensou em sua historiografia jurídica, embora tenha sido desenhado num ambiente estritamente europeu, italiano e florentino, também podia ter um alcance global, atingindo contextos muito diferentes, com histórias e tradições cheias de especificidades. Grossi não era impermeável, enfim, ao imenso colorido plural das tradições jurídicas não europeias, sendo capaz de com elas dialogar. Mais do que isso, de as enriquecer, nutrir, fortalecer. Ao menos — é o que pretendo demonstrar aqui — se tomo a realidade do Brasil.

Sei que esse debate hoje assume grandes proporções, que inclusive saem dos limites da disciplina teórica da história do direito. A relação entre culturas (inclusive uma relação que pode ser assimétrica e que pode ser de sobreposição e dominação) está no cerne de teorias culturais, como emblematicamente é o caso dos estudos pós-coloniais. E esses debates não são alheios aos problemas densos e cruciais que os juristas enfrentam sobre a apreciação que possamos fazer sobre a relação entre as teorias jurídicas no tempo e no espaço. O « central » e o « periférico », o « local » e o « universal » hoje estão em muitos sentidos em conflito, mas ao mesmo tempo embaralhados.

E é aqui — volto ao ponto — onde há a oportunidade de análise que provém desse momento em que Paolo Grossi é colocado no centro da nossa atenção: trata-se de questionar em que condições as « ferramentas » conceituais da sua historiografia jurídica possam ser « usadas » (lidas, adaptadas ou ‘traduzidas’) em experiências jurídicas diferentes daquelas em que tais ferramentas foram forjadas. Em outras palavras, a partir da premissa (que será esmiuçada logo a seguir) de que as diferentes tradições jurídicas no tempo e no espaço

são permanentemente apropriadas, a ideia é aqui analisar como algumas das principais categorias forjadas por esse historiador do direito exemplarmente florentino e europeu foram lidas, aplicadas e adaptadas — *traduzidas*, enfim — num contexto histórico e teórico tão diferente quanto o brasileiro. A intenção, no fundo, é contribuir para o debate de como este autor — mas qualquer autor, afinal — pode ser capaz de agregar para o diálogo num contexto global tão pleno de pluralidade e diversidade. Mas antes de analisar de modo específico o uso e a ‘tradução’ das categorias de Grossi num contexto alheio ao do seu autor, é necessário retomar um tanto o tema mais amplo das possibilidades de diálogo entre as culturas e, de modo mais específico, algumas ideias de como as teorias jurídicas podem ser objeto de ‘tradução’.

2. *A relação entre as diferentes tradições jurídicas.*

O debate sobre as relações entre as diferentes ‘tradições jurídicas’ no tempo e no espaço é muito antigo e continua central no debate contemporâneo ⁽⁴⁾. Alguns usos que são feitos hoje do chamado « direito comparado », por exemplo, são um subproduto destes esforços. A obra muito conhecida nesta linha é o livro de René David, lançado em 1964, « Os grandes sistemas do direito contemporâneo » ⁽⁵⁾, que tem como uma de suas principais característica justamente definir com a maior clareza possível quais são as « famílias jurídicas » do nosso tempo e como se dão as genealogias entre elas. Este modo de se observar as relações entre as diversas culturas jurídicas acaba implicando no uso de uma série de dualidades conceituais que servem para « encaixar » em quadrados definidos alguns moldes explicativos, tais como « centro » e « perife-

⁽⁴⁾ Eu busquei contribuir para este debate num texto que é mais completo dos argumentos que busco colocar aqui neste item: Ricardo Marcelo FONSECA, *Traditions, translations, betrayals: dialogues among legal cultures*, em « História do Direito: Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito », 1 (2020), pp. 351-362.

⁽⁵⁾ René DAVID, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, São Paulo, Martins Fontes, 1986.

ria », ou então, como diz Diego Lopez Medina ⁽⁶⁾ entre « locais de produção » e « locais de recepção » das teorias jurídicas. Essas dualidades nos levam, em nossas culturas jurídicas, a outras ferramentas que lhes são complementares e funcionam como suas decorrências naturais: aquelas que dividem as teorias europeias/norte americanas e as latino-americanas, respectivamente, em polos compreensivos como « origem » e « destino », « teoria original » e « teoria adaptada », « invenção » e « míimese », « produção de teorias jurídicas » e « assimilação de teorias jurídicas », e assim por diante. Esse modo de verificar as teorias jurídicas — com suas rígidas famílias, origens e genealogias — também faz com que a compreensão das culturas jurídicas se articule e se opere a partir de categorias como « influência » ⁽⁷⁾, recepção, transplante, etc.

Esse importante problema teórico deve ser enfrentado, segundo penso, evitando-se algumas usuais posições extremas, como entender que as culturas podem ser puramente « transferidas » de um lugar para outro, no tempo e no espaço, sem perdas ou modificações, ou então que as culturas locais se manifestam com autêntica « pureza » e originalidade, sendo infensas a quaisquer influências externas que, em alguns casos, são imediatamente identificadas como formas de colonização ou de dominação malvadas e nocivas. A questão, ao que me parece, deve sobretudo focar-se na maneira particular, muito específica e localizada como essas categorias e essas matrizes teóricas acabam sendo relidas e adaptadas num território estranho ao que foram gestadas e produzidas, levando-se em conta as circunstâncias inevitavelmente particulares, específicas e locais destes processos. E, quando estamos falando de diálogos entre *tradições jurídicas no tempo* — e também quando estamos falando de *categorias* teóricas produzidas para analisar contextos históricos diferentes — essa parece ser uma tarefa central a ser desempenhada justamente pelos historiadores do direito.

Nessa linha de discussão sobre a relação existente entre as diferentes « tradições » jurídicas, talvez valha a pena começar justa-

⁽⁶⁾ Diego LÓPEZ MEDINA, *Por que falar de uma “teoria impura do direito” para a América Latina?*, em « Cadernos do programa de pós-graduação Direito UFRGS », 11 (2016), 1, pp. 6 e 25.

⁽⁷⁾ *Ibid.*, p. 26.

mente a partir de algumas respostas (que, como se verá, parecem insuficientes para afrontar o problema) sobre o modo como as « tradições jurídicas » se relacionam ao longo da história. Os juristas conhecem algumas dessas fórmulas muito bem: a mais conhecida delas é a noção de « recepção », utilizada sobretudo para analisar a maneira como o legado do direito romano atuou em épocas históricas posteriores ao seu advento. Esse é um tema caro a todos os romanistas e também a historiadores do direito, tais como a investigação do modo como o rico passado do direito da Antiga Roma foi « recebido », seja na Idade Média (por glosadores, depois comentadores, etc.), seja na primeira modernidade (como no chamado Humanismo Jurídico, seja no caso do « *Usus Modernus Pandectarum* ») ou seja ainda na segunda modernidade (como no caso emblemático do historicismo de Savigny ou da pandectística alemã do século XIX). O direito romano, salvo algumas exceções honrosas, é apresentado como uma preciosidade histórica que a posteridade vai se apropriando e dele se aproveitando, « aplicando-o », na sua pureza conceitual, a contextos históricos diferentes. O direito romano é « recepcionado », resistindo ao desgaste da temporalidade pela sua genialidade intrínseca, que sobrevive aos séculos e se mostra como uma instância « a-histórica ». Mas é desnecessário dizer e apontar os elementos de anacronismo que contaminam uma crença teórica deste tipo. A ingenuidade teórica e a ausência de mediações metodológicas que estão na base desta ideia são de uma enorme obviedade aos olhos dos historiadores do direito.

Além da noção de « recepção », também teve certa repercussão a noção de « transplante »: no ano de 1974, o escocês Alan Watson buscou colocar uma contribuição conceitual nova a esse debate na primeira edição de seu livro *Legal transplants: an approach to comparative law* (que teve uma nova edição em 1993 ⁽⁸⁾), trazendo justamente a ideia de « transplante jurídico ». Nas suas palavras, « legal transplant is the moving of a rule or a system of law from one country to another, or from one people to another ». Ou seja, para ele, o « transplante jurídico » é uma forma natural de desenvolvimento dos sistemas jurídicos. Culturas jurídicas podem ser trans-

(8) Alan WATSON, *Legal transplants: an approach to comparative law*, Athens, University of Georgia Press, 1993².

plantadas de um sistema para outro, tanto do ponto de vista espacial (por exemplo, um país aderindo a sistemas de outro que seja seu contemporâneo) quanto do ponto de vista temporal (por exemplo, um país transplantando um sistema jurídico do passado). Essa ideia produziu um intenso debate. O professor francês da *Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*, Pierre Legrand, num texto de 1997 que tinha uma intenção deliberadamente polêmica (seu texto se intitulava « A impossibilidade dos transplantes jurídicos »⁽⁹⁾), contrapôs-se frontalmente as ideias de Watson, dizendo que elas acabavam por implicar em anacronismo e que não consideravam as complexas circunstâncias históricas que estavam em torno da aplicação de uma cultura jurídica — que não pode ser considerada como um mero conjunto de ideias que não tenha relações com o contexto no qual ele se insere. Para Legrand, Watson vê o direito como « um sistema proposicional de regras vazias ». E a relação entre os diversos sistemas jurídicos (seja no espaço ou seja no tempo) é complexa demais para que se possa conceber que eles sejam passíveis de « transplantes ».

Sendo essas respostas ('recepção' ou 'transplante') sobre as relações entre as « tradições » jurídicas são ultrapassadas ou insuficientes, qual outra via que poderia ser trilhada? Tenho uma hipótese: a de que a concepção de « tradução » pode ser valiosa para dar um passo adiante nesse debate e ser capaz de dotar o historiador do direito de ferramentas interessantes na interpretação deste complicado problema da relação entre as tradições jurídicas.

3. *A 'tradução' de culturas jurídicas como ferramenta de análise.*

O tema da « tradução » não é alheio ao léxico do historiador. Pietro Costa já disse uma vez que o historiador é, por excelência, um hermeneuta⁽¹⁰⁾. Pode-se fazer aqui uma variação e dizer também: o

(9) Pierre LEGRAND, *The impossibility of 'Legal Transplants'*, em « Maastricht Journal of European & Comparative Law », 4 (1997), pp. 111-124, traduzido para a língua portuguesa: *A impossibilidade de "transplantes jurídicos"*, em « Cadernos do programa de pós-graduação Direito/UFRGS », 9 (2014), 1, pp. 11-39.

(10) Pietro COSTA, *Soberania, representação, democracia: estudos de história do direito*, Curitiba, Juruá, 2009, p. 23 e ss.

historiador é, antes de tudo, um tradutor. Sua tarefa, ao final, é afrontar-se com velhas instituições, velhos conceitos, velhas teorias e atribuir-lhes um significado para os seus contemporâneos. É conseguir explicar num léxico atual aquilo que tinha outra semântica no seu tempo. É apropriar-se do que ocorreu no passado para, num procedimento complexo, buscar dar um sentido num tempo diferente. Como diz de maneira direta Peter Burke, « se o passado é um país estrangeiro, decorre que até mesmo o mais monoglota dos historiadores é um tradutor »⁽¹¹⁾.

Numa coletânea dedicada justamente ao tema da tradução cultural, este historiador inglês faz justamente esse paralelo entre a tarefas da compreensão do passado do historiador e a tarefa da tradução:

Independentemente de os tradutores seguirem a estratégia da domesticação ou da estrangeirização, e de entenderem bem ou mal o texto que estão vertendo para outra língua, a atividade de tradução necessariamente envolve tanto uma descontextualização como uma recontextualização. Algo é sempre « perdido na tradução ». Todavia, o exame detido do que se perdeu é uma das maneiras mais efetivas de identificar diferenças interculturais. Por essa razão, o estudo da tradução é ou deveria ser central para a prática da história cultural⁽¹²⁾.

A partir dessa intuição central (o paralelo entre o historiador e o tradutor), Burke toma como uma tarefa importante no âmbito da história cultural — onde ele se move — aquela de decodificar a maneira como cada cultura tenta interpretar uma outra. Como ele mesmo diz, o problema de pesquisa passa a ser examinar os « regimes » de tradução que existem em cada período em que uma cultura confronta uma outra, buscando nesse procedimento responder a seis grandes perguntas: Quem traduz? Com que intenção se traduz? O que se traduz? Para quem? De que maneira? Com que consequências?⁽¹³⁾ Essa premissa parece ser de fato fértil. Verificar o modo sempre peculiar e contextualizado como um tempo passado se

(11) Peter BURKE, R. Po-chia HSIA, *Tradução cultural nos primórdios da Europa moderna*, São Paulo, Ed. UNESP, 2009, p. 14.

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

(13) *Ibid.*, p. 17.

apropriada de outra tradição cultural, tentando entender os mecanismos e os interesses envolvidos nessa apropriação, é algo que tem um grande potencial de dizer algo sobre o nosso passado.

A partir daí pode-se então dizer que a ideia de tradução parece ser uma ferramenta útil para evitar aquelas já apontadas insuficiências que as noções de « recepção » ou « transplante » trazem consigo. E isso não passou despercebido para a historiografia do direito. Por exemplo, no âmbito do *Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie*, de Frankfurt, têm ocorrido inúmeras iniciativas, publicações e seminários precisamente em torno desse problema. Uma das mais eloquentes foi uma publicação de 2014 que trata da questão dos « entrelaçamentos » (« Entanglements ») culturais no âmbito jurídico ⁽¹⁴⁾.

E nessa linha parece ser válido prestar alguma atenção no que dizem alguns dos próprios teóricos da tradução, no âmbito da linguística e avaliar algumas das suas intuições sobre como se constroem pontes entre duas línguas, ou entre dois mundos culturais.

Uma das mais importantes reflexões sobre o problema da tradução foi feita por Georges Steiner, em obra publicada originalmente em 1975: *Depois de Babel* ⁽¹⁵⁾. Para o aspecto que aqui nos interessa, é importante frisar que ele, assim como o historiador Peter Burke, faz um paralelo entre a tarefa do tradutor e do historiador. Citando John Hexter, ele diz que este último, « Ao ler um documento histórico, ao conferir o processo narrativo na história previamente escrita, ao interpretar os atos de linguagem realizados no passado próximo ou remoto, ‘ele se percebe mais e mais se tornando um tradutor em sentido técnico’ » ⁽¹⁶⁾. Mais do que isso: problematizando o jogo da rememoração (tão afeto ao cultor do passado), desnudando a sua complexidade e se referindo ao clássico texto *Pierre Menard, o autor de Quixote* (1939, de Borges), diz: « qualquer ato genuíno de tradução é, pelo menos sob um ponto de vista, um

⁽¹⁴⁾ *Entanglements in Legal History: conceptual approaches*, Thomas Duve (org.), Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European legal history, 2014.

⁽¹⁵⁾ Georges STEINER, *Depois de Babel: questões de linguagem e tradução* (tradução: Carlos Alberto Faraco), Curitiba, Ed. UFPR, 2005.

⁽¹⁶⁾ *Ibid.*, p. 160.

cristalino disparate, um esforço para reverter para cima a escada rolante do tempo e reconstituir voluntariamente o que era um movimento contingente do espírito » (17). Afinal de contas (e aqui parece haver ecos da célebre frase de Benedetto Croce segundo a qual « toda história é história contemporânea »), Georges Steiner, ao falar da tradução, arremata que « Cada instante engendra o instante anterior. Qualquer que seja o tempo verbal usado, todo enunciado é um ato presente. A rememoração se dá sempre agora » (18). A problematização vai além da relação passado x presente e chega até a complexidade da própria comunicação: « entre línguas ou no interior de uma língua, a comunicação humana é igual à tradução. *Um estudo da tradução é um estudo da linguagem* », pois « O evento de Babel confirmou e externalizou a interminável tarefa do tradutor — ele não a iniciou » (19). Como se vê, para ele comunicar, em certa medida, é traduzir.

Já Umberto Eco, em seu livro dedicado à tradução (« *Dire quasi la stessa cosa* », de 2003), segue a mesma trilha: não trivializar a complexa transposição entre as línguas. Afinal, em suas palavras, « si già è detto, ed è idea ormai accettata, che una traduzione non riguarda solo un passaggio tra due lingue, ma tra due culture, o due enciclopedie » (20). Exatamente por isso o objetivo do livro é « cercare di capire come, pur sapendo che non si dice mai la stessa cosa, si possa dire quasi la stessa cosa. [...] Stabilire la flessibilità, l'estensione del quasi dipende di alcuni criteri che vanno negoziati preliminarmente. Dire quasi la stessa cosa è un procedimento che si pone, como vedremo, all'insegna della negoziazione » (21). E é esta a palavra que aqui gostaria de sublinhar: negociação: não existe tradução sem negociação, o diálogo entre línguas pressupõe negociação: « Tutte le pagine che precedono si sono poste all'insegna della negoziazione. Il traduttore deve negoziare con il fantasma di un autore sovente scomparso, con la presenza invadente del testo fonte,

(17) *Ibid.*, p. 98.

(18) *Ibid.*, pp. 159-160.

(19) *Ibid.*, p. 72.

(20) Umberto Eco, *Dire quasi la stessa cosa: esperienze di traduzione*, Milano, Bompiani, 2016⁶, p. 162.

(21) *Ibid.*, p. 10.

con l'immagine ancora indeterminata del lettore per cui sta traducendo (e che il traduttore deve produrre...) » (22)

Outra contribuição fecunda para o nosso tema vem de Cyril Aslanov, professor da Universidade Hebraica de Jerusalém, num pequeno livro chamado *A tradução como manipulação*, de 2015. Numa trilha similar à dos autores que foram citados há pouco, ele aponta que « entre o imperativo da fidelidade absoluta que caracteriza a tradução de textos religiosos ou jurídicos e a procura por efeitos retóricos e poéticos, tão frequentes nas traduções com fins comerciais ou publicitários, o tradutor oscila na interlíngua que constitui a terra de ninguém entre as duas línguas » (23). E prossegue: « Nesse espaço escabroso entre as línguas, o tradutor manipula não só o leitor, mas também o próprio texto. Ali aparece outra acepção do termo 'manipulação' além do sentido de 'engano'. Trata-se do uso dessa palavra num sentido se não positivo, ao menos não necessariamente negativo, que se encontra, por exemplo, nos termos 'farmácia de manipulação' ou, mais próximos de nossas categorias modernas, 'manipulação genética' » (24).

Em suma: as formas de tradução são necessariamente imbricadas com as ideias de « perda » (Steiner), em « negociação » (Eco) e « manipulação » (Aslanov). Podemos ir mais adiante e dizer que toda forma de tradução é, em algum sentido, uma forma de traição, como o conhecido adágio italiano (*traduttore/traditore*) sempre nos faz recordar. Ou, em outras palavras, ao se levar em conta como os diálogos culturais (ou a tradução entre culturas jurídicas ou categorias jurídicas no tempo) são inevitavelmente marcados pela « perda », pela descontextualização/recontextualização, pela « negociação » ou mesmo pela « manipulação », o historiador parece ter por obrigação voltar-se às efetivas condições históricas destas traduções culturais respondendo algumas indagações essenciais: quem faz a tradução? Por que? Como? Para quem? Com que consequências? Em outras palavras, deixando para trás as categorias como « recepção » e « transplante », estudar os « regimes de tradução »

(22) Ibid., p. 345.

(23) Cyril ASLANOV, *A tradução como manipulação*, São Paulo, Perspectiva/Casa Guilherme de Almeida, 2015, p. 14.

(24) Ibid., p. 14.

das diversas culturas jurídicas ao longo do tempo soa como uma tarefa instigante.

E aqui volto a Paolo Grossi: todas estas observações teóricas sobre o modo como as teorias jurídicas têm possibilidades de dialogarem, de cruzarem oceanos e de poderem ser *traduzidas* no tempo e no espaço leva à questão de como a reflexão do mestre florentino (melhor dizendo, algumas de suas categorias explicativas centrais) possam ou não serem capazes de ser aplicadas a contextos tão diferentes em termos globais, latino-americanos, etc. O exercício que será feito a seguir será o de explorar as condições de diálogos das ferramentas florentinas no contexto brasileiro.

4. *‘Pensamento jurídico’ e ‘absolutismo jurídico’: as ferramentas de Paolo Grossi e as especificidades brasileiras.*

Paolo Grossi nos legou muitas ferramentas e instrumentos de análise do passado jurídico. Desde suas incursões de juventude sobre o regime jurídico das abadias beneditinas, passando pelas reflexões em torno do tema da propriedade, seu olhar particular sobre a ordem jurídica medieval, sua crítica à modernidade jurídica (formalista, reducionista e plena de mitologias), a importância dada ao papel do jurista, o papel da historiografia jurídica na formação dos juristas, até a reflexão sobre as fontes do direito naquilo que ele chamava de ‘pós-modernidade’ do direito, verifica-se facilmente que a quantidade de conceitos e a riqueza de seu legado é de uma imensidão indiscutível. Explorar as potencialidades de diálogo cultural de cada ramo desta árvore frondosa com as referências latino-americanas seria tarefa para todo um volume, e ainda assim de dimensão excessivamente ambiciosa. Por isso, seleciono dois grandes ‘truncos’ dessa árvore que parecem estruturantes e representativos para poderem estabelecer a riqueza das potencialidades do diálogo de Grossi com outras culturas: primeiro, a sua noção de ‘pensamento jurídico’; segundo, suas reflexões críticas sobre a modernidade jurídica, seu reducionismo e seu formalismo, a partir da categoria ‘absolutismo jurídico’.

Penso ser o ‘pensamento jurídico’ um eixo central da reflexão grossiana. Não é um acaso justamente ele ter fundado os « Quaderni fiorentini per la storia del *pensiero giuridico* moderno » e de ter

criado o « Centro di studi per la storia del *pensiero giuridico* moderno » (hoje, rebatizado como « Centro di studi Paolo Grossi »). A sua opção metodológica em atentar à produção dos juristas como fonte de pesquisa (*il pensiero giuridico*) e definir o significado e os contornos dessa opção, com todas as implicações que daí decorrem, é central em sua obra do início ao fim. A escolha por esta opção, que iria a seguir endereçar a resultados diferentes daqueles produzidos com o que ele então se defrontava como sendo a chamada história institucional, parece clara. Ao mesmo tempo, não foi uma trilha despida de uma certa ousadia, já que em particular nos anos 1960 e 1970, quando havia uma presença forte de uma certa leitura do marxismo na academia italiana, falar da centralidade do ‘pensamento jurídico’ (e não das estruturas econômicas, da « infra-estrutura ») significava necessariamente entrar num terreno de permanente polêmica⁽²⁵⁾. Mas era de fato importante a Grossi ressaltar a especificidade e a espessura do direito no passado, seu papel ativo (e não passivo ou subordinado) nas estruturas históricas em geral. Num texto dos anos 1980 escrito para o *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* organizado por André-Jean Arnaud e que foi depois publicado no volume 17 dos « Quaderni fiorentini », em 1988, Paolo Grossi dizia com todas as letras que

la dimensione giuridica è una dimensione autonoma della realtà, perché il ‘giuridico’ è un valore tipico e specifico di questa, [e que, como tal] il ‘giuridico’ non è soltanto un meccanismo organizzativo della realtà, ma è pensato, costruito, a un livello meno immiserente; è anzi espressivo non già della quotidianità ma di radicazione pro-

(25) Eu me refiro aqui, claro, a uma certa leitura do marxismo (que em alguns momentos descambou em ‘determinismo histórico’ e em ‘economicismo’) que julgava que todas as esferas de pensamento tais como a ciência, as artes, a cultura e até o direito (enquanto componentes das esferas da « super-estrutura ») eram meramente passivas e determinadas pelas bases econômicas, que compunham a « infra-estrutura » que seriam, essas sim, os motores exclusivos primários da história. Essa leitura excessivamente mecânica, aliás, teve também muito sucesso no Brasil. Não pretendo aqui discutir o tema, mas apenas adiantar que entendo que a própria leitura das assim chamadas « obras históricas » de Marx (como o « 18 Brumário de Luís Bonaparte », « A guerra civil na França » e « As lutas de classe na França ») desmentem qualquer mecanicismo ou esquematismo diante da complexidade histórica.

fonde, essendo legato ai valori essenziali d'una società; è insomma esso stesso civiltà vivente d'una comunità storica.

É por isso que a dimensão jurídica, não sendo meramente dimensão técnica, pode adquirir « quel più alto grado di comprensione che i filosofi chiamano pensiero » e, por isso o 'jurídico' pode, « diventare esso stesso pensiero con un volto connotato di intensa tipicità » (26).

A ferramenta do 'pensamento jurídico', enfim, lhe era essencial nesse sentido: é uma chave inclusive para decifrar a anatomia e a fisiologia do jurista, por detrás de uma pele que podia deixar os mecanismos internos um tanto opacos.

De modo muito exemplar pode-se ler isso em seu livro do ano 2000, *Scienza giuridica italiana: un profilo storico (1860-1950)*, quando ele já declara na introdução que entrar no laboratório do jurista e observar sem pressa e com atenção à sua mesa de trabalho é o único procedimento « autenticamente storicistico, cioè capace di conseguire la reale collocazione della riflessione giuridica nel grembo storico che l'ha generata e motivata. Come ho detto altre volte come parecchia convinzione, il sapere tecnico è una sorta di sapere confessorio per i giuristi, è cioè espressivo al massimo grado di cultura, ideologie, idealità dei giuristi stessi. In altre parole, la strumentazione tecnica — se saputa leggere — rivela con incredibile puntualità tutto ciò che sta dietro il giurista e i suoi attrezzi » (27). Por isso que falar de pensamento jurídico significa « credere che il livello del diritto non è quello né della mera esecuzione passiva di forze inerenti ad altre dimensioni, né quello del discorso semplicemente tecnico », mas é algo que « è espressione fedele di una

(26) Paolo GROSSI, *Pensiero giuridico (appunti per una 'voce' enciclopedica)*, em « Quaderni fiorentini », 17 (1988), pp. 263-264. Não foi um acaso que Paolo me sugeriu que esse texto compusesse uma coletânea de textos seus para publicação em língua portuguesa (a primeira publicada no Brasil) que organizei no ano de 2006, que está no livro Paolo GROSSI, *A história da propriedade e outros ensaios*, trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo M. Fonseca, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 139-146.

(27) Paolo GROSSI, *Scienza giuridica italiana: un profilo storico (1860-1950)*, Milano, Giuffrè, 2000, p. XVI.

civiltà », « è qualcosa di più e di qualitativamente diverso, è la scienza che si innalza a percezione dell'universale » (28).

Realmente não é um acaso que encontremos em toda a sua produção a dissecação do trabalho dos juristas, com todos os significados e desdobramentos importantes que daí decorrem. Não foi sem certo orgulho e com um significado claro e eloquente que ele organizou em 2008 o volume *Nobiltà del diritto: profili di giuristi*, que teve uma espécie de continuação em 2014 com a publicação de *Nobiltà del diritto: profili di giuristi II* (29), com um rol de juristas que ele define logo na introdução do primeiro dos volumes como aqueles que concorreram « al prestigio della scienza giuridica nella costellazione culturale moderna e contemporanea » (p. VI), os quais são « costruttori di pensiero e, in quanto tali, a degli autentici costruttori di storia » (p. XI).

Mas aqui vai um detalhe que parece importante: deste imenso rol de juristas todos são europeus (a maioria imensa deles, italianos). Não vai aqui nenhuma censura a este fato. Sabe-se bem qual era o material de pesquisas de Grossi, suas fontes e sua teias de interesses. O recorte era coerente com sua pesquisa, bem como era similar àquele feito por tantos outros historiadores do direito europeus muito prestigiados no Brasil (como António Hespanha e Carlos Petit, para ficar apenas em dois dos principais nomes). Não se pode negar inclusive, obviamente, a precedência cronológica, a profundidade e densidade de tantos desses juristas analisados por Grossi (sobretudo me refiro aos que vão até os inícios do século XX) frente a tantos juristas latino-americanos, que muitas vezes inclusive tentavam emulá-los. Aqui não se está acionando nenhuma patrulha anticolonial de censura aos que voltam a sua atenção ao patrimônio da cultura europeia. O que se pretende ao observar que o conjunto de referências que foram pesquisadas (que contribuíram ao « prestígio da ciência jurídica na constelação cultural moderna e contemporânea » e que são « autênticos construtores de história ») nada ou

(28) GROSSI, *Pensiero giuridico*, cit., p. 264.

(29) Respetivamente, Milano, Giuffrè, 2008 e Milano, Giuffrè, 2014.

pouco ⁽³⁰⁾ tinham a ver com as do sul mundo do outro lado do oceano atlântico. O que levanta mais uma vez, enfim, a pertinência da pergunta sobre o modo como esse conjunto de referências e ferramentas pertencentes ao pensamento jurídico europeu poderiam servir aos brasileiros e latino-americanos em geral.

O fato é que havia diferenças importantes entre estes dois mundos. Quando se olha para trás, é necessário reconhecer que o passado da ‘história do pensamento jurídico’ brasileiro tem de fato pouco a ver com o que ocorreu na Europa. A começar pelo fato de que no período em que o território brasileiro pertencia ao império colonial português, de modo inclusive diferente do que ocorreu nos locais de colonização espanhola, nenhuma universidade — que é naturalmente polo de criação e difusão cultural por excelência — foi fundada no território brasileiro. Mesmo com a independência e constituição de um Estado Nacional em 1822, o Brasil imperial não criou nenhuma universidade. Ao longo de quase todo o século XIX, aliás, havia somente duas faculdades de direito em todo o país, fundadas em 1827 (a de São Paulo e a de Pernambuco). Foi com a instauração da república em 1889 que outras academias jurídicas começam timidamente a serem arquitetadas, e a constituição da primeira verdadeira e própria universidade teve que esperar até o século XX para acontecer no Brasil.

Isso não significa que não tenha havido juristas, até mesmo juristas importantes, no Brasil oitocentista. Mas naturalmente que o cenário era diferente daquele europeu: a instauração de instituições liberais no âmbito político e jurídico estava apenas começando a acontecer de modo um tanto sôfrego e as instituições de cultura eram poucas e incipientes. Havia um impulso na política e na cultura em « copiar » os modelos e padrões mais « civilizados » ⁽³¹⁾, o que

⁽³⁰⁾ Chama-se a atenção para o fato de que Grossi dedicava muita atenção ao período em que o jurista italiano Tullio Ascarelli, a ele tão caro, passou exilado no Brasil no período fascista, por exemplo.

⁽³¹⁾ Creio que seja importante relembrar que, no âmbito jurídico, estava vigente no Brasil (e com a independência não ocorreu exatamente uma ruptura de vigência), a chamada « Lei da Boa Razão » portuguesa de 1769, da época do Marquês de Pombal, que a pretexto de proscrever o legado jurídico pré-moderno (dos comentários, dos romanistas e canonistas, dos costumes) em direção ao parâmetro do direito régio, legislado, instituiu subsidiariamente a aplicação da « Boa Razão » que deve se estabelecer

significava, sobretudo, a mimese dos padrões europeus, que os juristas e professores, cada qual do seu jeito, traduziam e se apropriavam.

Some-se a isso um contexto de um país com uma dimensão territorial imensa (o Brasil, desde então, tinha tamanho geográfico apenas um pouco menor que todo o continente europeu) que, por ter uma escassa densidade demográfica, tinha naturalmente uma enorme dificuldade em impor a todos os lugares do território os seus parâmetros jurídico-normativos. Foi por isso que um importante jurista do Brasil da época, Paulino José Soares de Souza (1807-1866), mais conhecido como visconde de Uruguai, envolvido que estava no importante debate sobre centralização versus descentralização administrativa do jovem país imperial, dizia num livro intitulado *Estudos práticos sobre a Administração das Províncias no Brasil*, que o grande defeito de nossa administração era o fato dela possuir « cabeças enormes, quase não têm braços e pernas », sendo as províncias « corpos cuja circulação não chega às extremidades »⁽³²⁾ Ou seja: se até mesmo os braços políticos e administrativos do Estado tinham grande dificuldade em atingir os muitos pontos periféricos, imagine-se o que dizer do contexto da cultura, em particular a cultura jurídica. Pode-se então considerar como certo que não havia propriamente a circulação de direito ‘culto’ no Brasil neste período⁽³³⁾ e nem tampouco a existência de focos que ensejassem uma disseminação cultural eficaz.

Mas como o direito, a cultura do direito e o que havia de ‘pensamento jurídico’ agiam num mundo assim, tão diferente? Em realidade de modo muito próximo ao que ocorria no antigo regime,

a partir das leis das « Nações Cristãs, iluminadas, e polidas » ou do « universal consentimento [que] estabeleceu o Direito das Gentes para a direção e governo de todas as Nações civilizadas ». Ou seja: adotar o ‘modelo’ europeu tinha até mesmo certo fundamento normativo para os juristas brasileiros entre os séculos XVIII e XIX.

⁽³²⁾ Gabriela NUNES FERREIRA, *Centralização e descentralização no império: o debate de Tavares Bastos e visconde de Uruguai*, São Paulo, Editora 34, 1999, p. 70.

⁽³³⁾ A esse propósito vide as observações fundamentadas de Luís Fernando Lopes PEREIRA, *O império português: a centralidade do concelho e da cidade, espaço da cultura jurídica*, em *As formas do direito: ordem, razão e decisão (experiências jurídicas antes e depois da modernidade)*, Ricardo Marcelo Fonseca (org.), Curitiba, Juruá, 2013, p. 577 e ss.

contando com polos e fontes plurais de ordenação e regulação dos conflitos. Antônio Hespanha, num texto dedicado à compreender o direito brasileiro « pré-moderno », explica que

a regra mais geral de conflitos no seio desta ordem jurídica pluralista não é, assim, uma regra formal e sistemática que hierarquize as diversas fontes do direito, mas antes *o arbítrio do juiz* na apreciação dos casos concretos (*'arbitrium iudex relinquitur quod in iure definitum non est'*, fica ao arbítrio do juiz aquilo que não está definido pelo direito). É ele que, caso a caso, ponderando as conseqüências respectivas, decidirá do equilíbrio entre as várias normas disponíveis. Este arbítrio é, no entanto, guiado. Pelos princípios gerais a que nos referimos. Mas, sobretudo, pelos usos do lugar ao decidir questões semelhantes [...] usos que, assim, se vêm a transformar num elemento decisivo deste direito pluralista ⁽³⁴⁾.

Ou seja: tratava-se de uma ordem normativa em que o 'pensamento jurídico' com muita frequência dava lugar a mecanismos e estratégias de resolução de conflitos não propriamente pertencentes a padrões cultos e sofisticados elaborados pelos juristas. A realidade colonial e mesmo da época oitocentista imperial do direito brasileiro guardava uma distância da Europa das universidades, dos Tribunais e da burocracia que faziam circular de modo mais claro o que Grossi chamava de pensamento jurídico.

Trago aqui, neste momento, e para seguir na mesma linha de argumentação, outra categoria grossiana bastante central e estruturante de toda a sua crítica para submetê-la às mesmas « provas » de sua 'tradução' em outros contextos: falo da categoria do 'absolutismo jurídico'. Tratou-se daquele processo histórico pelo qual o direito passou no final do século XVIII e sobretudo início do século XIX (e que coincide, portanto, com as revoluções burguesas e com as codificações napoleônicas) segundo o qual a dimensão jurídica passa a ser vinculada ao Estado, fenômeno que o empobrece e o reduz, transformando-o em mero apêndice formal do poder político. Essa vinculação imensa e inédita na história entre a política e o

⁽³⁴⁾ A.M. HESPANHA, *Por que é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro*, em « Quaderni fiorentini », 35 (2006), p. 81.

direito é fato que trouxe consequências funestas para a ciência jurídica e para os juristas, já que, desde então e em grande parte até hoje, o direito foi visto como algo indissolúvelmente ligado muito mais ao Estado ou ao poder do que ligado à sociedade, que é na verdade o referente necessário do fenômeno jurídico⁽³⁵⁾. Aquela típica função criativa e interpretativa do jurista — que exercita seu pensamento — foi abortada e substituída pela mera repetição de dogmas, por meio de uma exegese pobre e repetitiva que era escravizada pela autoridade dos códigos. Esse momento radical inaugura os tempos modernos do direito e definitivamente deixa para trás aquela centralidade do saber jurídico e do jurista que caracterizava os tempos precedentes. Assim, a instância jurídica (sobretudo o assim chamado direito privado), que antes se exprimia como ciência, a partir de então se exprime como poder. Tantos são os textos e os momentos em sua produção em que Grossi se dedica a esse tema⁽³⁶⁾, e não por acaso: é que ele ocupa um lugar estratégico em toda a sua arquitetura metodológica que faz a crítica do formalismo jurídico, que coloca o direito numa posição ordenamental estratégica na realidade social e que exalta o protagonismo dos juristas e de seu pensamento.

Mas a crítica contida na categoria do ‘absolutismo jurídico’ pressupõe necessariamente, como parece óbvio, um movimento decidido de centralização da juridicidade na dimensão legislativa do direito e, naturalmente, o advento daí decorrente que é a ‘codificação’ do direito. Falar em absolutismo jurídico só preenche seu sentido quando se faz ao mesmo tempo a crítica da *codificação*. Não é por acaso que Grossi dedica boa parte de suas melhores páginas críticas nesse tema a dissecar o advento do *Code Civil* de Napoleão em 1804, visto como a codificação ‘por excelência’; aquela que deu parâmetro a todos os outros códigos que lhe sucederam; o aconte-

(35) Paolo GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003. p. 15 (na edição brasileira — trad. Ricardo Marcelo Fonseca — *Primeira lição sobre direito*, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 11).

(36) Cito, entre tantos textos a respeito, a coletânea de textos feitos a respeito reunidos em Paolo GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998 e, um tanto mais tarde, em Paolo GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001 (na edição brasileira — trad. Arno Dal Ri Jr — *Mitologias jurídicas da modernidade*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2004).

cimento cultural imitado por praticamente todos os países vizinhos da Europa continental e, logo a seguir, por vários outros países do mundo não europeu (inclusive a América Latina); o advento que o próprio Napoleão dizia ser seu maior legado, até mesmo maior que suas vitórias nos campos de batalha. O Código é, assim, visto como o emblema da redução sistemática da juridicidade a um corpo de leis, é o signo de sua derrocada formal, é o maior sintoma do apogeu do legislador e do ocaso dos juristas. É uma revolução em que o poder político coloniza e submete o direito.

Mas se é este o ‘absolutismo jurídico’, o que dizer de sua aplicabilidade num lugar como o Brasil do século XIX, onde a própria chegada do Estado fora das grandes cidades era, como já visto antes, um desafio gigantesco? Onde a presença de várias estratégias não legislativas de resolução de conflito, como também já mencionado, grassavam em profusão? Onde o poder local e a aplicação dos costumes eram ainda hegemônicos com relação à lei? Onde o impulso legislativo era tímido e frequentemente ignorado? Onde, finalmente, o próprio fenômeno da codificação civil — que em todos os lugares sempre desempenhou a função de « rainha das codificações » — sequer foi implementado, devendo esperar até o século XX (em 1916) para finalmente acontecer? Diante de tantas diferenças entre o caso europeu (que serviu de base para as reflexões de Grossi) e o caso brasileiro, cheio de especificidades, a própria ideia de absolutismo jurídico teria aplicabilidade de fato no caso brasileiro?

Em outros termos: seriam as noções grossianas de ‘pensamento jurídico’ e de ‘absolutismo jurídico’ *traduzíveis* para uma realidade tão peculiar quanto aquela do passado jurídico brasileiro?

5. *A ‘tradução brasileira’ de Paolo Grossi.*

A minha resposta é sim. Mundos diferentes não são mundos incomensuráveis. E como línguas diferentes que muitas vezes possuem até mesmo alfabetos distintos podem ser traduzidas com muito êxito, não serão as ferramentas de Paolo Grossi que serão impermeáveis a outra linguagem cultural, que em vários sentidos não são assim tão distantes. Se podemos apreciar Dostoiévski, não há impedimentos culturais para não saborear Paolo Grossi.

Deixemos de lado a evidência, já discutida antes, de que todo processo de aprendizado contém algum elemento de tradução. Sempre selecionamos, perdemos, negociamos e manipulamos informações quando estamos diante de conteúdos complexos, sejam em nossa língua ou não. Deixemos também de lado, como igualmente já foi sublinhado, o fato de que a cultura jurídica brasileira indiscutivelmente foi esculpida levando-se em conta referências estrangeiras (no século XIX eram sobretudo europeias), às quais Paolo Grossi, aliás, se dedicava e manejava tão bem. Deixemos de lado, enfim, o fato de que quaisquer categorias de análise, mesmo como as de ‘pensamento jurídico’ e ‘absolutismo jurídico’, podem sofrer apropriações, ajustes e cruzamentos interpretativos mesmo no interior do próprio contexto em que foram gestados⁽³⁷⁾. O fato essencial aqui, creio, é o de que ferramentas teóricas diferentes, embora criadas para realidades diversas (mas também atadas em referências culturais paralelas), podem ter imenso valor heurístico quando houver alguma intercambialidade entre tais realidades.

A história da América portuguesa tem imensas peculiaridades: algumas delas são a presença e dizimação dos índios e a especificidade da tragédia de nossa escravidão africana (eliminada tão tardiamente do ponto de vista formal), com tantas consequências para a nossa vida social e política até hoje. Nossa riqueza e diversidade regionais e nossa formação cultural elitista são outras. Só isso já bastaria para nos chamar a atenção para as diferenças que marcam de modo profundo a realidade brasileira. Mas ao mesmo tempo não é menos verdade que a nossa língua oficial é o português, que é da família latina. Que o sistema de ensino (inclusive da nossa vida universitária) baseou-se em grande medida nas experiências das universidades europeias e no padrão de Humboldt. Que quando ocorreu a independência e a constituição do Brasil enquanto Estado,

(37) Penso nas reflexões críticas que António Manuel Hespanha fez à ideia de ‘absolutismo jurídico’ (precisamente num congresso em Curitiba, em 2011, diante de Grossi) que se encontram em António Manuel HESPANHA, *Tomando a história a sério: os exegetas segundo eles mesmos*, em *As formas do direito: ordem*, cit., pp. 195-206. Ali foi um diálogo *entre europeus* acerca do papel da codificação, com seus olhares específicos. Mas ao mesmo tempo creio que foram somente luzes diferentes jogadas sobre um fenômeno que ambos viam, essencialmente, com as mesmas lentes.

aqui adotaram-se fórmulas europeias (ou em alguns casos norte-americanas) que haviam sido gestadas nos processos revolucionários do final do século XVIII e que estavam servindo de modelo a todas as alternativas « liberais » que vinham sendo implementadas no ocidente. Que aqui aderiu-se a um modelo constitucional (inicialmente monárquico, depois republicano), com divisão de poderes, com elenco de direitos individuais e com atribuições de competências aos poderes instituídos, exatamente como ocorreu em quase todos os lugares. Que aqui o modelo jurídico do *civil law*, com a centralidade absoluta da lei enquanto fonte de direito, foi perseguido e adotado desde o primeiro momento. Que aqui se mirava a Europa em quase tudo e que os juristas buscavam mimetizar o que os juristas europeus pensavam e faziam. Que as referências ‘cultas’ (que se sobrepujavam às culturas negra e indígena que estavam em processo de submissão e/ou dizimação) eram, para o bem ou para o mal, as que circulavam e formaram grande parte de nossos intelectuais e artistas, seja no século XIX como no século XX. Em suma: éramos muito diferentes e singulares com relação aos europeus, mas éramos também em alguma medida paralelos e similares.

E aqui é que reside toda a atenção que deve ser dada às enormes especificidades das ‘traduções’ entre culturas. Óbvio que a resultante cultural daquilo que se fazia no Brasil (inclusive no que diz respeito a todas as esferas do direito) não conseguiram mimetizar de modo fiel aquele ‘modelo estrangeiro’ que era imensamente perseguido. Mas por outro lado não há como negar que o que se fazia e se pensava em termos culturais no Brasil (inclusive no que diz respeito a todas as esferas do direito) de algum modo dialogava com o padrão europeu que, afinal, era tomado como inspiração. O que ocorria ao final — ou seja, o modo como se dava de maneira concreta a ‘tradução’ da cultura jurídica brasileira a partir dos parâmetros, categorias e institutos estrangeiros — não é algo que se possa responder de modo cabal e automático e de uma vez por todas, mas depende dos analistas que vão olhar, no solo da realidade histórica, os modos como se operou o ‘regime de tradução’. Inclusive da tradução do direito e de sua cultura. As condições de ‘tradução’ são locais e obedecem a injunções (ou a interesses ou a manipulações) que só o escavar da realidade concreta pode desvelar. E pode entrar com grande protagonismo o historiador do direito.

Concretamente quero dizer que o fato da realidade brasileira do século XIX ser tão ‘rarefeita’ de ‘pensamento jurídico’, tão precária naqueles momentos iniciais da fundação dos seus jovens cursos jurídicos e tão carente de instrumentos de circulação cultural, enfim tudo isso não pode levar a uma conclusão apressada de que aqui não houvesse qualquer forma de ‘pensamento jurídico’. Como também não se pode chegar à conclusão de que a categoria ‘pensamento jurídico’, tal como forjada em outra realidade histórica por Paolo Grossi, não pudesse ter aquelas suas funções estruturantes que o italiano identificou em seu próprio continente.

Juristas importantes do século XIX brasileiro, como Augusto Teixeira de Freitas, tinham enorme fascínio por Savigny; isso para não falar dos juristas pernambucanos, reunidos em torno da auto-denominada « Escola do Recife », que tinha como marca maior sua germanofilia. Sendo assim, como deixar de lado para esses juristas brasileiros da época, como para tantos outros, o papel da ciência, da doutrina, da « giurisprudenza », tão própria dos juristas germânicos da época? De outro lado, a crescente produção de manuais (que, a rigor, eram obrigatórios desde a fundação dos cursos jurídicos em 1827), de comentários, de compêndios e, um tanto mais adiante no século XIX, também de revistas jurídicas, mostram que o ‘pensamento jurídico’ foi conquistando novos meios de circulação, novos atores (ativos e passivos) e também, claro, maior espaço institucional a cada passo. Aqui tivemos cada vez mais (sobretudo a partir da segunda metade dos oitocentos) juristas, professores e escritores que buscavam a todo custo influenciar os demais com suas reflexões. E eles estavam de olho nas « modas » teóricas estrangeiras, fossem elas positivistas, evolucionistas e até mesmo racistas (como emblematicamente ocorreu com a primeira criminologia brasileira), que buscavam ser imediatamente adaptadas ao contexto daqui, embora esse fosse um procedimento pleno de apropriações/adaptações nos processos de tradução.

O fato, afinal, do ‘pensamento jurídico’ brasileiro (cheio de especificidades a partir do modo como se deu aqui sua ‘tradução’ ante as referências que vinham de fora) ter tido uma densidade, uma profundidade e uma penetração diferentes daquilo que ocorreu com o caso do « pensiero giuridico » italiano, por exemplo, não nos deveria fazer rejeitar o próprio conceito e nem suas características

tais como Grossi as explicou: devem nos estimular, isso sim, a perceber nas especificidades brasileiras os modos específicos e locais como se deram as mais variadas ‘traduções’ de uma plataforma conceitual que veio de fora, mas que se arraigaram do outro lado do Atlântico com a vocação de se estabelecer, funcionar e fazer girar as instituições que, depois de importadas, passaram também a ser brasileiras. Os parafusos aqui podiam ser diferentes, mas as ferramentas para operar com eles, após alguns ajustes, continuavam basicamente as mesmas.

O mesmo, creio, ocorre com o conceito de ‘absolutismo jurídico’ quando transposto (ou traduzido) para a realidade brasileira do século XIX. Seria muito banal — e errado — desprezar toda a potencialidade jurídica desse conceito por causa da peculiar circunstância histórica brasileira de não ter havido aqui uma codificação civil no século XIX. Isso porque não se pode negar que a *ausência* da codificação civil era um problema enormemente *presente* em toda a nossa cultura jurídica do século XIX. Era, então, uma ausência bem presente, por assim dizer. Note-se que a própria Constituição brasileira de 1824, a primeira que começou a ter vigência logo depois da independência, já previa em seu art. 179, XVIII, que no país « organizar-se-há quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça, e Equidade ». O fato de ter havido vários projetos de codificação civil malogrados ao longo dos oitocentos (Teixeira de Freitas, Nabuco de Araújo, Felício dos Santos e Coelho Rodrigues, que precederam o ‘projeto Beviláqua’) demonstram que o *problema da codificação civil* (ou o problema das fontes do direito civil) era colocado e repetido a todo tempo como uma questão central. Afinal, a relação estreita que existia entre a codificação e formação da estatalidade, codificação e modernização ou entre codificação e civilização, naturalmente que impulsionavam teorias, pensamentos e ações (malogradas ou não) onde a ‘Forma-código’, na feliz expressão de Paolo Cappellini ⁽³⁸⁾, ocupa-

⁽³⁸⁾ Paolo CAPPELLINI, *Il codice eterno. La forma-codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, em *Codici: una riflessione di fine millennio*, a cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi, Firenze, 26-28 ottobre 2000, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 11-68.

vam um lugar central ⁽³⁹⁾. Tanto é assim que uma infinidade de códigos (criminal em 1830, de processo criminal em 1832 e comercial em 1850) foram tomando seu espaço já ao longo do século XIX, como também abriram espaço a um verdadeiro século das leis e das codificações que o Brasil assistiu no século XX. Como negar, hoje, o papel da fonte legislativa e em particular dos códigos na trajetória histórica do direito brasileiro?

Em outras palavras, as imensas peculiaridades e vacilações da codificação civil no Brasil dos oitocentos não podem levar à conclusão apressada de que nada temos a ver com a onda codificadora que tomou conta da Europa já no início do século XIX ou que nada temos a ver com a noção grossiana do ‘absolutismo jurídico’. Afinal, ao menos do modo como vejo, o ‘absolutismo jurídico’ era antes de tudo uma mentalidade. Era um projeto que poderia ter fases de amadurecimento, de concepção, de fracassos ou de implementação, mas que, de qualquer modo, estava sempre ali presente, pautando os debates e ocupando corações e mentes dos juristas brasileiros, quando eles exercitavam, de seu modo muito historicamente particular, o seu próprio ‘pensamento jurídico’.

As ferramentas de Paolo Grossi, portanto, e feitas as devidas operações de adaptações de ‘tradução’, são também brasileiras. Como são também latino-americanas (o meu modo de pensar sempre relativizador e cético, que creio que encaixa bem com o modo de pensar de um historiador do direito, me impede, porém, de avançar demais e defini-las como ‘universais’). Afinal, quando se leva adiante a ideia de que os diálogos culturais são objeto permanente de ‘traduções’ e adaptações no tempo e no espaço, devem ser ao menos relativizadas algumas das dualidades que por tanto tempo nos separaram, como a de ‘central x periférico’, ‘europeu x latino-americano’, e assim por diante.

E é por isso que agora, quando penso em Paolo Grossi, eu penso nele cantarolando uma velha marchinha de carnaval (« se você pensa que cachaça é água/ cachaça não é água não... »), penso nele

⁽³⁹⁾ Sobre estes e outros aspectos e paradoxos da ideia de codificação no Brasil, vide Gabriela Back LOMBARDI, *Codificação civil na revista do instituto dos advogados brasileiros (1862-1907): uma história do pensamento jurídico*, Curitiba, UFPR, 2023 (Dissertação de mestrado).

comendo uma moqueca de peixe em Florianópolis ou uma comida inspirada na forte imigração polonesa em Curitiba. Penso no seu esforço imenso para escutar e falar algumas palavras em português, penso nele admirando uma araucária e recebendo seu doutorado 'honoris causa' na minha universidade, a UFPR. O meu Paolo Grossi, embora essencialmente florentino, italiano e europeu, é também brasileiro.

MARIA ROSARIA FERRARESE

UNO STORICO « MILITANTE »:
PAOLO GROSSI E IL SUO IMMAGINARIO GIURIDICO

1. La costruzione di un immaginario e 'la nuova frontiera'. — 2. Un diverso narratore. — 3. Ribaltamenti decisivi e urticanti. — 4. Il militante fortunato e la storia che gli viene in soccorso. — 5. La globalizzazione: un insperato cambiamento. — 6. Costituzioni, costituzionalismo e Corte costituzionale: un percorso di riscoperte. — 7. Il mondo post-moderno di Paolo Grossi e il pluralismo tra spazio e tempo.

1. *La costruzione di un immaginario e 'la nuova frontiera'.*

Paolo Grossi, come testimonia la sua ricchissima bibliografia, è stato uno studioso e uno storico del diritto che si potrebbe definire « militante »: un militante non al servizio di una ideologia o di una causa politica, ma di un suo mondo ideale, basato su un immaginario giuridico che si è andato delineando via via in maniera sempre più chiara nel corso dei suoi studi, ma che era *in nuce* fin dai suoi esordi di studente, come ricorda egli stesso. Un immaginario si costruisce sulla base di immagini, ricordi, proiezioni ideali, credi religiosi, visioni artistiche e filosofiche, ecc. Esso permette una visione allargata del mondo in cui si vive e una rielaborazione di alcune sue coordinate, e persino una fuoriuscita dalle stesse, per rifugiarsi in una diversa dimensione. Un immaginario giuridico contiene la possibilità di « riaprire al diritto positivo, tecnico e strumentale, un vero campo di possibilità e d'instillare in esso l'energia fondativa necessaria alla messa in opera di [...] alternative » (1).

Ed è proprio « la coscienza della nuova frontiera, e insieme, lo spirito di avventura e di conquista, la percezione di situarsi in un modo

(1) Così F. Ost, *Mosè, Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*, Bologna, il Mulino, 2007, p. 8.

nuovo »⁽²⁾, che Grossi avverte come studioso e che vuole diffondere nel mondo dei giuristi. Non accade spesso che gli studiosi si costruiscano un proprio immaginario e che seguano una linea di ricerca che si iscrive al suo interno. Accade specialmente ad alcuni grandi autori di seguire un tracciato a ridosso di un immaginario che presenta aspetti incoerenti, in contrasto, o addirittura opposti, alla visione prevalente. Specialmente in ambito giuridico, e particolarmente quando Grossi calcava la scena accademica, prevaleva nettamente quell'atteggiamento che gli economisti chiamano di *path dependency*, ossia di tendenza a rimanere nello stesso solco già tracciato dalla cultura prevalente. E la cultura prevalente, che si iscriveva nel solco kelseniano, con un'impostazione di tipo giuspositivista, tendeva ad essere particolarmente vischiosa, lasciando scarsi spazi per l'innovazione o per reazioni critiche rispetto ai suoi schemi.

L'immaginario dello studioso Grossi si stendeva all'incrocio tra due principali dimensioni: il diritto e la società. Diritto e società sono stati gli assi cartesiani all'incrocio dei quali si è andata dipanando la sua ricerca di storico del diritto, e più precisamente di storico dell'epoca medievale. Due dimensioni che la cultura moderna aveva voluto separare il più possibile, e che Grossi rappresenta invece, piuttosto che indipendenti l'una dall'altra, profondamente connesse e quasi interdipendenti. Ne dà conto in modo esplicito specialmente nel volume *Società, diritto, Stato*⁽³⁾, ma l'incrocio tra queste due variabili attraversa tutto l'arco della sua riflessione, sia pure con diversi rilievi e punteggiature, a seconda delle occasioni, e trova un punto di speciale emersione nel volume *L'ordine giuridico medievale*⁽⁴⁾, magnifica summa della sua pluridecennale ricerca sul tema, oltre che in *Prima lezione di diritto*, volume di grande successo, ristampato più volte⁽⁵⁾.

(2) P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 15. Qui Grossi fa riferimento ai fermenti che emergono già negli anni Ottanta dell'800, in due giuristi come Enrico Ferri e Enrico Cimbali.

(3) P. GROSSI, *Società, diritto, Stato*, Milano, Giuffrè, 2006. Su tale volume mi permetto di segnalare un mio commento: M.R. FERRARESE, *Il diritto e le sfide del cambiamento. La lezione di Paolo Grossi*, in « Sociologia del diritto », 2007, 2, pp. 159-170.

(4) P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

(5) P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

Il legame tra diritto e società trova spazio nell'immaginario di Grossi a partire dalla predilezione per il diritto privato, della quale denuncia l'origine già negli anni in cui, come studente, avendo avuto « la vera fortuna di capitare nella facoltà giuridica fiorentina », assisteva alle lezioni di Istituzioni di diritto privato di Enrico Finzi, avvertendo subito che il suo insegnamento sgorgava da una « grammatica » che non aveva « nulla di arido », ed era anzi « radicata nei fatti di vita che si proponeva di ordinare » ⁽⁶⁾. Altrettanto, l'insegnamento di Salvatore Romano, che, da titolare di *Diritto civile*, lo iniziò ad una comprensione del negozio giuridico come « territorio del diritto dei privati », anticipava quella visione pluri-ordinamentale del diritto che anni dopo si sarebbe delineata più compiutamente ai suoi occhi, specialmente dopo la lettura del piccolo libro di Santi Romano, *L'ordinamento giuridico* ⁽⁷⁾, testo destinato a rimanere un faro e un riferimento decisivo nel suo percorso di studi.

Proprio sull'orma di Santi Romano, Grossi propone di promuovere una visione del diritto che rimane agganciata ai fatti della vita, invece che essere inquadrata in schemi astratti e normativi imposti dallo Stato. Il che è come proporre di passare da una sala di museo dedicata alla pittura di tipo astratto, con tele che immettono nel campo visivo linee, colori, figure, punti e macchie che sono indipendenti dalla realtà, e animano uno scenario in cui le relazioni tra quei vari elementi sono governate da regole autonome, a una sala dedicata alla pittura realista, che ritrae concreti personaggi e reali vicende in cui essi sono coinvolti, e che è capace di farsi portatrice delle fatiche, delle emozioni, dei contesti materiali, ossia di quella considerazione della 'storia minima' di ciascun soggetto.

2. *Un diverso narratore.*

All'incrocio tra i due assi diritto/società si è andata delineando una linea di ricerca precisamente e decisamente in duplice controtendenza, sia sotto il profilo storico, sia sotto il profilo giuridico. In controtendenza innanzitutto rispetto alla prevalente visione, che considerava l'epoca medievale come rattrappita in un oscurantismo

⁽⁶⁾ P. GROSSI, *La vita nel diritto*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, p. 24.

⁽⁷⁾ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1946.

privo di slancio vitale e di prospettive verso il futuro, ignorando come essa fosse stata progenitrice di creature modernissime come il mercato, le Università e le città. In controtendenza, inoltre, soprattutto rispetto all'immagine del diritto fissata dall'epoca moderna, dominata dalla presenza dello Stato e prevalentemente calibrata in senso normativo. Su entrambi questi piani Paolo Grossi si è stagliato come un diverso narratore, che rivendicava con forza una diversa e quasi opposta chiave, sia per ribaltare l'immagine negativa dell'epoca medievale, sia soprattutto per rivendicare una visione del diritto il più possibile sganciata dal piano astrattamente normativo, e capace di incrociare variabili molto più numerose e variegiate, connesse alla vita sociale.

Nel combattere una visione riduttiva e macchiata dai troppi pregiudizi sull'età di mezzo, del resto, sarà in compagnia di alcuni altri grandi storici. Non a caso è da ricordare che la pubblicazione nel 2007 del volume *L'Europa del diritto* avverrà nell'ambito di una collana dedicata alle radici storiche dell'Europa, che includeva autori del calibro di J. Le Goff (8). Grossi è rivolto a comporre un diverso *puzzle* narrativo sbilanciato verso le virtù di quell'epoca, spingendosi in una direzione inusuale. Egli va oltre il tentativo di valorizzare l'epoca medievale come un'epoca ricca di fermenti e di espressioni innovative, in cui prende vita « la 'bella' Europa » delle città, delle università e dei mercati (9). Egli vuole dare risalto anche e soprattutto alla sua cifra giuridica, andando al di là delle acquisizioni e delle suggestioni provenienti dalla storia del diritto commerciale con riferimento, ad esempio, all'invenzione della cambiale e di altre tecniche giuridiche. Egli vuole valorizzare un tratto più generale e di fondo del diritto medievale, che vive in simbiosi con la società e le sue interminabili spinte e pulsioni.

Non si può ignorare l'origine della sua visione già nelle suggestioni provenienti dal patrimonio dello *jus commune*, i cui rudimenti Grossi aveva appreso per primo da Francesco Calasso, che aveva applicato la teoria pluri-ordinamentale romaniana allo studio della società medievale. Lo sguardo rivolto all'epoca medievale non

(8) J. LE GOFF, *Il cielo sceso in terra. Le radici medievali dell'Europa*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

(9) Si intitola così il capitolo V del volume di J. Le Goff appena citato.

significava affatto che Grossi fosse uno storico relegato in un'altra epoca, o che avesse scarso interesse o ridotta attenzione per il mondo in cui viviamo: al contrario, era non solo un osservatore attento del presente, ma un attore pronto a scendere in campo per battaglie che considerava meritevoli, e incline persino a una notevole vena polemica quando il caso o la questione di cui si occupava lo richiedeva ⁽¹⁰⁾.

Si potrebbe dire che tutti i suoi studi confermano la sua vena di autore, appunto, « militante », che affrontava con partecipazione e passione le questioni di cui si occupava. E passionale è stato il suo impegno di studioso, lungo un ricchissimo itinerario di ricerca tutto incentrato sul tentativo di combattere l'impianto giuridico della modernità, edificato su categorie astratte, e di dare voce a un'immagine del diritto che valorizzasse « accanto a una storia ufficiale di 'modelli' legislativi e dottrinali, una storia di 'fatti', storia volgare segnata da una prassi quotidiana delle comunità » ⁽¹¹⁾. La presenza dei fatti sarà dunque una presenza protagonista nel suo immaginario giuridico. Il che significa una rappresentazione giuridica in gran parte di tipo casistico, che contempla soluzioni ai problemi il più possibile aderenti alle singole questioni e situazioni.

Per Grossi era dunque la società, nelle sue varie espressioni, la grande assente nella scena giuridica allestita nella modernità: mancavano i colori accesi delle scene di pittura fiamminga di Bruegel dedicate alla vita quotidiana, e i volti di artigiani e contadini in abiti di lavoro che davano un tono vissuto a quelle tele. Nel diritto moderno tutti quei colori sembravano spegnersi in un grigiore statalista che Grossi giudicava un impoverimento. Non a caso non esitava a definire l'idea di diritto proveniente da quell'epoca lontana, e che egli si augurava di vedere rivivere, sia pure nelle forme proprie della nostra epoca (uno dei suoi motti ricorrenti era *omnia tempus habent*), con l'aggettivo « carnale »: un aggettivo forte e sorpren-

⁽¹⁰⁾ Basterà qui ricordare, tra l'altro, la fiera, e purtroppo perdente, battaglia condotta contro la riforma dell'Università voluta da Berlinguer, per la quale si può richiamare P. GROSSI, *C'era una volta l'Università in Italia*, in « Quaderni fiorentini », XXVIII (1999).

⁽¹¹⁾ P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffrè, 1977, p. 207.

dente, che ricorrerà più volte nel suo vocabolario ⁽¹²⁾, e che vuole sottolineare non solo l'opposizione ad una visione astratta e disincarnata del diritto, ma anche la volontà di costruire un'immagine alternativa, capace di farsi portatrice della considerazione della 'storia minima' di ciascun soggetto, immerso com'è in quella « situazione di perenne e scontata debolezza » che è propria di ogni storia umana che è storia di « umana fragilità » ⁽¹³⁾. Sotto quest'ultimo profilo, è anche la familiarità con il diritto canonico, coltivata fin dall'esordio dei suoi studi, che lo conduce su questa strada.

3. *Ribaltamenti decisivi e urticanti.*

Già da queste note si può capire come un'impastazione così dissonante rispetto agli schemi del diritto moderno potesse apparire atipica e urticante in un panorama di prevalente e più o meno consapevole adesione a quegli schemi. Lo shock è notevole e lo scenario prospettato può sembrare un capitolombolo all'indietro rispetto alle ambizioni dell'illuminismo: un cambiamento a forte rischio di regressione rispetto a un ordine giuridico assestato su meccanismi consolidati e giuridicamente raffinati, e per di più dotato di un corredo di rassicuranti dispositivi, come la certezza del diritto e la legalità. La visione grossiana, infatti, mentre faceva retrocedere quei dispositivi « rassicuranti » al ruolo di mitologie e falsi simulacri ⁽¹⁴⁾, prospettava almeno due ribaltamenti decisivi degli schemi consolidati, in nome della costruzione di un nuovo ordinamento giuridico. Non solo la centralità dei fatti, anziché degli schemi astratti, incapaci di corrispondere alle mille facce della realtà quotidiana, ma anche la ricchezza di una cifra giuridica pluralistica, ossia non monopolizzata dal legislatore statale, e che avesse per principali protagonisti soggetti della società civile. Due ribaltamenti

⁽¹²⁾ Su questo e altri termini inusuali che popolano le pagine di Grossi, si veda P. GIORDANO, *Carnalità*, in *Ri-trovare il diritto: Paolo Grossi alle origini delle organizzazioni sociali*, a cura di G.M. Labriola, Napoli, Editoriale scientifica, 2018; FERRARESE, *Il diritto e le sfide del cambiamento. La lezione di Paolo Grossi*, cit.

⁽¹³⁾ GROSSI, *La vita nel diritto*, cit., p. 37.

⁽¹⁴⁾ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001. Questo libro conosce nel 2007, una seconda edizione, considerevolmente arricchita da due ulteriori capitoli. Inoltre, P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, Laterza, 2020.

che implicavano un radicale cambiamento non solo delle modalità di funzionamento della scena giuridica ma anche degli attori chiamati ad essere protagonisti sulla stessa.

La battaglia che Grossi rivolge contro lo schema dell'« astrattezza e generalità » delle leggi, va in parallelo con quello contro il protagonismo assoluto del legislatore. All'astrattezza Grossi contrappone la ricchezza « fattuale » del diritto, che mutua dalla storia medievale, in cui la visione del diritto, che non può prescindere dalla considerazione delle concrete circostanze e dalla varietà dei contesti in cui si pongono le questioni giuridiche, non può essere racchiusa negli schemi « generali ed astratti » rivendicati invece dal diritto moderno. Al protagonismo del legislatore, che coincideva con la sua cosiddetta « onnipotenza », spesso celebrata come il potere di « fare tutto, tranne che trasformare una donna in un uomo o viceversa »⁽¹⁵⁾, egli contrappone l'esigenza di uno scenario giuridico più corale, con un ruolo di primo piano riservato ai giuristi e specialmente ai giudici.

Grossi promuove dunque un duplice cammino inverso anche rispetto al processo di personalizzazione che lo Stato moderno aveva voluto intraprendere con lo schema dell'astrattezza e della generalità delle leggi, e con la priorità assegnata al legislatore. Da una parte una rinnovata centralità dei fatti, che sgorgano dalla vita quotidiana, e dall'altra un diverso protagonismo giuridico dei giudici e dei giuristi tutti: attori nei quali egli vede essenziali assi di scorrimento del diritto, perché sono i soli a saper cogliere quell'intima 'sapienzialità' del diritto, che si trova iscritta « nelle cose da una suprema sapienza »⁽¹⁶⁾.

La centralità dei fatti nella visione grossiana del diritto produce strappi e scarti decisivi anche perché propone e impone un significativo spostamento di luci: da una lettura dell'ordinamento centrata su fonti giuridiche gerarchicamente situate, tema « sentito dalla cultura borghese, come problema intimamente, schiettamente

(15) Questo motto, attribuito da Dicey a J.L. de Lolme, è destinato a durare solo per una fase storica, e a infrangersi specialmente contro i limiti imposti dal costituzionalismo ai poteri legislativi, e contro l'indebolimento dei poteri politici causato dalla globalizzazione.

(16) GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, cit., p. 23.

costituzionale, al cuore della costituzione del nuovo Stato »⁽¹⁷⁾, verso una lettura che guarda soprattutto a ciò che avviene nella concreta interazione tra regole giuridiche e vita sociale. Se l'impostazione moderna del diritto, e quella kelseniana in modo particolare, puntavano l'attenzione sul processo di produzione giuridica e di creazione delle norme, e sul corredo di attributi formali che le deve accompagnare perché raggiungano lo stato della 'validità', quasi relegando in una sfera d'ombra ciò che accade a ridosso delle stesse, nello scenario allestito da Grossi, al contrario, si configurano soprattutto e specialmente delle concrete esperienze giuridiche, con una propria 'carnalità', che non può essere ignorata. Come si vede, si tratta di una assoluta dichiarazione di fede nei fatti e nella loro innocenza.

Si capisce che in questo scenario giuridico riacquistino protagonismo settori come gli usi civici e commerciali, le consuetudini, il diritto agrario, varie forme di giurisdizione privata, e, più in generale, il diritto creato dai privati, come ottimi esempi di tale carnalità: presenze che erano state relegate in posizione marginale dalla cultura giuridica moderna, e che corrispondono a espressioni giuridiche non disegnate a tavolino da un legislatore lontano e possente, ma che vivono nella quotidianità e sono impregnate di concrete esperienze provenienti da gruppi e persone.

È chiaro che ognuno di questi due mondi giuridici che Grossi pone in netta contrapposizione, e quasi in guerra, può vantare i propri meriti e demeriti. L'astrazione dai concreti contesti, che pone tutte le situazioni su una base di parità, può essere vista al contempo come un obbrobrioso escamotage per non vedere come le differenze pesino proprio sui più deboli, avvantaggiando i più forti (come tendeva a vederla Grossi, in una visione quasi di tipo marxiano), ma essa funziona anche in senso inverso, attribuendo spazi e poteri ai più deboli, dei quali si sceglie di ignorare le debolezze. L'edificio giuridico moderno, costruito sulla base di categorie giuridiche astratte, porta all'estremo la seconda strategia, al servizio di un progetto politico che vuole premiare il protagonismo nuovo degli individui. Al contrario, la prassi medievale rappresenta un mondo in

(17) Ivi, p. 98.

cui l'« incompiutezza del potere politico » permette l'emersione di espressioni giuridiche più legate a specifici contesti sociali, ma entro condizioni di *status* che congelano l'agibilità giuridica di persone e comunità.

Indubbiamente Grossi, scegliendo una netta contrapposizione tra i due mondi giuridici, risponde a una strategia di comunicazione scientifica, che premia la visibilità e i pregi del suo progetto. Egli assume il linguaggio dell'indomito combattente, che si propone un ribaltamento del paradigma esistente e non può lasciare spazio alle tesi dell'avversario. Rivisitando il mondo giuridico moderno, anche attraverso bersagli polemici, egli tende non solo a indebolire o demolire alcuni suoi puntelli essenziali, ma anche e soprattutto a fissare le linee per un nuovo e diverso perimetro giuridico su basi diverse, per lo più antitetiche rispetto alla concezione moderna, e inclini al modello ordinamentale di impronta medievale che Santi Romano per primo aveva trasposto nel nostro tempo.

Al contempo, si possono scorgere meriti e demeriti di tale atteggiamento: attestandosi su una posizione critica, egli si svela un precoce scopritore di difetti e insufficienze del normativismo e dell'astrattezza: « un mondo di pure forme o di comandi separati da una sostanza sociale »⁽¹⁸⁾. A quel mondo rimprovera di soffocare sia la molteplice carnalità del diritto che appare nella vita quotidiana, sia la preziosa e irrinunciabile sapienzialità giuridica che abitava il mondo medievale e i suoi giuristi, e che disponeva anche di strumenti come il giudizio di equità, l'*equitas*, per sistemare le situazioni. L'accusa grossiana che, a primo acchito poteva sembrare troppo legata al suo sguardo di studioso dell'età medievale, e difficilmente condivisibile nei suoi termini estremi, appariva tuttavia meno censurabile non solo per l'autorevolezza dello studioso e della Scuola che aveva costruito, ma per i cambiamenti in atto nello scenario sociale e politico, che facevano emergere via via alcuni difetti e incapacità del progetto giuridico moderno, derivanti dalla sua eccessiva rigidità. Il disegno kelseniano, che continuava ad essere seguito dalla maggioranza degli studiosi, si trovava via via a coesistere con approcci più sciolti seguiti da un gruppo di brillanti giuristi

(18) *Ibidem*.

come Massimo Severo Giannini, Stefano Rodotà, Sabino Cassese, Giovanni Tarello, Rodolfo Sacco, che dagli anni '70 in poi, per strade diverse e su sentieri disciplinari diversi, condividevano un bisogno di cambiamento e dialogavano con Grossi. D'altra parte, dagli anni '80, il mutamento di clima politico, un contesto sociale pervaso sempre più da tendenze individualistiche e avido di diritti e libertà, gli sviluppi tecnologici, il nuovo panorama economico non più strettamente definito dagli Stati mettevano in mora le tradizionali coordinate spaziali e temporali del diritto, e inducevano altri protagonisti del mondo accademico a denunciare le insufficienze del modello giuspositivista e il bisogno di un « diritto mite »⁽¹⁹⁾, così come l'importanza di altri metodi, come quello ermeneutico⁽²⁰⁾ e, più in generale, di una giuridicità meno verticistica e più capace di approssimarsi ai consociati e alle esigenze della vita sociale.

4. *Il militante fortunato e la storia che gli viene in soccorso.*

In quanto combattente, Grossi sceglie dunque di non vedere, in primo luogo, alcuni indubbi vantaggi che il diritto « borghese », come spesso lo denomina spregiativamente, con la sua astrattezza, ha comportato, pur tra vari limiti e tante ingiustizie, in termini di uguaglianza e di libertà, che non è sempre e comunque quella « di andare a dormire sotto i ponti », come la vedeva Anatole France. Di non vedere, inoltre e soprattutto, i rischi di un mondo giuridico eccessivamente appiattito sui fatti, che, oltre a offrire « una rappresentazione di essi fortemente organizzata e coesa in un formalismo che è refrattario a « dire » la conflittualità e le tensioni della società che pretende di descrivere »⁽²¹⁾, non solo azzerava quasi del tutto la dimensione normativa del diritto, ma anche la possibilità della critica e di proiezioni alternative. A questi due importanti rilievi esplicitati da Alfonso Catania, studioso di consolidata fede giuspo-

⁽¹⁹⁾ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.

⁽²⁰⁾ F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

⁽²¹⁾ A. CATANIA, *Effettività e modelli del diritto*, in *Dimensioni dell'effettività. Tra teoria generale e politica del diritto*, a cura di A. Catania, Quaderni della rassegna parlamentare ISLE, Milano, Giuffrè, 2003, p. 41.

sitivistica (22), che con Grossi manteneva un costante e aperto colloquio, si può inoltre aggiungere che la fattualità giuridica tace sulle strutture di potere, di cui essa è per lo più comunque impregnata, che oggi sono non solo quelle pubbliche, ma anche e soprattutto quelle private, che restano in gran parte invisibili (23). Nello stesso mondo dei kelseniani emergeva dunque qualche crepa e alcuni studiosi sentivano il bisogno di una diversa ariosità.

Oggi si potrebbe dire che Paolo Grossi è stato un militante fortunato, ed anzi doppiamente fortunato. Due importanti cambiamenti storici sono infatti intervenuti a suo favore, turbando e modificando il progetto giuridico moderno, così spianando la strada verso scenari che coincidevano con un certo successo delle sue tesi. Lo scenario giuridico moderno che, sulla scia di Hobbes, aveva trovato soprattutto in Europa la sua realizzazione in un modello normativista, negli ultimi decenni del '900 si trovava infatti a subire un consistente rimodellamento che, attraverso diverse strade, non solo sembrava lasciarsi alle spalle ogni tentativo di « teologia politica » di schmittiana memoria (24), ma era rivolto a rivedere e indebolire la regia politica che lo Stato moderno esercitava in molti campi, e specialmente in economia, e che aveva indubbi riflessi sul mondo giuridico.

Quella regia politica, che rivendicava una propria legittimazione nel mandato democratico, si confrontava, negli ultimi decenni del Novecento, con un mondo in profonda trasformazione, che registrava nuove istanze e nuovi bisogni provenienti sia dallo stesso mondo giuridico, sia dal mondo economico, in nome di varie

(22) Il caso di A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Roma-Bari, Laterza, 2008, è da segnalare per un lungo percorso di ripensamento critico su cui rimando, tra l'altro, a M.R. FERRARESE, *Alfonso Catania di fronte al grande cambiamento. Il peso delle parole*, in *Conoscenza, volontà diritto. Studi in memoria di Alfonso Catania*, a cura di G. Preterossi, F. Mancuso, V. Giordano, G. Bisogni, Torino, Giappichelli, 2023.

(23) M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, Bologna, il Mulino, 2022.

(24) Così Schmitt chiama la trasposizione che la moderna dottrina dello Stato fa dei concetti teologici in area giuridica, fino a formulare l'idea dell'« onnipotenza del legislatore ». Si veda C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, Bologna, il Mulino 1972, p. 61 e ss.

esigenze e specie dello sviluppo economico. In altri termini, proprio quel rapporto tra diritto e politica, che a Grossi appariva un danno a svantaggio della irrinunciabile radice sociale del diritto, veniva fatto oggetto sia di un implicito ridimensionamento, sia di un esplicito attacco. Da una parte la crescente affermazione dell'importanza delle costituzioni contemporanee nell'edificio giuridico, implicando una separazione dei diritti e della giustizia dalla legge, come felicemente avvertito da Zagrebelsky⁽²⁵⁾, sottraeva allo Stato legislatore la libertà di legiferare a proprio piacimento, e spianava la strada ad un « diritto mite » ben lontano dalle proiezioni di un legislatore « arrogante » e autoritario; dall'altra parte, quasi al contempo, il processo di globalizzazione metteva in causa politicamente il modello giuridico moderno realizzato in Europa, accusato di eccessivo statalismo e di reprimere le forze vitali e « animali » del capitalismo, che invece reclamavano nuovi percorsi giuridici.

Si trattava di due spinte di ben diversa ispirazione, una giuridica e l'altra economica, che tuttavia contribuivano entrambe a indebolire le basi rappresentative del governo democratico e a far traballare vari puntelli che sostenevano la concezione del diritto moderno, a base statale, dominata dalla figura del legislatore. Si prospettavano insomma nuove dinamiche giuridiche e nuove contaminazioni tra pubblico e privato, che vedevano all'opera proprio quella società civile che fino allora era stata prevalentemente oggetto di prescrizioni legislative, e che riscopriva invece un suo nuovo ruolo anche nella produzione giuridica. In proposito basterà far riferimento non solo al caso eclatante della rinascita della *lex mercatoria*, di medievale memoria, che riviveva una stagione di fasti grazie alle *law firms* americane e alla sempre più pronunciata tendenza a far ricorso ai giudici per dare risposta a vari bisogni, accostandosi a un costume proprio dei paesi di *common law*, ma anche a un sempre più diffuso ruolo svolto da diversi soggetti privati nel creare regole e *regulation*, per governare gli stessi mercati⁽²⁶⁾.

D'altra parte, mentre si attivavano nuovi contatti anche tra vari paesi europei, accomunati nella volontà di realizzare più compiuta-

(25) ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 57 e ss., e p. 123 e ss.

(26) Mi sia consentito in proposito rimandare a M.R. FERRARESE, *Privatizzazioni, poteri invisibili e infrastrutture giuridiche globali*, in « Diritto pubblico », 2021, 3.

mente il progetto europeo già avviato negli anni Cinquanta, cadevano anche alcuni steccati rispetto al mondo di *common law*: una importante eredità giuridica di impronta medievale, radicata nel solco storico europeo, abbandonata dall'Europa continentale proprio in nome del progetto moderno. Del resto, come ha ricordato lo stesso Grossi, già i comparatisti si erano rivolti al *common law* attraverso lo sguardo perspicace e anticipatore di Gino Gorla, che per primo aveva aperto le porte del nostro mondo giuridico a nuovi contatti e culture, anche grazie alla forte caratura storica del suo interesse scientifico ⁽²⁷⁾. I riferimenti storici sarebbero rimasti un importante patrimonio per la ricerca comparatistica, così come il diritto comparato sarebbe diventato un apporto importante per alcune ricerche storiche ⁽²⁸⁾.

Tutti questi promettenti e nuovi impulsi, specialmente dagli anni Ottanta del '900 in poi, facevano apparire il mondo ormai coinvolto in nuove prospettive e in nuovi progetti, che segnavano un crescente allontanamento dalla cultura giuridica statalista dell'Europa, ed altrettanto dal « raffinatissimo » e compiuto disegno istituzionale che l'aveva accompagnata, per lanciarsi in nuove avventure e verso nuovi traguardi, che inevitabilmente avrebbero segnato anche un cambiamento significativo dei protagonisti dello scenario giuridico. Vale dunque la pena di considerare come questi due traccati della globalizzazione e del costituzionalismo determinavano cambiamenti decisivi in direzione dell'immaginario giuridico grossiano.

5. *La globalizzazione: un insperato cambiamento.*

Il processo di globalizzazione, le cui premesse si possono vedere già negli anni '80 del secolo scorso, ebbe piena realizzazione soprattutto negli anni '90, quando si registrò una forte adesione di vari Stati occidentali, e non solo, a mettere in atto strategie di internazionalizzazione e una serie di ricette economiche suggerite

⁽²⁷⁾ G. GORLA, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 1955.

⁽²⁸⁾ Si può far riferimento in proposito al bel volume di B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, il Mulino, 2020, nonché a ID., *Le strade della comparazione tra pubblico e privato: uno sguardo alle origini*, in « Quaderni fiorentini », 51 (2022).

dal cosiddetto ‘Washington consensus’, che venivano accreditare come capaci di condurre allo sviluppo economico. Al contempo, l’affermazione del cosiddetto neoliberalismo, ossia di un progetto di rinnovamento del mondo sulla base del movente degli interessi, e che promuoveva la centralità dei mercati interni e internazionali, spostava l’asse del capitalismo verso strategie di tipo finanziario ed un’economia dei servizi. Ne conseguiva il trasferimento di molte attività produttive occidentali in paesi meno sviluppati, e soprattutto in Cina, per realizzare notevoli risparmi sui costi del lavoro, con effetti importanti sul basso del quadro sociale, specialmente in termini di disoccupazione, impoverimento e destabilizzazione sociale.

Si trattava di una rivoluzione destinata a mutare anche il quadro giuridico prosperato in Europa continentale, organizzato intorno al baricentro statale e alle sue logiche centralizzatrici, che assegnavano una posizione eminente alla legislazione. Nel nuovo corso economico, mentre da una parte il ruolo eminente svolto dal legislatore si indeboliva e il ruolo di primattore passava nelle mani dei giudici e di altre figure affini, nuove ed estese forme di imprenditorialità privata si affermavano anche nella sfera giuridica, portando a un decentramento del paesaggio giuridico e a una diffusione di fonti giuridiche nuove, nonché alla creazione di un nuovo congegno istituzionale, quale quello della *governance*, più duttile e gestibile con soggetti privati, a differenza del *government* ⁽²⁹⁾.

Si può capire come il delinarsi di tutte le novità apportate dalla globalizzazione fosse una gradita e sorprendente novità che portava il diritto nella direzione auspicata da Grossi. Non a caso, devo il mio primo contatto con lui al primo dei libri da me dedicati a questo tema: un libro che fu premiato da una sua generosa recensione sui *Quaderni fiorentini* ⁽³⁰⁾, e che dette l’avvio a una stagione di frequenti scambi e rapporti con lui e con alcuni allievi

⁽²⁹⁾ Sulla *governance* vi è una letteratura molto ricca. Per brevità si rimanda a due soli riferimenti: M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, il Mulino, 2010, e A. PALUMBO, *La polity reticolare. Analisi e critica della governance come teoria*, Roma, XL Edizioni, 2014.

⁽³⁰⁾ Il volume a cui si fa riferimento è M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, il Mulino, 2000. La

della sua Scuola. Fu per me un indimenticabile periodo di preziosi scambi e di apprendimenti da un Maestro così prestigioso e così generoso, che facilmente volle estendere i rapporti di natura scientifica ad una dimensione amicale sempre sincera, durata fino alla fine.

Paolo Grossi finalmente poteva vedere un mondo giuridico che si animava e che si muoveva in maniera indipendente dai consueti schemi astratti, per rispondere a nuove esigenze di tipo economico e sociale. Poco a poco prendevano consistenza i colori di quel quadro fiammingo che tanto aveva atteso di vedere, e che per lui rappresentavano un « ritorno al diritto » ⁽³¹⁾. Sempre più si delineava infatti una crisi della fonte legislativa ed emergeva « un serbatoio » giuridico che andava « scoperto », interpretato e consolidato in principii, procedimenti tutti congeniali alla comunità dei giuristi » ⁽³²⁾. Si trattava di una novità importante da annunciare al mondo intero e in particolare al mondo dei giuristi, che erano ancora in gran parte inconsapevoli, o incuranti, delle novità, e continuavano ad usare vecchi schemi e tradizionali formule, senza avvertire l'aria del cambiamento. Quell'annuncio Paolo Grossi lo fece in una lezione lincea a classi riunite, il cui testo fu poi pubblicato sul Foro italiano ⁽³³⁾, con notevole risonanza.

Agli inizi degli anni 2000, la globalizzazione, termine ricorrente e perfino onnipresente nella comunicazione pubblica di quegli anni, veniva prevalentemente ancora percepita come un fenomeno di rilievo economico e sociologico, mentre in realtà riguardava eccome la sfera giuridica: era questo il punto di partenza della conferenza, che denunciava quasi un ritardo dei giuristi nel percepire e comprendere le novità in atto. La « virulenza » del nuovo capitalismo, le nuove tecnologie e l'insofferenza dei mercati a confini di carattere territoriale ponevano nuove sfide alla politica e anche alla tradizionale concezione territoriale del diritto.

recensione di P. GROSSI, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, in « Quaderni fiorentini », 29 (2000).

⁽³¹⁾ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015.

⁽³²⁾ Ivi, p. 21. Qui il riferimento è soprattutto all'Europa, che tornava a mostrare il suo « volto giurisprudenziale ».

⁽³³⁾ P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in « Il foro italiano », 2002, 5.

Il nuovo primato dell'economia sfidava la sovranità degli Stati e il grande storico ricordava come, mentre nel tardo medioevo furono proprio i nuovi intraprendenti operatori economici, i mercanti, a voler superare « l'estremo particolarismo politico così avverso alla circolazione e all'espansione economica », e a creare strutture politiche più ampie, dando « un contributo non secondario alla costruzione di quell'entità politica tutta nuova che è lo Stato, lo Stato moderno; oggi i nuovi mercanti sembrano, al contrario, far di tutto per sbarazzarsene »⁽³⁴⁾. Nel nuovo clima, si delinea « una incandescenza della prassi » che sfugge al controllo degli Stati e il diritto cessa di essere « ingabbiato » solo nelle forme decise dall'alto e le fonti cessano di essere « immobilizzate in una sorta di piramide » che relegava in posizione ancillare le fonti minori situate al cuore della vita sociale.

Non solo la « fattualità giuridica » viene in primo piano, ma anche il ruolo dei giuristi riacquista centralità soprattutto per la vita economica globale. Grossi non si allarma per il fatto che questi giuristi per lo più siano situati nelle grandi *law firms* americane, anzi considera positivamente che essi producano un diritto di carattere transnazionale, che non si riconosce più in una radice territoriale, essendo questo il segno di un legame spezzato con la politica. Tiene tuttavia a precisare che « Oggi il giurista vive un momento fertile e difficile: fertile, perché il suo è ormai un ruolo attivo e propulsivo; difficile non soltanto per le gravi responsabilità che gravano sulle sue spalle, ma anche per quell'esteso quoziente di incertezza che involve la sua azione conoscitiva e applicativa »⁽³⁵⁾.

Il nuovo protagonismo dei giuristi e dei giudici contribuisce anche a ridurre le distanze tra mondo di *civil law* e mondo di *common law*, che, beninteso, continuano a rimanere distanti e separati, ma meno che nel passato, e mostrano persino vari segnali di avvicinamento, in una direzione storica che va, sia pur cautamente, verso la riscoperta di un passato di comune tradizione giuridica, e persino di un « common core »⁽³⁶⁾. Beninteso, è soprattutto « il

⁽³⁴⁾ Ivi, p. 157.

⁽³⁵⁾ Ivi, p. 161.

⁽³⁶⁾ M. BUSSANI, U. MATTEI, *Making European law. Essays on the « common » core project*, Cambridge (R.U.), Cambridge University Press, 2000.

pianeta di *civil law* [che] riceve dal contatto coi filoni globalizzatori un respiro più aperto e uno stimolo a parecchi ripensamenti essenziali » (37).

Lo sguardo di Grossi può finalmente godere di un paesaggio giuridico variegato e pluralistico, animato da soggetti diversi, sia pubblici che privati, corrispondente al suo immaginario, in cui finalmente, « accanto al grande canale navigabile e navigato del diritto dei vari Stati o del diritto comunitario o del diritto internazionale, prendono forma in maniera sempre più netta altri canali che corrono paralleli e che diventano sempre più navigati » (38). Tutto ciò potrebbe indurre a far pensare ad un suo facile accostamento dell'esperienza di questo momento storico al passato medievale che studia da una vita. Ma al suo sguardo non sfugge la circostanza che i personaggi che animano la scena odierna non sono più i tradizionali soggetti del passato. Non si tratta più di un quadro fiammingo animato da contadini e artigiani e da vivaci locandiere: piuttosto « che una prassi fatta da un popolo minuto di *homines oeconomici*, si tratta di una realtà economica determinata da chi, ormai, al giorno d'oggi, sollecita e indirizza il mercato globale, e cioè le *transnational corporation* » (39). I soggetti economici in gioco sembrano disegnare « un terreno infido » in cui « la globalizzazione mostra la sua duplice faccia per il giurista; occasione, grossa occasione di maturazione e di aperture, ma anche grosso rischio. E il rischio sta nell'arroganza del potere economico, che non è minore di quella paventata del potere politico. Il rischio è la strumentalizzazione della dimensione giuridica al soddisfacimento di interessi economici, spesso concretantisi — in un clima di capitalismo sfrenato — nel raggiungimento di ogni mezzo e ad ogni costo del maggior profitto possibile » (40).

Queste parole apparivano sempre più profetiche, via via che il processo di globalizzazione si sviluppava attraverso percorsi guidati da una filosofia liberista, in accordo con un capitalismo finanziario

(37) GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, cit., p. 162.

(38) Ivi, p. 157.

(39) *Ibidem*.

(40) Ivi, p. 162.

incapace di assolvere le seducenti promesse fatte al suo esordio ⁽⁴¹⁾. Lo stesso Grossi non manca di segnalare, alcuni anni dopo, « il rischio attuale » e « assai concreto » che la crisi dello Stato e dei poteri politici nella produzione del diritto « generi una supplenza nei nuovi padroni dei fatti, un potere economico la cui arroganza potrebbe farci rimpiangere la vecchia (e da noi deprecata) arroganza del potere politico » ⁽⁴²⁾. Altrettanto profetiche sono le parole che Grossi spende con riferimento al ceto dei giuristi in epoca globale. Egli parla del rischio di una « diaspora mondiale dei giuristi », per schivare il quale occorre una « coscienza legante »: ma non quella « di un ceto, perché fuorviarne, posto che l'ottica dovrebbe essere ben lontana da fini corporativi, ma la consapevolezza di uomini di scienza e di prassi accomunati dal possesso di un certo pensiero, di certe conoscenze, di certe tecniche e uniti dalla certezza del valore ontico del diritto per la vita di una comunità locale o globale » ⁽⁴³⁾. Grossi si spinge a ipotizzare che la loro « coscienza salda e comune » potesse generare un corpo di principi e regole giuridiche a proiezione mondiale. Una speranza che sembra tuttavia smentita da un andamento della comunità mondiale dei giuristi sempre più diasporico. La diaspora si configura non solo in senso territoriale, per la diversità delle culture locali retrostanti che torna talora a prevalere, dopo un periodo che sembrava all'insegna della confluenza, ma anche e soprattutto sotto il profilo dei valori fondanti della sfera giuridica, che si suole racchiudere nel binomio, forse troppo sbrigativo di « libertà e giustizia ». Oggi si taglia in maniera sempre più pronunciata un ruolo di primo piano dei giuristi a livello globale, che assolvono a compiti e funzioni sempre più rilevanti, anche di *lawmaking*, ma in un'ottica che prevalentemente rispecchia una razionalità di mercato, piuttosto che una razionalità propriamente giuridica ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴¹⁾ M.R. FERRARESE, *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, Bologna, il Mulino, 2017.

⁽⁴²⁾ P. GROSSI, *Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, Editoriale scientifica, 2005, p. 56.

⁽⁴³⁾ GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, cit., p. 164.

⁽⁴⁴⁾ Rimando in proposito a M.R. FERRARESE, *Globalizzazione e comparazione: law-making e ruolo dei giuristi privati nel contesto odierno*, in *Trento e il diritto*

6. *Costituzioni, costituzionalismo e Corte costituzionale: un percorso di riscoperte.*

Il caso ha voluto che Paolo Grossi concludesse la sua ricchissima carriera con la prestigiosa nomina a giudice della Corte costituzionale, e poi da Presidente della stessa. Quella nomina così prestigiosa, di cui si sentiva molto onorato, era tuttavia da lui del tutto inaspettata e, come più volte confidava agli amici, fu accettata quasi più per spirito di servizio alle istituzioni, che accolta trionfisticamente: gli costava infatti non solo l'allontanamento dal mondo universitario, al quale tanto teneva, ma anche una faticosa riconversione professionale. Essa faceva seguito a una lunga e ininterrotta vita di studi, di insegnamento e di ricerca di livello internazionale nell'Università, dove aveva inoltre rivestito ruoli importanti e molto prestigiosi, e contribuito non solo a una vita scientifica assai ricca e vivace con iniziative culturali di grande momento, come la fondazione della rivista *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. Grossi aveva contribuito anche a determinare significativamente la vita logistica della sua Facoltà, ad esempio attraverso la 'battaglia' intrapresa negli anni in cui era preside della Facoltà giuridica, per ottenere la bella sede di Villa Ruspoli ⁽⁴⁵⁾.

Eppure, in quella nomina alla Corte si celava un segno e quasi un presagio, se si considera che l'altro cambiamento che contribuiva a configurare un mondo giuridico più affine all'immaginario giuridico di Grossi arrivava proprio dalla svolta costituzionalistica impressa al mondo giuridico negli ultimi decenni del '900. Anche in precedenza, beninteso, si erano dischiusi, sia nella riflessione di alcuni studiosi, sia nella conformazione del paesaggio istituzionale, vari spazi più favorevoli alla sua visione, che lasciavano intravedere nuove possibilità ⁽⁴⁶⁾. Specialmente la nuova rilevanza acquisita dalle costituzioni moderne aveva immesso aria nuova nel mondo del

comparato/Trento and Comparative Law, a cura di A. Antonioli, F. Cortese, E. Ioriatti, B. Marchetti, Padova, Cedam, 2023.

⁽⁴⁵⁾ Sul tema, A. SIMONCINI, *Villa Ruspoli, spazio privilegiato per la formazione dei giuristi del futuro*; P. CAPPELLINI, *Villa Ruspoli. Una memoria per il futuro*, e P. GROSSI, *Su 'Villa Ruspoli'. Patrimonio dell'Ateneo fiorentino*, nella sezione *Testimonianze*, in «Quaderni fiorentini», 51 (2022).

⁽⁴⁶⁾ Si può trovare un inventario di queste aperture, redatto dallo stesso GROSSI, in *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015, p. 90. Ma il tema ricorre in vari altri scritti.

diritto, anche se in Europa era rimasta tuttavia a lungo schiacciata dalla preminenza del diritto legislativo, e non aveva potuto esprimere tutte le proprie potenzialità ⁽⁴⁷⁾.

Le cose cambiano più decisamente con il consolidarsi di quella che Bobbio chiamò « l'età dei diritti », che conduce a un vero e proprio « costituzionalismo dei diritti », contribuendo anche attraverso un ruolo attivo delle Corti costituzionali, ad una nuova articolazione giuridica e a una « limitazione giuridica del potere politico [che] è funzionale alla garanzia dei diritti individuali », fino al punto che il potere politico trova ormai anche « nei diritti degli individui la propria fonte di legittimazione » ⁽⁴⁸⁾. È dunque quasi il livello giuridico dei consociati che legittima il piano politico e non viceversa. Si indeboliva così significativamente quel rapporto privilegiato con la volontà politica che era alla base del diritto moderno, e che Grossi metteva al centro della sua lente critica.

Come hanno illustrato le riflessioni di Maurizio Fioravanti, uno degli allievi di pregio della scuola di Grossi prematuramente scomparso, il costituzionalismo rimanda a una lunga storia ⁽⁴⁹⁾ e si pone in un certo senso a cavallo tra la storia dello Stato moderno, di cui rappresenterebbe una sorta di perfezionamento racchiuso nella formula dello « Stato costituzionale di diritto » ⁽⁵⁰⁾, o invece una sfida rivolta al concetto stesso di « sovranità » che era alla base del diritto moderno, col suo rimando a connotati di limitazione del potere, che erano presenti anche in epoca pre-moderna ⁽⁵¹⁾. Se interpretata in questa seconda luce, la Costituzione si pone come

⁽⁴⁷⁾ Mi sia consentito rinviare in proposito a M.R. FERRARESE, *Dal « verbo » legislativo a chi dice « l'ultima parola »*, in « Annuario di diritto comparato e di studi legislativi » (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane), 2011.

⁽⁴⁸⁾ G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, Il Mulino, 2017. Le citazioni sono tratte da p. 17.

⁽⁴⁹⁾ M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza, 2009.

⁽⁵⁰⁾ Al tema e alle sue evoluzioni ha dedicato una grande e costante attenzione e molti volumi Luigi FERRAJOLI, a partire da *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 2 Voll., Roma-Bari, Laterza, 2007, specie vol I, fino a *La Costituzione della terra*, Milano, Feltrinelli, 2020.

⁽⁵¹⁾ M. DOGLIANI, *Neo-costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale? Alla ricerca di un ponte tra neocostituzionalismo e positivismo metodologico*, in « Costituzionalismo.it », Fascicolo 2-2010.

una sorta di nuova e atipica metafonte del diritto, destinata a generare « pratiche interpretative e argomentative », « stili di decisione e di motivazione », « concezioni delle fonti del diritto » che vengono « adottati dagli operatori giuridici in un certo contesto »⁽⁵²⁾, ma che non sono necessariamente in linea con gli assunti tipici del diritto statale. Si determina insomma non solo un notevole sganciamento dal predominio della cultura legislativa, ma, attraverso un nuovo ruolo assegnato ai « principi » costituzionali, si creano percorsi di una nuova agibilità giuridica affidata ai giuristi, e specialmente ai vari giudici, tutti coinvolti nella funzione di assicurare l'applicazione di quei principi.

Si capisce dunque come la Costituzione, specialmente dopo i nove anni trascorsi alla Corte costituzionale, abbia rivestito un ruolo centrale nella riflessione di Grossi. Il frutto di quella lunga riflessione maturata nel crogiolo di una concreta esperienza di « intensa familiarità con il testo costituzionale e, più ampiamente, con l'intera dimensione costituzionale »⁽⁵³⁾, fu poi da lui racchiuso nella formula « invenzione del diritto », che dà titolo all'omonimo libro del 2017. Quella formula, che può essere facilmente fraintesa come descrittiva di nuove potenzialità creative del diritto conferite al giurista, vuole invece indicare qualcosa di diverso: essa indica il senso di un rapporto tra il diritto e l'interprete che si pone non nei termini di una libera inventiva o creazione da parte dall'interprete, ma piuttosto nei termini di una « ricerca inventiva », attraverso « una lettura attenta della dinamica sociale, così come la vive nella sua esistenza quotidiana il comune cittadino, sia esso ricco o povero, potente o inerme, ddotto o ignorante »⁽⁵⁴⁾.

Per quanto circoscritta nei termini definiti da Grossi di una ricerca accurata e responsabile, e non di una creazione libera e spericolata di diritto da parte dei giudici, si può capire che la formula della « invenzione del diritto », suggestiva e affascinante, fosse destinata ad aprire nuovi e opposti fronti tra quanti guardano

(52) Ivi, p. 35.

(53) GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., p. X.

(54) Ivi, p. XI.

con assoluto favore questa svolta ⁽⁵⁵⁾ e quanti pensano che oggi prevalga una eccessiva dilatazione degli spazi interpretativi, che spesso diventano veri e propri « poteri interpretativi » ⁽⁵⁶⁾ dei giudici, anche per via di nuovi corridoi aperti all'interprete ⁽⁵⁷⁾, a danno di esigenze di stabilità e prevedibilità del quadro normativo, e di ulteriore indebolimento della legalità, se pure intesa in maniera morbida ⁽⁵⁸⁾.

Proprio la lunga esperienza alla Corte, che Grossi reputa per lui « assai incisiva e fertile », lo rafforza nella convinzione che il senso delle risposte giuridiche ai vari problemi vada rinvenuto attraverso un'appropriata e operosa ricerca, perché quel senso è già presente nella « natura delle cose », e principii come quello di « ragionevolezza », che tendono a misurarsi sui fatti di vita, riequilibrando i valori concretamente coinvolti, non possono non farlo emergere ⁽⁵⁹⁾. La dimensione costituzionale si rivela insomma, agli occhi di Grossi, come la scoperta di « una sorta di scrigno prezioso, fatto anche di principii inespressi, che hanno solo bisogno di un interprete che li tragga dallo strato latente, trasformandoli in strumenti corroborativi della vita delle persone nelle vicende della loro esperienza quotidiana. Nella Repubblica, fortunatamente per il cittadino italiano, questo interprete c'è, ed è la Corte costituzionale prevista nella sua funzione di supremo organo di garanzia » ⁽⁶⁰⁾. Tutto ciò implica che il bagaglio tecnico di stampo normativo del cosiddetto « giurista positivo » sia messo a dura prova dal nuovo congegno costituzionale, fino al punto che « il diritto statuale, cioè legale, non coincide più con l'ordinamento giuridico della Repubblica », e emerge « il primato della persona umana sullo Stato, il primato dei diritti fondamentali, che fondano non soltanto la libertà

⁽⁵⁵⁾ In questo fronte è sicuramente da includere N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giustizia*, Milano, Giuffrè, 2017, e ID., *Elogio della giustizia*, Bologna, il Mulino, 2021.

⁽⁵⁶⁾ Si veda in proposito G. PINO, *Poteri interpretativi e principio di legalità*, in *Enciclopedia del diritto*, I tematici V, *Potere e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2022.

⁽⁵⁷⁾ Indicativo il caso messo sotto indagine da M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, IX, Milano, Giuffrè, 2016, p. 391 e ss.

⁽⁵⁸⁾ Si veda la bella voce di M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, VI, 2013.

⁽⁵⁹⁾ GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., p. 61.

⁽⁶⁰⁾ Ivi, p. 119.

e la dignità del soggetto, ma tutta l'architettura giuridica della convivenza » (61). Queste parole, in cui risuona anche la lezione del cattolicesimo e del diritto canonico, accostato da Grossi fin da suo esordio di studioso, con tutto il rilievo assegnato alla persona, mostrano fino in fondo l'importanza che riveste ai suoi occhi un « sistema aperto di principii [...] chiamato a orientare, ma anche a disciplinare tutto il divenire giuridico » (62).

7. *Il mondo post-moderno di Paolo Grossi e il pluralismo tra spazio e tempo.*

Proprio grazie ai nuovi tracciati della globalizzazione e del costituzionalismo, la visione di Paolo Grossi ha guadagnato concreta esistenza in un orizzonte giuridico sempre più pluralistico. Il pluralismo giuridico, che ha una ricchissima storia e può essere inteso in vari modi (63), mette comunque a nudo la crisi del modello monistico da lui tanto avversato, ponendo non solo di fronte a un « cambio di paradigma » rispetto al passato, ma, com'è stato notato, « a ben più ampio scenario della radicale crisi dei 'paradigmi culturali della modernità', entro i quali [quella crisi] si iscrive, ma non si esaurisce » (64). Come nota Pietro Costa, « di fronte a una morfologia socio-giuridica così diversificata e frastagliata » quale quella del mondo attuale, « gli strumenti del pluralismo ottonecentesco appaiono, se non inadeguati, insufficienti. Con apparente paradosso, proprio nel momento del suo incontrastato trionfo, il paradigma 'pluralistico' sembra essere ancora alla ricerca di una teoria sufficientemente 'potente' » (65).

(61) Ivi, p. 109.

(62) Ivi, p. 84. Egli torna più volte sull'importanza, anche sotto il profilo del metodo, del diritto canonico, che considera padre di « un figlio inaspettato: il *common law* ». Così in GROSSI, *Società, diritto, Stato*, cit., p. 135.

(63) Al tema, che conta una letteratura vastissima, è dedicato il vol. 50 (2021) dei « Quaderni fiorentini ». Si vedano in particolare le serrate analisi di P. COSTA, *Il 'pluralismo' politico-giuridico: una mappa storico-concettuale*, e B. PASTORE, *Pluralismi giuridici e trasformazioni del diritto contemporaneo*.

(64) G.M. LABRIOLA, *Pluralismo giuridico*, in *Ri-trovare il diritto: Paolo Grossi alle origini delle organizzazioni sociali*, cit., p. 61.

(65) COSTA, *Il 'pluralismo' politico-giuridico: una mappa storico-concettuale*, cit., p. 117.

Grossi non si accontenta di assistere all'affermazione di uno scenario giuridico di carattere nettamente pluralistico da sempre auspicato. Da storico, disponibile « a seguire passo passo la vita del diritto nel suo muoversi e mutare, a leggere e interpretare i segni di questo incessante divenire »⁽⁶⁶⁾, tiene a inserirlo in una prospettiva temporale, marcando il suo tempo con l'aggettivo « pos-moderno »: un aggettivo che, con una leggera variazione nella scrittura rispetto al post-moderno immortalato da Lyotard⁽⁶⁷⁾, contiene la « segnalazione squillante » di un tempo che « ha lasciato il terreno storico della modernità »⁽⁶⁸⁾. Il Novecento, ingiustamente caratterizzato come « secolo breve », viene ripensato invece come un lunghissimo tempo di transizione in cui il modello del diritto moderno, con il suo monismo legislativo e con l'astrattezza delle sue linee, si è progressivamente frantumato di fronte a un esteso pluralismo e a una nuova e diffusa « fattualità giuridica »⁽⁶⁹⁾.

Sul sentiero storico della post-modernità, comincia ad arretrare persino il dogmatismo del diritto civile che, come viene ricordato, pur essendo stato, nel millennio medievale, « affidato all'officina fattuale delle consuetudini »⁽⁷⁰⁾, era stato poi risucchiato nella sfera di controllo del Principe e, nel corso dell'Ottocento, nell'approccio dogmatico della Pandettistica tedesca. Oggi, quel « dogmatismo legalista » è « alla resa dei conti », anche se « le antiche attitudini sono ancora presenti qui e lì »⁽⁷¹⁾.

Il « pos-moderno » reca un registro giuridico in cui la cifra politica del diritto è significativamente indebolita e la credibilità di vecchi dogmi, come quello dell'astrattezza delle categorie, o dell'idea di legalità, o di separazione dei poteri, è fortemente stressata. Insomma, la lezione anticipatrice del giovane Santi Romano del 1909 sembra aver trovato attuazione in una capacità ordinante delle

(66) Così P. GROSSI, *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, Bologna, il Mulino, 2018, p. 51.

(67) J.F. LYOTARD, *La condizione post-moderna*, Milano, Feltrinelli, 1979.

(68) P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 4.

(69) P. GROSSI, *Sulla odierna fattualità del diritto*, in *giustiziavivibile.com*, 2014, 1.

(70) P. GROSSI, *Il diritto civile in Italia tra moderno e posmoderno*, Milano, Giuffrè, 2021, p. 1.

(71) Ivi, specialmente p. 133 e ss., dove, tra l'altro, si considerano le opposte posizioni di Natalino Irti e di Francesco Galgano sul punto.

relazioni sociali da parte di un diritto che spesso non origina dallo Stato, ma da varie formazioni sociali ed economiche, oltre che finanziarie, sportive, di volontariato, ecc.

Tuttavia, il post-moderno non può essere pensato in maniera riduttiva ed è portatore di un pluralismo anche sotto il profilo temporale. Com'è stato notato, non solo « la complessità del Novecento — questo appare chiaro a tutti — non può essere schiacciata sul 'mondo di prima' », ma « a impedirlo c'è una realtà che incrocia in modo nuovo spazio e tempo, diacronia e sincronia, mettendo in discussione la tranquillizzante linearità dello sviluppo storico e le certezze metodologiche consolidate nell'Ottocento » (72). Oggi, ormai al di là del Novecento, il post-moderno si rivela sempre più non solo come il tempo che succede al moderno, ma anche come un tempo che ci mette di fronte a nuove possibilità temporali del diritto. Ciò può essere inteso almeno in due sensi. Da una parte il post-moderno associa in un *puzzle* imprevedibile pezzi e modalità temporalmente diversi del diritto. Dall'altra, in un senso ancor più pregnante, il postmoderno rivela un diritto che mentre sembra restaurare modalità pre-moderne, si presenta invece come un diritto « al presente » (73).

Sotto il primo profilo, il pluralismo di espressioni giuridiche è esposto anche a possibilità che esorbitano la nostra tradizione. Ad esempio, quando Sacco, parlando del diritto « muto » (74), fa riferimento a un diritto che non è verbalizzato, ma è effettivo, estende l'orizzonte e le possibilità del diritto consuetudinario, attraverso l'inserimento in questa tradizione di regole che possono essere applicate anche in maniera inconsapevole, così aprendo nuove conoscenze sulla « dimensione tacita del diritto » (75), che arricchisce

(72) G. CAZZETTA, *Pagina introduttiva (Unità e pluralità: spazi e tempi del pluralismo giuridico moderno). Cinquant'anni di Quaderni fiorentini*, in «Quaderni fiorentini», 50 (2021), p. 22.

(73) Sulla governance giudiziaria e paragiudiziaria rimando rispettivamente a *La governance tra politica e diritto*, cit., e a *La governance paragiudiziaria. Arbitrati e investimenti esteri*, in «Politica del diritto», 37 (2014).

(74) R. SACCO, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita e valori condivisi*, Bologna, il Mulino, 2015.

(75) Si vedano in tal senso le suggestioni in *La dimensione tacita del diritto*, a cura di R. Caterina, Napoli, Edizioni scientifiche, 2009, e specialmente nell'omonimo

sce quel «serbatoio giuridico» di cui parlava Grossi. Il diritto «muto», in quanto «non scritto» e non esplicitato in documenti ufficiali, e che è proprio di gran parte dei paesi di cultura tradizionale, oggi transita largamente anche nei nostri paesi, grazie specialmente agli immigrati che spesso in esso continuano a riconoscersi, e che comunque lo applicano, al di fuori di ogni ufficializzazione. Si verifica così la coesistenza, nello stesso spazio delle nostre società, di diverse e persino opposte temporalità giuridiche: da una parte quella delle leggi, che è rivolta verso il futuro, dall'altra quella di modalità che sembrano provenire da un lontano passato.

Al contempo, sotto il secondo profilo, il posmoderno grossiano si svela come un tempo in cui prospera soprattutto quel fenomeno di «diritto al presente»⁽⁷⁶⁾, che ha accompagnato la globalizzazione, e che vede il protagonismo di modalità giuridiche di tipo giudiziario, costituzionale e contrattuale⁽⁷⁷⁾: modalità giuridiche amate da Grossi, con una trama temporale adatta a rispondere ai bisogni sociali di un presente in continua ricomposizione, che divora anche il futuro.

Il che è tuttavia prova di uno scenario giuridico inquieto, che non ha più stabilizzatori, quali erano gli Stati, e che aggiusta il tiro a seconda del mutare delle varie circostanze. Sembra che lo stesso Grossi alluda a un tale scenario quando afferma che oggi «lo spazio giuridico acquisisce una sua proiezione immateriale, o, per meglio dire, lo spazio non è più il suo oggetto necessario; suo oggetto necessario è il vario e complesso assestarsi del tessuto di relazioni tra gli uomini a seconda del vario e complesso organizzarsi della società»⁽⁷⁸⁾. Non senza aggiungere che, proprio come nell'esperienza medievale, si assiste alla «co-vigenza in uno stesso territorio di più ordinamenti giuridici e quindi di più diritti»⁽⁷⁹⁾.

testo di R. CATERINA e nel testo di M. GRAZIADEI, *La legge, la consuetudine, il diritto tacito, le circostanze*, ivi contenuti.

⁽⁷⁶⁾ M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, il Mulino, 2002.

⁽⁷⁷⁾ Ivi, specialmente p. 75 e ss.

⁽⁷⁸⁾ GROSSI, *Prima lezione di diritto*, cit., p. 74.

⁽⁷⁹⁾ *Ibidem*.

Lecture

L'arcipelago del diritto. Lezioni per i futuri naviganti. In ricordo del decennale della Cattedra Galante Garrone, a cura di Massimo Vogliotti, Torino, Rosenberg & Sellier, 2022, pp. 371.

1. Nel 2010 la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Piemonte Orientale deliberò l'istituzione d'una Cattedra intitolata ad Alessandro Galante Garrone (1909-2003), magistrato, partigiano, azionista e poi professore di Storia del Risorgimento all'Università di Torino. Seguendo l'esempio di prestigiose iniziative straniere, si decise di strutturare l'insegnamento affidando brevi moduli a insigni studiosi il cui profilo scientifico incrociasse il vasto perimetro d'interessi dell'intellettuale vercellese. Le lezioni svoltesi nel primo decennio sono ora raccolte in un volume, *L'arcipelago del diritto*, curato da Massimo Vogliotti, ordinario di Filosofia del diritto nell'Ateneo piemontese, promotore e tuttora responsabile della cattedra.

In tempi di selvaggio *marketing* accademico, di concorrenza al ribasso tra corsi di laurea pseudo-professionalizzanti dai contenuti tanto luccicanti quanto vacui, la scelta di un epònimo così anacronistico può sorprendere. Espressione d'una stagione « culturale e civile irripetibile » ⁽¹⁾, da giurista, storico, giornalista ⁽²⁾ Galante Garrone incarnava valori, primo tra tutti la religione laica del dovere, propri di quell'« Italia della ragione » ⁽³⁾ che molti, troppi segnali inducono a ritenere sconfitta. Così come sono spesso oggetto d'irrisione le formule-chiave dell'azionismo: intransigenza morale, senso dello Stato, sobrietà nell'esercizio delle funzioni pubbliche etc. ⁽⁴⁾.

L'ambizione della Cattedra di rinverdire una tradizione nobile ma dispersa rispecchia, in fondo, una precisa opzione metodologica del

⁽¹⁾ Massimo VOGLIOTTI, *Un giurista inquieto*, in *L'arcipelago del diritto*, p. 21.

⁽²⁾ Un'ampia selezione degli articoli di Alessandro Galante Garrone apparsi su *La Stampa* dal 1955 sarà disponibile nel vol., in corso di pubblicazione, *Per l'eguaglianza e la libertà*, a cura di Paolo Borgna, Francesco Campobello e Massimo Vogliotti, Torino, Einaudi, 2023.

⁽³⁾ Giovanni SPADOLINI, *L'Italia della ragione. Lotta politica e cultura del Novecento*, Firenze, Le Monnier, 1978.

⁽⁴⁾ Paolo BORGNA, *Le battaglie civili di Alessandro Galante Garrone*, in *L'arcipelago del diritto*, p. 31.

milieu cui Galante Garrone apparteneva. Basti rileggere uno dei frammenti, da lui riscoperti e pubblicati postumi, di Gaetano Salvemini, risalenti al 1922-23. Lo storico pugliese vi spiegava che lo studio delle opere di Carlo Cattaneo, immunizzandolo da un certo utopismo mazziniano, gli aveva insegnato che l'alternarsi di progresso e regresso non procede « verso un unico fine, secondo un piano coordinato ». E tuttavia, aggiungeva Salvemini, questa visione « empirica della storia » non elimina « l'obbligo di lavorare con tutte le nostre forze a realizzare » l'ideale, quello per il quale « altri uomini hanno lavorato nella direzione, da noi accettata come la buona »; la conoscenza del passato ci fa scoprire che « il nostro pensiero corrisponde al pensiero di altri uomini [...] e che quindi non siamo degli allucinati, anche se non siamo l'unanimità, anche se siamo ancora una minoranza ». « Una pagina bellissima », commentava Galante Garrone ⁽⁵⁾, evidentemente riconoscendosi nella riflessione di uno dei suoi *maggiori* ⁽⁶⁾.

Da Salvemini egli raccontava d'aver appreso una massima di vita: « Non si può comprendere senza amare » ⁽⁷⁾. Eppure, il suo primo approccio al diritto gli suscitò tutt'altro che amore. Il giovane 'Sandro' rientrava nella fisiologica percentuale — oggi, invero, sparuta — di immatricolati a Giurisprudenza che non smettevano di frequentare, con qualche senso di colpa, anche le discipline umanistiche quasi come via di fuga dal formalismo e, talora, dalla noia dei manuali giuridici ⁽⁸⁾. Il felice esito, nel caso di specie, di quell'educazione 'binaria' dovrebbe indurre a meditare non solo gli studenti, ancor oggi tentati di arrendersi al medesimo spaesamento; ma anche e soprattutto chi vorrebbe recidere dall'albero dell'offerta formativa i rami 'culturali'. Rami, si badi, che possono protendersi in qualsiasi 'materia', e che sono indispensabili — per riprendere il monito di Luigi Ferrajoli — ad « appassionare » allo studio del diritto ⁽⁹⁾. Per *appassionare* gioverebbe, forse, sfrondare i percorsi didattici dei tecnicismi effimeri e moltiplicare quegli squarci di ariosità che le scienze giuridiche si compiacciono, talora, di tener nascosti.

⁽⁵⁾ Alessandro GALANTE GARRONE, *Salvemini e Mazzini. In appendice: Lezioni inedite di Salvemini*, Messina-Firenze, G. D'Anna, 1981, pp. 235-236. Il brano è opportunamente valorizzato da Sergio BUCCHI, *La filosofia di un non filosofo. Le idee e gli ideali di Gaetano Salvemini*, Torino, Bollati Boringhieri, 2023, pp. 131-132.

⁽⁶⁾ Il vocabolo è mutuato da Alessandro GALANTE GARRONE, *I miei maggiori*, Milano, Garzanti, 1984.

⁽⁷⁾ Ivi, p. 135.

⁽⁸⁾ Paolo BORGNA, *Un Paese migliore. Vita di Alessandro Galante Garrone*, Roma-Bari, Laterza, 2006, pp. 93-94; VOGLIOTTI, *Un giurista inquieto*, cit. (nt. 1), p. 22.

⁽⁹⁾ Luigi FERRAJOLI, *Sull'insegnamento del diritto*, in *L'arcipelago del diritto*, pp. 135-136.

2. *L'arcipelago del diritto* spalanca, per l'appunto, una panoramica sull'ordinamento *lato sensu* costituzionale; ne scova le potenzialità e ne stigmatizza le sofferenze, senza mai deflettere da un piglio problematico e propositivo.

Nel denso saggio introduttivo Vogliotti descrive impietosamente il degrado del tessuto politico-istituzionale italiano e ne indica i fattori più corrosivi: la falsificazione mediatica del linguaggio ⁽¹⁰⁾; il rifiuto — sotteso alla *tossica* « campagna di delegittimazione » della magistratura ⁽¹¹⁾ — degli strumenti di controllo e di contrappeso. Lo stesso Curatore lascia tuttavia balenare la possibilità che la « pedagogia civile », intesa à la Galante Garrone, agisca come leva di reazione *culturale* e al contempo rilanci la 'missione' della dottrina giuridica ⁽¹²⁾.

Vogliotti è convinto che un « sintomo » gius-filosofico del declino del costituzionalismo consista nel nichilismo giuridico. Secondo la nota diagnosi di Natalino Irti, l'inesorabile cedimento, nel corso della 'lunga' modernità, dei fondamenti meta-giuridici (religiosi, razionali, naturali) ha condotto a identificare integralmente il diritto con la legge positiva ovvero, per esser meno criptici, con la volontà di potenza. Un destino al quale non sfugge la Costituzione, anch'essa essiccata a puro atto di volontà e relegata a vertice meramente formale della piramide gerarchica delle fonti ⁽¹³⁾.

La premessa epistemologica — obietta Vogliotti — da cui muove il ragionamento nichilista non è affatto neutra. Essa riproduce fuori tempo massimo le coordinate del positivismo e del legalismo statualistico dell'Ottocento, e così non coglie l'opportunità, offerta dalle costituzioni del secondo dopo-guerra, di discernere il dato normativo (assimilabile al 'fatto' delle scienze naturali) dal 'programma' e dai principi. Le Carte oggi vigenti, fa notare il Curatore, possono invece svolgere il ruolo di 'polmone' meta-giuridico dell'ordinamento perché sono nate adèspote, e dunque geneticamente attrezzate al bilancia-

⁽¹⁰⁾ Al « decadimento della verità » e alla sfiducia nella valenza convenzionale del linguaggio Massimo VOGLIOTTI, *Perché una cattedra intitolata ad Alessandro Galante Garrone? La crisi dello Stato costituzionale di diritto, la distopia nichilistica e l'esigenza di una nuova educazione giuridica*, in *L'arcipelago del diritto*, pp. 54-55 annette rilevanti responsabilità quanto all'inquinamento del dibattito pubblico e alla tenuta della democrazia. A quest'ordine di problemi possono ricondursi due intriganti saggi ospitati ne *L'arcipelago del diritto*: Franca D'AGOSTINI, *La verità degli enunciati normativi: tre teorie*, pp. 225-244; Vittorio VILLA, *I disaccordi interpretativi profondi fra metaetica e filosofia del diritto*, pp. 247-299.

⁽¹¹⁾ VOGLIOTTI, *Perché una cattedra*, cit. (nt. 10), pp. 50-55 (ivi, p. 52 l'osservazione relativa alla magistratura).

⁽¹²⁾ Ivi, p. 77.

⁽¹³⁾ Ivi, pp. 59-66.

mento di valori e interessi plurali entro un progetto storico condiviso (14).

Il riscatto della dimensione progettuale affiora più volte nel libro qui in esame. Al progetto — auspica Zagrebelsky nella lezione inaugurale — dovrebbe partecipare anche una scienza giuridica orientata verso l'avvenire anziché imbrigliata dall'« occasionalismo » (15).

Qualsiasi progettazione non può che partire dalla presa d'atto del « rovesciamento » del modello costituzionale novecentesco (16). Le prime tre lezioni contenute nel volume convergono su una constatazione pressoché inconfutabile: l'effettivo funzionamento dei sistemi costituzionali rigidi assegna ormai alla giurisdizione un ruolo centrale e crescente; la trincea dei diritti e delle libertà non è più sorvegliata dalla (sola) legalità, come accadeva ai tempi di Calamandrei e di Galante Garrone.

Zagrebelsky segnala come lo spostamento del baricentro dal *gubernaculum* alla *iurisdictio* comporti non trascurabili modifiche sistemiche. In primo luogo, la « globalizzazione dei diritti » e la « tutela multilivello » accordata a questi ultimi sta erodendo, non senza qualche opacità, una prerogativa, l'amministrazione della giustizia, a lungo spettante in esclusiva alle sovranità nazionali. In secondo luogo, compito dell'interprete, anche al gradino più elevato della giurisdizione, non è più quello di rintracciare la puntuale *voluntas* del legislatore originario, bensì di cercare risposte alle concrete aspettative di giustizia del corpo sociale: senza frontiere spaziali né privilegi cetuali. Può perciò parlarsi di costituzioni sempre meno *imperative* e sempre più *responsive*, disposte all'ascolto e alla soluzione dei casi emergenti « dal basso » e aperte all'« influenza dei contesti ». A questa incoraggiante 'conversione' degli organi di giustizia verso la complessità fanno tuttavia riscontro — lamenta Zagrebelsky — una paralizzante « entropia politica » e una prorompente drammatizzazione della « questione sociale ». Insomma è l'andamento del *gubernaculum*, più che della *iurisdictio*, a preoccupare il Presidente emerito della Consulta (17).

Il saggio di Francesco Palazzo sulla *legalità penale* approda alla medesima conclusione: l'asse dell'ordinamento giuridico si è inclinato verso il formante giudiziario. Nel dibattito penalistico tra nostalgici del sillogismo giudiziale beccariano e fautori d'una valorizzazione, per via ermeneutica, delle fonti 'sostanziali' (i fatti, le consuetudini, la società) lo studioso ammette di propendere, in linea di principio, per la seconda

(14) Ivi, pp. 69-70 (premesse dei nichilisti) e 74 (potenzialità delle costituzioni novecentesche).

(15) Gustavo ZAGREBELSKY, *Il futuro della Costituzione*, in *L'arcipelago del diritto*, p. 85.

(16) Ivi, p. 90.

(17) Ivi, pp. 91-101.

modalità di interpretazione, che restituisce al diritto la sua « profonda vitalità ». Egli però riconosce che la « specificità » del penale, il suo volto ontologicamente arcigno e coercitivo, la sua « insopprimibile istanza di garanzia » vietano di rinunciare all'ancoraggio illuministico del *nullum crimen* ⁽¹⁸⁾.

Consapevole che l'esigenza di certezza non possa oggi più appagarsi mediante le semplificazioni illuministiche, Palazzo sonda alcune alternative praticabili. A suo parere, la strada della nomofilachia, ormai da tempo imboccata e in qualche misura inevitabile, finisce per rafforzare la produzione endo-giudiziaria del diritto. Meglio, allora, provare a fissare regole ermeneutiche ragionevoli e condivise. Egli ne propone due, specificamente adottabili per le norme incriminatrici ed entrambe da radicare — questo il punto saliente del saggio — nell'etica deontologica del magistrato: il rispetto del « significato linguistico massimo della formulazione verbale » (regola eteronoma); il rispetto del *tipo criminoso*, ossia dello specifico disvalore espresso dal legislatore al momento di formulare la norma (regola autonoma) ⁽¹⁹⁾.

Da cultore della storia giuridica Palazzo sa che la diarchia legge / giudice è consustanziale a qualsiasi ordinamento e che non è questa la più grave patologia delle democrazie occidentali, a condizione però che l'autonomia della magistratura sia « soprattutto etica » e non ideologica. In piena sintonia con lo spirito pedagogico della cattedra Galante Garrone, le battute finali del saggio insistono sulla necessità non solo di affinare nei giudici il senso del « dovere etico e professionale », ma anche di dotarli d'un sempre più ampio spettro di strumenti culturali di pre-comprensione, antidoto allo « stile ragionieristico » e alle contorsioni normativistiche che non servono a decifrare la profondità assiologica del diritto ⁽²⁰⁾.

Anche il contributo di Luigi Ferrajoli mostra come il riequilibrio tra poteri nelle costituzioni contemporanee accordi alla giurisprudenza (intesa sia come *scientia iuris* sia come giurisdizione) un credito forse senza precedenti. Ciò consegue al passaggio epocale dal positivismo giuridico alla legalità costituzionale. La legalità positivista, imperniata sulla validità formale della legge a prescindere dalla sua 'giustizia', aveva rimesso al politico-legislatore qualsiasi scelta sui valori da perseguire; e aveva, per converso, ridotto ai minimi termini il compito dell'interprete. La legalità costituzionale, in quanto *progetto e limite*, presuppone

(18) Francesco PALAZZO, *Legalità penale. Interpretazione ed etica del giudice*, in *L'arcipelago del diritto*, p. 126 (formante giudiziario); ivi, pp. 107-108 (dibattito tra i penalisti). Per la seconda tesi l'A. fa riferimento ai lavori più noti di Paolo GROSSI, e in particolare *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2018, formula che esprime un invito a (e una speranza di) disfarsi dei lacci legalistici.

(19) PALAZZO, *Legalità penale*, cit. (nt. 18), pp. 109-113 e 116-118.

(20) Ivi, pp. 126-129.

invece una vigilanza sull'attuazione, mediante legge, dei principi di giustizia e sulle eventuali violazioni. Sicché essa anzitutto apre alla scienza giuridica — che diviene *naturaliter* « militante » — uno spazio « critico » (la facoltà di denunciare eventuali norme incostituzionali) e « progettuale » (l'istanza di ampliamento, per via legislativa, dei diritti e delle garanzie proclamati nel 'progetto'). In secondo luogo, trasforma il ruolo della giurisdizione da mera applicazione della legge a dovere (anche) di censurarla, se del caso, tramite disapplicazione o eccezione di incostituzionalità ⁽²¹⁾.

A fronte di questa inusuale funzione 'progressista' che i giudici, con il sostegno degli studiosi di diritto, si trovano ad assumere, Ferrajoli (in ciò non distante dalle preoccupazioni espresse da Zagrebelsky per l'eclisse del *gubernaculum*) constata il regresso della politica. Rispetto al passato anche recente i ruoli si sono invertiti. E l'Autore prova a ipotizzarne le cause. Anzitutto, i giuristi sono abituati a 'prender sul serio' il diritto, a differenza dei politici (sempre più intolleranti verso il concetto di 'limite'). In secondo luogo, meno condizionati dalle logiche di mercato, i giuristi risultano più ricettivi dinanzi alle domande di giustizia sociale (più *responsivi*, direbbe Zagrebelsky). Il « garantismo costituzionale », conclude Ferrajoli, potrebbe inopinatamente conferire al sapere giuridico il « fascino nuovo » di « strumento indispensabile della costruzione della democrazia » ⁽²²⁾, smentendo così i foschi pronostici d'un irreversibile tramonto epistemologico e di disarmo accademico del diritto come scienza.

Di faticosa costruzione (e rapida dissoluzione) dell'orizzonte democratico, da opposte angolazioni cronologiche, si occupano i contributi di Pietro Costa e Maria Rosaria Ferrarese.

Costa propone una finissima disamina storiografica del concetto, sfuggente e mutevole, di *populus* in età medievale e moderna. La ricerca, ad ampio raggio comparatistico, rivela come la cultura giuridico-politica occidentale abbia 'giocato' con le diverse accezioni del lemma (popolo parte / popolo tutto, *sanior* / *maior pars* etc.) combinando diversamente quantità e qualità, prevaricazione e inclusione, predominio e armonia, spirito di fazione e unità d'intenti. Altrettanto plastica appare la formula *governo misto*, in grado di riassumere sia la comunità ordinata e gerarchizzata del tardo medioevo, sia le prime organizzazioni pre-statali ⁽²³⁾. Le due fratture epocali, quella giusnaturalistica e quella costituente di fine Settecento, impediscono — avverte lo studioso

(21) FERRAJOLI, *Sull'insegnamento del diritto*, cit. (nt. 9), pp. 136-141.

(22) Ivi, p. 143.

(23) PIETRO COSTA, *Dal 'popolo costituito' al 'popolo costituente': immagini della repubblica fra medioevo ed età moderna*, in *L'arcipelago del diritto*, pp. 149 (popolo tutto / popolo parte), 159 (quantità / qualità), 163 (« ordine complessivo »), 157 (governo misto nella dottrina medievale), 164 (governo misto in età moderna).

fiorentino — una ricostruzione continuistica. Anche le costituzioni contemporanee inaugurano un'altra storia: l'artificio, cui esse ricorrono, di riferirsi a un *popolo-tutto* fa emergere la persistenza delle discriminazioni di fatto e finisce per incentivare la battaglia per la democrazia sostanziale (24).

Maria Rosaria Ferrarese si chiede invece se, nel brusco passaggio dalle illusioni della globalizzazione ai traumi della post-globalizzazione, gli Stati nazionali possano aspirare a riconquistare un ruolo ordinante in termini di sicurezza e di riduzione delle diseguaglianze. L'Autrice si dichiara scettica: il conflitto russo-ucraino dimostra, a suo avviso, la persistenza di una logica statale aggressiva e appropriativa anziché aperta alla condivisione dei problemi e delle soluzioni (25).

3. La faglia tra legalità e giurisdizione fu attraversata da Galante Garrone non nell'astrazione teorico-costituzionale ma nella trentennale esperienza di magistrato (1933-1963). Del periodo della dittatura egli ricordava che i colleghi, in maggioranza, « si erano barricati, come dietro uno scudo, nella imperterrita applicazione della legge. La certezza del diritto, il culto della legalità a ogni costo, contro gli arbitri e i soprusi, erano diventati un'ultima trincea, un'arma di libertà ». Dopo il « trauma tremendo » dell'8 settembre e l'insediamento della « ignominiosa repubblicetta di Salò » il partigiano vercellese aveva assistito a non pochi esempi di coraggio tra gli uomini in toga. La vera delusione gliela aveva procurata la magistratura post-bellica, quando, entrata in vigore la Costituzione, la stessa legalità di derivazione liberale, che era riuscita a sfidare le prepotenze del regime, era divenuta lo strumento d'« una lunga azione ritardatrice, e talvolta addirittura sabotatrice, di un conservatorismo miope sconfinante facilmente nel parafascismo » (26).

Il *mite giacobino* sospettava, insomma, che tra i magistrati della prima età repubblicana fosse prevalso un atteggiamento di continuità col recente e ingombrante passato. Ma da partigiano, con l'abituale onestà auto-critica, ne addebitava le colpe, forse più che al congenito conservatorismo del ceto togato, a ragioni squisitamente politiche: « Se mai, responsabili siamo stati noi, uomini della Resistenza [...], che non abbiamo saputo o voluto o potuto tradurre in realtà i nostri propositi, e quindi neanche tentare un serio processo — giudiziario prima di tutto, ma anche politico e morale — al fascismo, soverchiati come

(24) Ivi, pp. 197-198.

(25) Maria Rosaria FERRARESE, *Tra globalizzazione e post-globalizzazione: la complicata geografia del nostro tempo*, in *L'arcipelago del diritto*, pp. 218 e 222.

(26) Alessandro GALANTE GARRONE, *La magistratura italiana fra fascismo e Resistenza*, in « Nuova Antologia », 121 (1986), 2159, pp. 79-93: 92 (scudo della legalità durante il fascismo; « azione ritardatrice » all'inizio della Repubblica), 84-87 (Repubblica Sociale).

fummo » dagli Alleati prima e poi dalle « forze conservatrici. La verità è che i partigiani [...] avevano sfidato, ma non sconfitto, la vecchia legalità. Non competeva ai giudici [...] introdurre una nuova legalità. I loro orizzonti, allora come sempre, erano segnati dalle leggi esistenti, non dalle leggi della città futura » (27).

A questa straordinaria testimonianza si connette idealmente la documentata ricerca di Antonella Meniconi sull'esito, complessivamente sconsolante, dei processi di epurazione (28). Il saggio di chiusura di Ettore Dezza, sull'abolizione della pena di morte nella criminalistica italiana del tardo Settecento, va alle radici dell'*habitus* umanitario nell'esercizio della giustizia, che nella Penisola fu tratto genetico del penale moderno (29) e del quale Galante Garrone può reputarsi un erede.

L'arcipelago del diritto, come l'impegno didattico che lo ha generato, non è ripiegato sulla nostalgia per il mondo di ieri. Al contrario, rilegge da angolazioni molteplici e coerenti una poliedrica e mai paludata lezione esistenziale per lanciare una sfida al conformismo e alla « pigrizia » delle menti (30); per reagire al vuoto, purtroppo crescente tra le nuove generazioni, di autentiche passioni civili.

MARCO NICOLA MILETTI

JOHN BAKER, *English Law Under Two Elizabeths. The Late Tudor Legal World and the Present*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, pp. 222.

A partire dalla *Freedom Under the Law* di Alfred Denning (1949), le *Hamlyn Lectures* offrono, con cadenza annuale, un preziosissimo spaccato della cultura giuridica inglese, accompagnando l'interprete per i sentieri più controversi, più problematici, più attuali. Tocca a Sir John Baker, Emeritus Downing Professor of the Laws of England a Cam-

(27) Ivi, pp. 84-87 (la cit. è a p. 84). Cfr. anche Alessandro GALANTE GARRONE, *Il mite giacobino. Conversazione su libertà e democrazia raccolta da Paolo Borgna*, Roma, Donzelli, 1994, p. 96.

(28) Antonella MENICONI, *La magistratura italiana e la giustizia di transizione (1943-1953)*, in *L'arcipelago del diritto*, pp. 303-337.

(29) Ettore DEZZA, *L'abolizione della pena di morte. Cronache di un'avventura illuminista (1764-1797)*, in *L'arcipelago del diritto*, pp. 341-370.

(30) L'espressione di Paolo GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in « Quaderni fiorentini », 32 (2003), pp. 25-53: 29 è evocata da VOGLIOTTI, *Un giurista inquieto*, cit. (nt. 1), p. 23.

bridge, guidare attraverso le impervie vie del diritto inglese, muovendo dal confronto — ben coraggioso come da tradizione delle *Hamlyn* — tra i tratti che segnano i lunghi e gloriosi regni delle due Elisabette.

Non che il paragone — come si chiarisce nella prima pagina — abbia la pretesa di negare le incolmabili diversità giuridiche tra le due epoche, ovvie come l'enorme distanza di tempo e cultura che le separa. E nemmeno si scade — l'autore lo conferma in chiusura del volume — in considerazioni volte a offrire, prescindendo dagli immensi stravolgimenti della Storia, giudizi di valore comparativi tra i due periodi; per le troppe variabili, per i contesti troppo diversi, le troppe difformità socio-culturali, « a detailed comparative evaluation of the two legal system is beyond reach » (p. 212). L'obiettivo è invece quello di dimostrare, tramite una vasta e rigorosa analisi delle fonti primarie, come tra i due regni possa intravedersi una sostanziale continuità del giuridico; giuridico che, seppur straordinariamente mutato nel corso di quasi mezzo millennio, conserva la solita, imperitura, matrice giurisprudenziale. Ben consapevole che « from the historian's viewpoint, this continuous identity is a fiction which only silly lawyers could possibly believe in » (p. 89), l'autore resta convinto, anche considerando l'ovvio divario tra i due regni, che l'Inghilterra, di fatto, risulti soggetta « in both periods to the same common law » (p. 1).

Le trasformazioni del regno di Elisabetta I — si pensi alla crescente strutturazione gerarchica delle Corti, alla montante autorevolezza dei precedenti giurisprudenziali agevolata dalla diffusione dei *Reports* a mezzo stampa, alle innovazioni in materia di *property, contract, tort*, ai mutamenti della *criminal law* (cfr. pp. 53-76) — sarebbero coerenti con la tesi proposta. Ciò vale in quanto a tale metamorfosi, già in parte capace di proiettare l'ordinamento inglese verso gli orizzonti della modernità giuridica, si accompagni, come innovazione principale dell'età elisabettiana, un generale 'recupero della storia' in grado di attribuire alle Corti gli strumenti per garantire le 'libertà degli inglesi'.

Nella specie, l'operazione consiste nella riscoperta dell'originaria *clause 39* della Magna Charta, poi ripresa nel *chapter 29* della versione del 1297: « the principal machinery for giving effect to the fundamental principles of constitutional monarchy — spiega Baker — was the writ of habeas corpus, which, in its newfound role, was an Elizabethan invention » (p. 46). Difatti, se « until the second half of the sixteenth century, Magna Charta had featured little in constitutional discourse » (p. 116) e, pur costituendo un fondamentale punto di riferimento teorico per la dottrina, non era riuscita a fornire effettivi strumenti da utilizzare nella pratica giudiziaria, intorno alla metà del Cinquecento si segnalano i primi espliciti riferimenti giurisprudenziali al *chapter 29* per la censura della detenzione arbitraria. È solo negli ultimi decenni del secolo che la Magna Charta, ora « on everyone's lips », concede alle Corti « for the first time a means of reviewing governmental and quasi-judicial activities affecting personal liberty, including all penal

and fiscal impositions which depended on imprisonment as a sanction » (pp. 47-48 *passim*). « A new legal creed » (p. 50) sorge assieme al mito della costituzione antica: una nuova dottrina, volta a evidenziare la sindacabilità dell'attività regia lesiva delle libertà civili, inizia a farsi strada, consolidando teorie che si dimostreranno indispensabili nei tormentati passaggi costituzionali dei successivi decenni. È verrebbe da dire — con un'enfasi tutta inglese — che « the Elizabethan age was devoted to the idea of the rule of law, even if that precise expression was not yet in use » (p. 78).

Il recupero della storia, invero, lungi dal produrre dinamiche tradizionaliste o conservative, rappresenta il principale strumento per innovare: « antiquity did not, of course, mean that the law was static » (p. 34). Si noti che per lo stesso Sir Edward Coke l'utilizzo della storia era utile per proporre un « moderate change » che non costituisse « a break with the past », ma piuttosto la necessaria conseguenza di un « process of refinement and reflection which brought the law ever closer perfection » (p. 35). Emerge qui il tipico *due process of law* che, proprio attraverso la storia, si propone di garantire le libertà individuali, controllare l'azione di governo e, al contempo, assicurare l'evoluzione degli strumenti giuridici al mutare del contesto sociale. Con un meccanismo non dissimile da quello descritto tramite la celebre immagine del 'castello gotico' poi offerta nei *Commentaries* del Blackstone: il *Common Law* può essere rappresentato come un castello dall'architettura medievale e dall'aspetto tradizionale, ma all'interno arredato secondo canoni attualissimi, costantemente ammodernati con gli strumenti giuridici più avanzati.

È per questi motivi che l'età elisabettiana « lay in the middle, perhaps at the zenith, of the Age of Common Law » (p. 88); perché mostra il primato del governo limitato sul governo assoluto, il primato del diritto sul volontarismo della politica, il primato dell'ordine storicamente dato sull'ordine artificialmente costruito.

Certo, l'interpretazione storiografica che considera il momento elisabettiano come l'apice dello splendore della cultura giuridica inglese è condizionata dalle successive vicende e, in particolare, da quella alleanza seicentesca tra il *Common Law* e la nuova veste legislativa del Parlamento che concluderà vittoriosamente la battaglia contro il dispotismo degli Stuart. È l'autore a chiarirlo nel momento in cui afferma che lo splendore della Regina « would shimmer ever more brightly in retrospect as foreign understanding of monarchy threatened to destroy the old order in the next reign » (p. 86). In effetti, la concezione costituzionale del potere dei Tudor non appare troppo diversa da quella degli Stuart: il perdurare dei metodi giudiziari della *Star Chamber* — sovente rivolti ad assicurare il mantenimento dell'ordine politico e le mire assolutistiche dei sovrani — pare confermarlo.

Va inoltre considerato che, proprio nel regno di Elisabetta I, si assiste a una significativa crescita degli *statutes* che tende a incrinare

l'assetto consuetudinario e storicistico del modello. Basti citare, come esempio di questo « ever-increasing torrent of legislation » (p. 91), l'enorme quantità di provvedimenti diretti a gestire la questione della povertà, poi razionalizzati in quel *Poor Relief Act* del 1601 destinato a fissare i caratteri del sistema assistenziale inglese almeno fino alla *New Poor Law* del 1834.

È pur vero, tuttavia, che all'aumentare del numero e dell'ingerenza degli *statutes*, il *Common Law* reagisca in modo proporzionale e conosca un processo evolutivo di pari — se non maggiore — grado. Lo dimostra il crescente controllo interpretativo da parte delle Corti: « the change in the proportion of statute-law has itself brought about a revolution in the way statutes are viewed » (p. 122). Ancora una volta, la rivoluzione avveniva grazie alla storia, sulla base della consapevolezza che « the common law was antecedent to any statute », così come sul conseguente convincimento che le leggi « were consciously made in the context of pre-existing law » (p. 96) e costituissero pertanto « an inferior form of law » (p. 94). Di qui l'idea che le Corti possedessero « the last word on the meaning of statutes » (p. 97) e li dovessero interpretare, ai sensi della c.d. *mischief rule*, alla luce del problema che il provvedimento era chiamato a risolvere e, dunque, in un modo « flexible », « straightforward and non-technical » (p. 101). L'incremento della legislazione, in sintesi, non intacca l'egemonia delle Corti sull'ordinamento e non indica « a correlative decline in the scope of the common law »; semmai, più semplicemente, « it merely diminishes its share of the whole corpus of English law » (p. 118).

Eppure, proprio ammettendo che l'età elisabettiana costituisca l'apice dello spirito del *Common Law* e della sua assoluta centralità nell'ordinamento, la sostanziale continuità giuridica tra i regni delle due Elisabette potrebbe apparire stridente, specie guardando a una realtà che, nel corso dei secoli, ha conosciuto mutamenti istituzionali non meno significativi di quelli continentali: il diritto inglese, come è ovvio, non è immune dal passaggio dalla concezione feudale dello Stato a quella borghese, da quella borghese a quella pluriclasse; dall'apologia dello *homo oeconomicus*, della smithiana mano invisibile e del *laissez-faire* ottocentesco, al *Welfare State* novecentesco e alla sua reazione neolibera; dal Regno all'Impero, dal *Commonwealth* alla *devolution*, dall'Unione Europea alla *Brexit*. Ma anche tralasciando la trasformazione del contesto sociale, economico e politico di cui la giuridicità — inevitabilmente — si nutre, e concentrandosi unicamente sui paradigmi di stretto diritto, la continuità resta controversa.

Se proprio nel regno di Elisabetta I — riprendendo la celebre analisi di McIlwain circa la separazione tra il costituzionalismo antico e moderno — è iniziato il conflitto tra *iurisdictio* e *gubernaculum* svoltosi apertamente con il suo successore, è opportuno considerare che, accanto alla strenua difesa della risalente tradizione del potere limitato legata al concetto di *iurisdictio*, le mire volontaristiche del governo

tramite la legge non tendono ad affievolirsi, perché destinate a migrare progressivamente — e con sempre maggiore intensità — dalla figura del Re a quella del Parlamento. Ciò vale, difatti, notando come anche la vicenda inglese sia condizionata dalla crescente centralità della fonte legislativa che finirà, come è noto, per alimentare le convinzioni benthamiane e la trasformazione successiva al *Great Reform Act* del 1832. È l'autore a chiarirlo a p. 119: « the quantity of legislation has grown steadily ever since the sixteenth century, when lawyers already thought it was getting out of hand. But there was a seemingly more fundamental shift in the nineteenth century. A new age of reform, facilitated by the widening of the franchise in 1832, was inspired by the notion that society could be reformed by legislation ». A divenire assoluta sarà, nel corso dell'Ottocento, la sovranità legislativa del Parlamento, celebrata nelle pagine di John Austin e poi concettualizzata attraverso le mediazioni della diceyana *Law of the Constitution*.

Parimenti, la continuità appare controversa osservando il cammino dei diritti e valutando come nei secoli che separano le due epoche si assista al passaggio da un universo giuridico di tipo pluralistico e rigorosamente cetuale, a un modello basato sull'eguaglianza formale di tutti i cittadini di fronte alla legge: « in place of the vertical nature of feudal management », il sistema giuridico è giunto a operare « horizontally between legal equals » (p. 182). Tale movimento — che il Maine tende a riassumere con la formula descrittiva *from status to contract* — è poi andato invertendosi, travolgendo l'individualismo tipico della proprietà e del contratto, grazie all'apporto novecentesco dell'eguaglianza sostanziale e della legislazione sociale; un collettivismo giuridico che, per giunta, svela tutte le criticità del mito continuista di una *Whig Interpretation of History*, spesso enfatica nel rimarcare il cammino evolucionista dei diritti.

Non meno rilevanti sono le trasformazioni interne al sistema giudiziario, alla luce delle riforme vittoriane dei *Judicature Acts*, le quali, oltre a travolgere il tradizionale formalismo del sistema dei *writs*, hanno posto fine alla storica distinzione tra *Common Law* ed *Equity*; trasformazioni, d'altra parte, oggi ulteriormente arricchite dal *Constitutional Reform Act* del 2005 che ha istituito la Corte Suprema e posto fine al potere dei *Law Lords*, espressione delle funzioni giudiziarie della Camera alta e ultima memoria della storica alleanza tra il Parlamento e le Corti.

Quella di Elisabetta II, dunque, lungi dall'essere una « Age of Common Law », appare, evidentemente, una « Age of Statute ». Il suo regno, segnato da un « unremitting legal change » (p. 143), inizia mentre circola il dibattito sul *Twilight of the Common Law*; un rischio denunciato, poco prima, dal giurista George Williams Keeton in un articolo del 1949. Negli anni dell'ultimo governo Churchill, inoltre, si assiste al dibattito sul *welfare* e sulle nazionalizzazioni varate dal governo laburista nell'immediato secondo dopoguerra; politica che

aveva dimostrato l'ormai acquisita centralità — intravista anche nella citata *Freedom Under the Law* di Lord Denning — della legislazione secondaria e dell'interventismo amministrativo.

Si noti poi la definitiva crisi del modello diceyano: quantomeno a partire dal *Ridge v. Baldwin* del 1964 si avvia difatti la traiettoria del *judicial review of administrative action*, decisivo per l'emergere di principi giuridici autonomi — diversi da quelli privatistici — riservati alle amministrazioni e per la formazione di un sistema pubblicistico che tenderà a consolidarsi, sia pur faticosamente, dalla fine degli anni Settanta (cfr. pp. 173-180). « The range of statutory tribunals — continua Baker — is now so wide that there are few, if any, lawyers who could enumerate them all; and besides them there are the ombudsman, the regulators, the public inquiries, the disciplinary bodies and the various species of arbitration » (p. 184). E lo *Human Rights Act* del 1998, incorporando la CEDU nel diritto interno, ha determinato un sostanziale slittamento della protezione dei diritti dalla concezione 'privatistica' del *Common Law* a quella 'pubblicistica' dello *Statute Law*: « rights are now routinely protected outside the sphere of private law » (p. 162).

La crisi del *judge-made law* caro a Coke, in sintesi, pare confermata da molteplici angolature, quandanche considerando talune recenti — e internazionalmente condivise — tendenze che suggerirebbero una rinnovata giurisprudenzializzazione del diritto. L'autore non manca di sottolineare tali criticità: « we are well into the Age of Statute. The common law is now merely a residue lurking in the interstices of huge mass of statutes, statutory instruments and directives » ed è d'obbligo registrare « a broad shift from case-law to superabundance of legislation and delegated legislation made my politicians » (p. 88).

Ciononostante, per Baker, gli istituti del *Common Law* preservano la propria matrice originaria, nella consapevolezza che « there has been no sudden jurisprudential break, no Justinian or Napoleon, no Lenin or Mao, to disturb the legal continuity in England between the sixteenth century and the present » (p. 1). Le straordinarie trasformazioni del contesto socio-politico rivelerebbero, più semplicemente, l'immanente paradosso insito nel modello inglese: « the paradox of the common law is that it remains essentially the same while undergoing adjustment to suit changing attitudes »; una « genuine continuity » che si dimostra « able to adapt gradually over the centuries, thorough a process of reasoning, as social conditions and public opinion change » (p. 212). Per questi motivi, « making due allowance for the differences engendered by four centuries of social evolution, English law under both Elizabeths is in essence the same organism facing similar challenges » (p. 213). Al contrario, conclude l'autore, le cesure storiche scandite dagli *statutes* « have been more instantaneous and inflexible, justified by democratic consent (or majority rule) rather than legal logic, and therefore modifiable only by further legislation » (p. 212).

Sia consentito esprimere un'impressione. Limitatamente alla storia del diritto applicato dalle Corti, sembra corretto evidenziare la continuità della cultura del precedente, dell'agenda e di un metodo di *Common Law* che ha effettivamente inibito il travolgimento dei suoi istituti e garantito il loro ammodernarsi col mutare del contesto sociale: il castello gotico è rimasto in piedi, sebbene sia stato significativamente modificato nella struttura e pochissime siano ormai le pietre originarie, via via sostituite nel corso dei secoli. Nondimeno, specie rinnegando la tradizionale concezione che intende il giuridico in senso esclusivamente rimediabile e, all'opposto, considerando il diritto come parte delle scienze sociali, con esse sempre chiamato a interfacciarsi, appare evidente che il *Common Law* abbia perso la propria centralità e non riesca più a riassumere la fisionomia dell'intero ordinamento. Rivendicare la sostanziale continuità dei rimedi del *Common Law*, in sintesi, resta un'operazione storicamente corretta, a patto di evidenziare le innegabili discontinuità del fenomeno giuridico inteso nella sua interezza, come realtà umana che — Paolo Grossi insegna — resta legata alla intrinseca storicità del suo contesto sociale. Il metodo di *Common Law* può davvero sembrare il medesimo, ma il diritto, visto come sistema complesso che riassume l'insieme delle regole di convivenza tra gli individui, è ormai segnato, in modo nettamente prevalente, da criteri estranei alla tradizione delle Corti e da principi che operano al loro esterno, da metodi radicati su terreni differenti, costruiti su diverse fondamenta, con diverse tecniche, con diversi materiali.

L'immagine blackstoniana del castello gotico potrebbe risultare, ancora una volta, particolarmente efficace: se il *Common Law* resta un castello dall'architettura tradizionale costantemente ristrutturato secondo le più moderne esigenze, l'edificio, dapprima collocato nel centro della città, sembra oggi relegato in realtà periferiche di una metropoli — metafora della vastità caotica e globale del fenomeno giuridico contemporaneo — in cui sono sorti grattacieli burocratici che, applicando principi diversi da quelli delle Corti, tentano di districarsi tra una selva di regolazioni pubbliche.

LORENZO PACINOTTI

LUCIEN JAUME, *L'éternel défi. L'Etat et les religions en France des origines à nos jours*, Paris, Tallandier, 2022.

La *douce France* da qualche tempo delude molto i suoi numerosi ammiratori. *Banlieues* in fiamme, l'integrazione fallita, lo Stato che perde pezzi. Milioni di musulmani che sembrano vivere ai margini della Repubblica. Giovani che non si riconoscono nella grande storia dell'E-

sagono. Insomma, una catastrofe che ci tenterebbe di immergerci sconsolati nello scenario corrusco elargitoci da Michel Houellebecq in *Sottomissione*.

E invece no. Nessuna precipitazione. Non siamo ancora all'ultima spiaggia di Houellebecq. C'è ancora chi costruisce oltre che demolire oltralpe.

Mi riferisco nientemeno che a Lucien Jaume, eminente filosofo della politica, storico del liberalismo e molte altre cose, che ne fanno uno degli ultimi (sopravvissuti) *maîtres à pensée*. Di quelli solidi però. Che non hanno mai indugiato nei *cafés* di *Saint-Germain des Près* alla ricerca del *coup de théâtre* buono per assicurarsi una passerella mediatica in quella che una volta era la trasmissione *Apostrophe*. Insomma rassicuratevi: nessuna pirotecnica improvvisazione alla Bernard-Henry Lévy.

E allora? Lucien Jaume ha deciso con un libro che ha intitolato in modo assai significativo come « l'eterna sfida » di prendere il toro per le corna: nientemeno che affrontare dalle radici fino alle sfide del presente la questione della laicità. Ebbene sì: proprio uno dei pilastri della *République*. E lo fa secondo il suo stile coniugando una raffinata ricostruzione storica con una decisa presa di posizione sui dilemmi del presente.

Dove prende le mosse l'itinerario? Ovviamente con l'origine di tutta la storia, ossia la Francia gallicana, quella che — tanto per intenderci — non ha mai recepito entro i propri confini gli esiti del Concilio di Trento. Siamo in pieno Seicento. Dai pulpiti predicano giganti come Bossuet e Fénelon e a Versailles regna un sovrano che ha una visione molto chiara del potere dello Stato.

In breve: Stato e Chiesa siglano un patto di mutuo rispetto e assistenza. Non secondo le linee del concordato stipulato a Bologna un secolo prima da Francesco I (1516). Bensì secondo una logica di piena comprensione del reciproco interesse a coltivare un rapporto da cui entrambi ricavano sostanziali benefici. Certo: la Chiesa deve venire a miti consigli. Nessun testo pontificio può penetrare in Francia senza l'approvazione dei Parlamenti. I vescovi sono nominati dal re e ricevono solo in un secondo momento l'investitura canonica. D'altra parte però lo Stato si prodiga per puntellare l'unità della Chiesa universale.

Come? Per esempio colpendo i protestanti. La ragione? Semplice: l'autorità non può essere divisa, né quella dello Stato né quella della Chiesa, e la rivendicazione dei protestanti del libero esame delle Sacre Scritture conduce esattamente a questo. Per il dissenso non vi è davvero scampo, nella misura in cui la granitica equazione sui si regge il sistema è: Chiesa-Dio-Stato-Autorità. Gli individui sono racchiusi entro il recinto invisibile del corpo mistico il quale trova un perfetto mimetismo nello Stato: unità della Chiesa, unità dell'autorità sovrana dello Stato. Non sono solo i protestanti a fare le spese di questa equazione, castigati per l'inaccettabile pretesta individualistica di coltivare una opinione su

testi e materie esclusiva prerogativa della casta sacerdotale. Persino il povero Fénelon, e con lui le monache di Port Royal provano sulla loro pelle l'intransigenza di un'autorità ecclesiale che non tollera nel suo seno, non dico il minimo dissenso, ma addirittura una variazione su tema.

Non tutto è perduto però. Nonostante la revoca dell'Editto di Nantes il seme dell'individualismo protestante è destinato a germogliare nientemeno che nella Rivoluzione francese. Jaume non ha dubbi al riguardo: l'idea di laicità dello Stato ha una chiara matrice anti-cattolica, se si può dire è una tardiva vendetta dei calvinisti non il loro appello alla libertà del foro interno.

E siamo giunti così al 1789. O piuttosto al 12 luglio del 1790, momento di epifania della grandiosa Costituzione civile del clero. Lo schiacciasassi della Rivoluzione fa una vittima illustre. Dopo il corpo aristocratico, quello ecclesiastico che cessa di esistere come tale. La parola chiave è « rigenerazione ». Sopprimere la Chiesa come istituzione riducendo i sacerdoti a funzionari salariati dallo Stato, presieduti da vescovi eletti e destinati a entrare in carica senza bisogno della conferma canonica del Papa. L'utilità sociale non fa prigionieri: essa impone al legislatore di fare piazza pulita di tutti i copri intermedi, primi fra tutti l'aristocrazia e subito dopo di una casta sacerdotale accusata di avere perduto lo spirito evangelico delle origini della Chiesa. La Chiesa appunto viene ricondotta nel seno dello Stato, diventa una funzione, un servizio pubblico, non più un'istituzione.

Grandioso ho definito questo passo, e merita a tutti gli effetti questo complimento per la lucidità e determinazione dei suoi autori. Ma c'è un dettaglio da non trascurare: il giuramento preteso dallo Stato ai funzionari ecclesiastici. Eppure la Dichiarazione dei diritti dell'uomo non aveva forse affermato la piena libertà religiosa e di coscienza? Come conciliare la pretesa di estorcere un giuramento e quella di rispettare i diritti dell'uomo?

Ecco allora che non si può non provare simpatia e rispetto per i prelati che afferrano al volo questa contraddizione e la sfruttano con un'eleganza retorica degna della migliore scuola. Prendiamo ad esempio l'arcivescovo di Clermont, monsignor de Bonal. Con assoluta lucidità afferma che per separare Dio e Cesare egli escluderà dal suo giuramento tutto ciò che pertiene alla sfera spirituale. Come dargli torto? Ancora, rincara la dose monsignor Boisgelin, denunciando senza mezzi termini l'incostituzionalità di una pretesa dello Stato che entra in piena rotta di collisione con le stesse premesse e fondamenti sui quali questo Stato afferma di riposare. Proprio Boisgelin del resto redige una protesta contro la Costituzione civile del clero che verrà firmato da 32 vescovi tra cui nientemeno che Talleyrand. Forse che un popolo può cambiare la sua religione con la stessa disinvoltura con cui ha mutato la forma di governo? La condanna del Papa non fa da questo punto di vista — verrebbe da dire: sacrosanto — una piega. Mi fa molto piacere

imbattermi tra coloro che protestano contro la violazione dei diritti dell'uomo in quell'Emmanuel Sieyès che tanta responsabilità ha avuto nella liberazione dal Tartaro del titano-potere costituente. Orbene Sieyès afferma: « se tale è la libertà che questi signori vogliono darci, allora essa non valeva la pena della Rivoluzione. Non è il legislatore, bensì il cittadino che serba le chiavi della propria libertà, con il solo obbligo di non disobbedire alla legge ». Niente da fare: i preti refrattari, come saranno chiamati spregiativamente, sono presi di mira dalle autorità. Si scomoda persino un esperto di diritto canonico per spiegare l'irresistibile ragione della loro persecuzione: il culto dei non-conformisti attacca l'ordine pubblico infrangendo la stessa autorità della Costituzione — tuona Durand-Maillane. A suo modo vede le cose come i sovrani assolutisti. In nome della rigenerazione predica una sola nazione, un solo Stato, una sola religione, si badi bene, chiamata a predicare la morale sociale. Ma vi è una differenza con il gallicanesimo. Mentre la Rivoluzione nega alla religione cattolica la sua identità come istituzione, Luigi XIV la rispettava scrupolosamente. Una differenza fondamentale che autorizza a definire il passo dei costituenti come vagamente totalitario. Vi è persino chi come il prelado Lamourette deplora l'ateismo degli illuministi per annunciare che la Rivoluzione ripristinerà nei cittadini lo spirito religioso! Da qui a una inquisizione laica il passo è breve. Lucien Jaume che non ha mai provato alcuna simpatia per Robespierre (ruggine di vecchia data...) definisce così la follia del Terrore con le sue decapitazioni sommarie e cerimonie pubbliche per celebrare l'Essere Supremo. Dice bene: escatologia laica nella quale i funzionari pubblici si trasformano in missionari dell'idea di rigenerazione spinta ai suoi estremi. Mi aspetto l'obiezione. E l'abate Grégoire, colui che sfila nei paramenti di vescovo di fronte alle truppe armate di picche pronte per la battaglia? Ebbene anche chi ha meno vicinanza con la fede cattolica non può non provare fastidio per un personaggio ambiguo immeritatamente riabilitato nei giorni nostri dal cardinal Lustiger. Bene hanno fatto i deputati della Restaurazione che lo cacceranno dall'aula al grido « viva il Re! ».

Senonché la Rivoluzione è piena di risorse e il molto bistrattato Direttorio nella sua Costituzione del 1795 pone il principio della separazione tra Stato e Chiesa. Tutto sarebbe perfetto, se lo Stesso Direttorio non perseguisse i suoi nemici a sinistra e destra, tra cui, entro questi ultimi, i preti refrattari spediti senza complimenti a morire alla Guyana.

Inevitabile che il concordato tra Pio VII e Bonaparte appaia come la conclusione della Rivoluzione. D'altronde cosa aveva dichiarato Bonaparte già di fronte ai prelati lombardi nel 1800: « una società senza religione è come una nave senza bussola ». Torniamo col Concordato del 1802 a Luigi XIV e persino oltre. I vescovi sono nominati dal governo e ricevono la conferma canonica. Ma non basta. I vescovi diventano « prefetti in viola ». Loro e i curati divengono agenti delle

informazioni politiche e della sicurezza del governo. Devono denunciare chiunque devii dalla retta via.

In questo contesto resta uno spazio per protestanti ed ebrei purché l'adesione all'ordine pubblico sia fuori discussione: sì al culto, a condizione che i suoi ministri divengano informatori del governo. La polizia dei culti: questa è l'etichetta del nuovo regime.

Nuovo capitolo. Sono passati i fuochi di artificio della Comune e la Terza Repubblica è saldamente insediata al timone di una nazione che si è ripresa rapidamente dall'onta di Sedan. Saldamente? I suoi fautori non ne sono così sicuri. In fin dei conti vige il suffragio universale maschile e colpi di coda sono sempre possibile, da destra o da sinistra. Occorre andare oltre l'ordine pubblico. Bisogna istituire un potere spirituale, sì questa è l'espressione che usa Jaume, per creare il cittadino repubblicano.

Il primo passo in questa direzione non riguarda strettamente parlando la laicità. Concerne invece l'istruzione dove uno dei padri della repubblica, Jules Ferry, mostra una potente visione, capace di andare oltre la lezione del liberalismo censitario. Certo, perché, se interpellato, Benjamin Constant non avrebbe approvato il divieto alle congregazioni religiose di insegnare, in particolare ai gesuiti. Ma appunto ci troviamo in un'altra congiuntura: quella di una borghesia che deve fare i conti col suffragio universale. « Vi pare il momento » ammonisce Jules Ferry, « di lasciare la direzione dei giovani alla libertà di opinioni? » (come dargli torto...). Se poi ciò autorizzi a considerare Jules Ferry un liberale, ebbene questa è altra questione sulla quale ci permettiamo, rispetto alla certezza manifestata al riguardo da Lucien Jaume, di sollevare un punto interrogativo. Quindi a partire dal 1882: educazione, laica, pubblica, universale, gratuita. Laica? Non significa affatto neutrale rispetto ai valori perché compito dell'insegnante è trasmettere i principi su cui è fondata la repubblica. La scuola è lo spazio per elaborare e impartire una morale laica, secolarizzata. E il sistema vi riesce così bene da formare intere generazioni di giovani che dal 1914 al 1918 si getteranno sui campi di battaglia con straordinario entusiasmo, pagandone il prezzo. Del resto Durkheim ammantava di una consacrazione scientifica questa decisa opzione per la separazione tra istruzione e Chiesa. Egli ricorda come la società abbia una coscienza collettiva e come l'individuo sia un prodotto della società, trascendente — come una divinità laica — rispetto al soggetto. Una coscienza collettiva spietatamente esigente: il suo unico figlio morirà durante la Grande Guerra.

E arriviamo così al testo fondatore: la legge sulla separazione del 3 dicembre 1905, ferocemente condannata dalla Chiesa che la accusa (non a torto) di essere il prodotto delle logge massoniche molto rappresentate nel parlamento francese. La Repubblica assicura la libertà di coscienza ma non riconosce né sovvenziona alcun culto. L'autorità

vigila affinché gli ecclesiastici non diffamino alcun funzionario o incitino alla resistenza alle leggi.

Certo a Tocqueville che aveva ammirato la concretizzazione della tolleranza in America — e tolleranza è concetto completamente diverso da laicità alla francese — la legge del 1905 non sarebbe certamente piaciuta. Tolleranza significa, negli USA, che il potere pubblico non si fa portatore di alcuna visione, alcuna verità. Le confessioni religiose sono libere di manifestarsi e di conquistare, per via del grande canale del potere giudiziario, prerogative di autonomia e identitarie. Ma appunto Tocqueville non fa testo perché la sua democrazia americana non era esportabile in un'Europa dilaniata dal conflitto intorno alla conquista della sovranità, esacerbato dal suffragio universale. In Francia la libertà è una concessione della legge; in America è uno spazio di autonomia naturale che il potere pubblico si astiene dall'intaccare. Presupposti inconciliabili che spiegano perché la legge del 1905 non sia stata toccata fino ad oggi.

Ma come regolarsi con la sfida posta dall'Islam? È ancora adeguata la separazione in un contesto così mutato?

Certo la sfida è davvero imponente: sciiti e sunniti, imam e ulema, molteplici scuole e correnti dottrinali. Il policentrismo è assoluto rendendo difficile innanzitutto individuare l'interlocutore.

Eppure Lucien Jaume è possibilista sulla praticabilità — niente-meno! — di creare le condizioni per lo sviluppo di un Islam gallicano che riconosca le fondamenta della spiritualità repubblicana: ossia del capitale storico costituito dalla ragione, dalla scienza, dai diritti dell'uomo. Purché vi sia disponibilità al dialogo, da parte di una comunità musulmana che rinunci a indagare troppo ossessivamente le proprie radici per raccogliere la sfida del presente e del futuro. « Questo profilo », dice Lucien Jaume, « è tutto da inventare da parte dei leaders, pensatori e intellettuali musulmani ». Lo Stato incoraggia, ma non può fare nulla di più: i musulmani sono padroni del loro destino: a loro scegliere un'integrazione nella Repubblica che non vuole essere assimilazione. D'altronde però Jaume conclude con un monito: non si pensi che lo Stato possa e debba rinunciare alle grandi opzioni — nel senso di una spiritualità laica — compiute nel 1882 e 1905. Opzioni che restano ancora oggi pienamente valide.

Che dire? Questa recensione è stata scritta nei giorni delle grandi dimostrazioni in Francia a seguito dell'uccisione da parte di un poliziotto di un adolescente. Forse allora dopo il momento della repressione è bene che si riapra una finestra di dialogo, importante per recuperare allo spazio della cittadinanza i numerosi francesi che ritengono di non farvi parte.

Bonne chance à la République!

STEFANO MALPASSI, *La « democrazia economica » americana. Alla ricerca di un ordine giuridico del mercato, tra cultura individualistica e tentazioni corporativistiche (1919-1939)*, Milano, Giuffrè, 2022, pp. VI-424.

Il recente volume di Stefano Malpassi ricostruisce con profili critici e innovativi una prospettiva storico giuridica del rapporto tra diritto ed economia con particolare riferimento alla « democrazia americana », tematica che non risulta oggetto di particolari approfondimenti e che, pertanto, presenta profili di originalità.

La relazione tra norma giuridica e ordinamento economico, in particolare, si sviluppò tra l'Ottocento ed il Novecento in conseguenza dell'avvento dell'industrializzazione e della connessa necessità di regolamentare il mercato. Le tradizionali dottrine economiche, che si fondavano sul principio del *laissez-faire*, iniziarono progressivamente a mostrare i propri limiti fino ad arrivare alla Crisi del 1929 ⁽¹⁾.

Si rese quindi necessario un ripensamento del ruolo dello Stato nell'economia, che in America si tradusse in un programma di riforme — il *New Deal* — attuato da Roosevelt attraverso l'emanazione di specifiche normative e l'istituzione di nuove Agenzie in funzione di regolamentazione e controllo del sistema economico. Accanto a tali innovazioni, rilevante apparve anche il ruolo della Corte Suprema. In ultima analisi, le riforme americane conseguenti alla « grande depressione » mostrarono la necessità di una ridefinizione teorica del costituzionalismo che, nel mettere in discussione le precedenti architetture economiche, determinasse un più maturo ripensamento dell'ordine giuridico rispetto a nuove fattispecie meritevoli di attenzione, tra cui il mercato e la relativa tutela.

In tale contesto, l'autore ha inteso ricostruire le nuove declinazioni attribuite alla protezione di beni giuridici quali la proprietà, la concorrenza e il credito. Tali fattispecie venivano adattate al nuovo ordine economico attraverso il superamento della cultura individualistica che fino alla crisi del 1929 ne aveva pervaso (e persuaso) l'impostazione e l'interpretazione.

Ad esempio, con riguardo alla proprietà — diritto individuale per eccellenza — appariva difficile continuare a definirne il perimetro semplicemente rispetto alla sua dimensione di « libertà negativa »: essa

⁽¹⁾ Si vedano, su tutti, C.R. SUNSTEIN, *Constitutionalism after the New Deal*, in « Harvard Law Review », 101 (dicembre 1987), 2, pp. 421-510; S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, Bologna, 2003; B. EMERSON, *The administration of constitutional conflicts: structural transformation in American public law, 1877-1946*, in « Quaderni fiorentini », XLVI (2017).

andava ridefinita alla luce di una dimensione sovra-individuale attraverso un controllo amministrativo sull'esercizio.

Emergeva quindi un più ampio e diffuso ripensamento dell'ordine economico e finanziario con un più marcato riconoscimento di poteri, anche di controllo, in favore dell'esecutivo che veniva a trovarsi nella posizione di poter influenzare l'andamento e la regolamentazione del mercato.

Tali profili, analizzati nel volume con una puntuale e completa ricostruzione della dottrina di riferimento, determinavano una ridefinizione del ruolo della scienza giuridica, chiamata a confrontarsi con nuovi strumenti di organizzazione del potere più marcatamente amministrativi. Questi inevitabilmente finivano per determinare un diverso assetto del costituzionalismo americano. Rispetto a tale profilo, peraltro, l'autore propone una efficace comparazione con la situazione italiana, evidenziando come nella penisola e negli Stati Uniti si assistette ad un confronto tra individualismo e corporativismo che determinò una dimensione del diritto non più semplicemente riconducibile al dualismo tra diritto pubblico e diritto privato ma sempre più propensa verso una « democrazia economica » (2).

Tale evoluzione verso un modello di impostazione amministrativa, in cui le varie Agenzie assumevano un ruolo sempre più rilevante (si pensi alla *National Recovery Administration* o alla *Securities and Exchange Commission*), determinava in maniera più incisiva l'affermazione di un potere statale nella regolamentazione delle fattispecie economiche. Ne derivava, innanzitutto, una tematica di compatibilità del ruolo degli enti pubblici economici rispetto al valore intrinseco di un sistema democratico volto a garantire la libertà di iniziativa economica.

Nell'ottica di comprendere i presupposti e le cause della richiamata evoluzione normativa, interessante appare l'analisi — contenuta nel primo capitolo — del tramonto dell'era del *laissez faire* che non poteva essere interamente ricondotto al crollo azionario di *Wall Street*. Le teorie individualistiche nel Novecento apparivano ancora consolidate e supportate non solo da autori quali Locke, Hume e Johnson ma anche dalle dottrine protestanti e darwiniane. Ciò aveva comportato un culto del successo economico in cui l'intervento statale era considerato vessatorio e contrario allo sviluppo economico che poteva realizzarsi efficacemente solo attraverso la garanzia di libertà in favore dell'individuo. Da un punto di vista giuridico, un siffatto approccio determinava un ruolo del tutto secondario del legislatore che — appunto — doveva mantenersi nello stretto campo della « non interferenza » verso il

(2) J.M. BUCHANAN, *The economic constitution and the New Deal: lessons for late learners*, in *Regulatory change in an atmosphere of crisis: current implications of the Roosevelt years*, G.M. Walton (cur.), New York, 1979; D.R. BRAND, *Corporatism and the rule of law. A study of the National Recovery Administration*, Ithaca, 1988.

settore finanziario. Gli stessi giudici americani — in tale periodo — non mancavano di rimarcare come soltanto le leggi economiche fossero idonee a regolare il mercato e la sfera pubblica del diritto dovesse astenersi dall'intervenire con specifiche regolamentazioni ⁽³⁾.

A partire dal 29 ottobre del 1929, in cui *Wall Street* registrava un record di perdite, si assistette ad un progressivo ripensamento delle dottrine classiche, in cui si iniziavano a diffondere modelli e teorie diversi e opposti, fautori dell'utilità di un intervento statale nell'ottica di garantire un opportuno coordinamento pubblico nella gestione e regolamentazione del mercato.

Tali teorie trovavano terreno fertile nel perdurare della crisi economica che pose in discussione addirittura le basi del costituzionalismo americano con riferimento alle libertà economiche e all'equilibrio dei poteri: in tal senso, l'interventismo dello Stato non rappresentava più un ostacolo al capitalismo. Diversamente, il capitalismo poteva essere in un certo senso tutelato, per esempio, proprio dallo sviluppo di una « *governmental corporation* » costituita allo scopo di limitare i fallimenti del sistema creditizio statunitense ⁽⁴⁾.

A tre anni dalla crisi del 1929, precisamente nel dibattito elettorale del 1932, era possibile affermare che buona parte della scienza giuridica americana avesse oramai abbandonato il dogma del *laissez-faire* e quindi la neutralità dello Stato e dei pubblici poteri rispetto all'economia di mercato. Sulla base di tale mutamento, la sfida era rappresentata dalla ricerca di un più opportuno equilibrio tra individuo e società, nell'ottica di perseguire un nuovo individualismo nel quale il ruolo dello Stato quale garante non poteva essere più trascurato. Tale cambio di rotta determinò anche una maggiore 'amministrativizzazione' del sistema costituzionale americano con la non irrilevante conseguenza che il potere esecutivo era chiamato ad essere il potere preminente rispetto alla sfera economica con una contestuale diminuzione — in tale ambito — del potere giudiziario che fino ad allora (principalmente a causa di una mancanza di legislazione specifica) aveva avuto un ruolo di primario rilievo ⁽⁵⁾.

Lo stesso Roosevelt, nel 1933, insediandosi quale nuovo Presidente degli Stati Uniti, intendeva affrontare drasticamente la crisi economica con il *New Deal*: già nei primi cento giorni di governo

⁽³⁾ R. BARITONO, *Ripensare lo Stato: scienze sociali e crisi politica negli Stati Uniti fra Otto e Novecento*, in « Ricerche di storia politica », 2013, 3.

⁽⁴⁾ F.D. ROOSEVELT, *Campaign address on progressive government at the commonwealth club in San Francisco*, 3 settembre 1932, in *The American presidency project*; E.W. HAWLEY, *The Great War and the Search for a Modern Order: A History of the American People and Their Institutions 1917-1933*, New York, 1979.

⁽⁵⁾ L.L. HENRY, *Presidential transitions*, Washington, 1960; F. FRANKFURTER, *The public and its government*, New Haven, 1930.

vennero attuate una serie di misure inedite, tra cui una «vacanza bancaria» e l'istituzione di Agenzie dedicate alla revisione e gestione delle dinamiche finanziarie e creditizie.

Il secondo capitolo del volume fornisce una dettagliata ricostruzione di tale fase, attraverso un piano che è stato convenzionalmente definito come il «piano delle tre R» composto da una iniziale fase di «relief» volta a riconquistare la fiducia della collettività così da consentire un rilancio del sistema economico attraverso interventi di sostegno alle fasce di popolazione più colpite dalla crisi. Una successiva fase di «recovery» determinata a consentire al sistema finanziario e produttivo di attestarsi nuovamente sui livelli precedenti al crollo di *Wall Street* e, quale ultimo momento, una fase di «reform» del sistema non solo economico ma anche — e soprattutto — giuridico ⁽⁶⁾.

L'autore non manca di notare come tale impostazione — per certi versi equiparabile alle drastiche misure adottate in scenari di conflitto bellico — fosse criticata e tacciata con l'appellativo di «fascista».

Critiche di tale tenore non devono sorprendere in quanto già negli anni Venti alcuni «old liberals» americani avevano individuato in Mussolini il salvatore del capitalismo contro un pericolo socialista che andava sempre più minacciando l'Occidente. Rexford G. Tugwell, ad esempio, quale collaboratore di Roosevelt, non mancò di valorizzare l'intervento statale quale elemento fondamentale della riorganizzazione americana identificando — ancora una volta — l'origine della crisi nel fallimento del *laissez-faire*. Il nuovo corso doveva realizzarsi attraverso una cooperazione tra i diversi attori del mondo finanziario e produttivo anche ricorrendo a soluzioni che — afferma l'autore — «legano i discorsi dei giuristi su entrambe le sponde dell'Oceano» in quanto, negli anni Trenta, il fascismo era divenuto un termine di paragone ineliminabile.

Tra i primi interventi statali, volti a far fronte al tracollo finanziario che determinò anche una diminuzione della consistenza dei depositi, il volume richiama il *Bank Holiday Proclamation* del 6 marzo 1933 che conferiva al Presidente il potere di investigare, regolare o anche proibire transazioni in situazioni di emergenza, dichiarando l'interruzione dell'attività bancaria per un periodo iniziale di quattro giorni. Tale misura, evidentemente eccezionale nella sua natura, venne prorogata e fu seguita dalla approvazione dell'*Emergency Banking Relief Act* che avrebbe indicato le modalità di riapertura degli istituti di credito in maniera progressiva. Sebbene tali provvedimenti legislativi nascessero sotto il segno dell'emergenza, è bene ricordare che — di fatto — introdussero e aumentarono il potere presidenziale di indirizzare e definire la politica monetaria in maniera pressoché definitiva. Era

(6) F.D. ROOSEVELT, *La nostra strada (on our way)*, Milano, 1933.

oramai tracciata una linea di interventismo statale i cui effetti sarebbero stati permanenti e duraturi (7).

In tale processo di trasformazione dei rapporti tra Stato e mercato il volume ripercorre efficacemente l'evoluzione normativa soffermandosi anche sui *Banking Acts* rispettivamente del 1933 e del 1935 che, nella sostanza, introducevano una sorta di 'banca centrale' con ruoli di indirizzo economico. Difatti, la *Federal Reserve* adottò politiche di sempre maggior ingerenza governativa in funzione di controllo economico e la *Federal insurance Corporation* vide riconosciuto un ruolo di vigilanza (8). Attraverso il *National Industrial Recovery Act* vennero poi stabiliti specifici codici di comportamento e regole volte limitare la concorrenza fra imprese e ad armonizzarne le condizioni di produzione con l'obiettivo di evitare eventuali sovrapproduzioni industriali.

In estrema sintesi, il processo di continua emanazione di strumenti di controllo e regolazione era oramai definitivo: il punto finale si ebbe con l'avvento della Guerra, che legittimò ancor di più l'intervento statale nell'economia.

Il terzo e ultimo capitolo del volume propone una interessante ricostruzione dell'evoluzione dell'ordine giuridico ed economico italiano attraverso i punti di contatto con la situazione statunitense. L'Italia, già a partire dagli Anni 20 del Novecento, alla ricerca di una terza via tra liberismo e socialismo, intraprese una cospicua — anche se non sempre chiara — normativa corporativista (9). Si assistette alla costituzione di specifici enti con funzioni di indirizzo e controllo tra cui l'Istituto Mobiliare Italiano che, dal 3 novembre 1931, nasceva come ente di diritto pubblico, seppur dotato di personalità giuridica autonoma.

Le finalità — la *mission*, in termini contemporanei — di tale Istituto era quella di concedere finanziamenti fino alla durata massima di dieci anni, trovando la provvista anche attraverso l'emissione di obbligazioni che potevano essere garantite dallo Stato. La composizione degli amministratori era disciplinata dalla normativa istitutiva, delineandone ancor di più il ruolo statale. Anche in tal caso, il contesto emergenziale in cui venne istituito l'IMI non ne pregiudicò una natura tutt'altro che occasionale e anzi tale ente si affermò come elemento di equilibrio del sistema economico italiano.

Parimenti a quanto accaduto in America, in Italia gli imprenditori auspicavano un intervento statale volto a organizzare la produzione (anche con finalità di controllo dei relativi costi) così da evitare una

(7) F.D. ROOSEVELT, *Fireside chat on banking*, 12 marzo 1933, in *The American presidency project*.

(8) H.M. BURNS, *The American banking community and New Deal banking reforms, 1933-1935*, Westport, 1974.

(9) G. SANTOMASSIMO, *La terza via fascista. Il mito del corporativismo*, Roma, 2006.

saturazione del mercato e limitando contestualmente l'espansione degli impianti industriali così da scongiurare una eccessiva concorrenza. Gli stessi imprenditori italiani avevano oramai compreso come interventi di tale tipologia non potessero essere autonomamente determinati in regime di concorrenza e, pertanto, un intervento governativo risultava imprescindibile. In tale contesto si inseriscono la legge del 6 giugno 1932 n. 834 sui « consorzi obbligatori » e la legge 12 gennaio 1933 n. 141 che conferiva al Governo la delega in materia di autorizzazione sui nuovi impianti produttivi ⁽¹⁰⁾.

Sebbene tali normative potessero apparire di importante rilievo nell'attribuire un ruolo di intervento governativo nell'economia, si rivelarono un insuccesso in quanto le autorizzazioni venivano concesse non tenendo in considerazione l'interesse del Paese quanto piuttosto nell'interesse esclusivo degli industriali.

Al pari di quanto accaduto in America, si possono muovere specifiche critiche alle normative 'emergenziali' e alle agenzie costituite per regolare il fenomeno economico: tali strumenti, nati sotto l'egida della soluzione 'tecnica' a problemi politici, economici e sociali, si prestavano — in verità — ad essere strumenti in mano al Governo (sia esso italiano o americano). Non mancarono tentativi di definire limitazioni alle amministrazioni nell'ottica di garantirne la compatibilità con un sistema democratico, come ad esempio lo *Special Committee on Administrative Law*.

Ciò nonostante, è innegabile che il *New Deal* abbia portato a compimento una rivoluzione culturale e costituzionale, avendo determinato la fine della autoregolamentazione del sistema economico con il consolidamento di una normazione amministrativa del mercato idonea a limitare gli abusi al potere privato. In tal senso, il volume ricostruisce puntualmente la genesi e il processo di tale cambiamento in America e in Italia con una precisa e dettagliata analisi delle fonti e dei dibattiti dottrinali.

ALBERTO TORINI

CARLOS PETIT, *Otros códigos. Por una historia de la codificación civil desde España*, Madrid, Dykinson, 2023, 641 pp.

1. Alla fine degli anni Settanta del secolo scorso in un librettino prezioso Natalino Irti annunciava l'età della decodificazione, la fine

⁽¹⁰⁾ V. STRINATI, *La legislazione corporativa sugli impianti industriali: interpretazioni e discussioni*, in « Le carte e la storia », VII (2001), 1.

della centralità del codice e della possibilità di pensare un unitario sistema, una teoria generale radicata nel diritto civile come diritto comune generale. Nel nuovo universo giuridico frammentario, dominato da leggi speciali, leggi particolari che si raggruppano tuttalpiù in ordinamenti di settore, micro-sistemi instabili e senza ambizione, difficili da collegare entro un disegno unitario, non può che mutare — affermava Irti — il ruolo dell'interprete: orfano della centralità solare del sistema-codice, costretto a inseguire scelte politiche mutevoli, espressione di contrastanti interessi difficili da inserire in un disegno organico, il giurista deve rinunciare a supponenti architetture e cogliere umilmente singoli, isolati, frammenti, farne l'esegesi, ricercando filiformi collegamenti con la Costituzione. L'annuncio dell'età della decodificazione non segnalava semplicemente la pessima condizione clinica e l'infausta prognosi per il paziente-codice, ma indicava anche una trasformazione profonda in atto nel rapporto tra politica e diritto. Condotta assumendo l'esistenza di un'originaria separazione tra il codice e la legge, la lettura di Irti invitava a constatare realisticamente la caduta dal trono e la riduzione del codice al rango di una legge qualsiasi; nello stesso tempo però era proprio 'la morte' del codice ad attribuire a ritroso un significato leggibile all'intera sua vita.

Smentite anno dopo anno da una fioritura di codici e da una debole ma perdurante vocazione al sistema della scienza giuridica, le previsioni irtiane non si sono avverate: la moltiplicazione dei 'codici' (di testi formalmente denominati codici) ha semplicemente complicato il rapporto tra il nome e la cosa. Pur considerando usi e abusi del nome, resta tuttavia difficile pensare la cosa senza operare distinzioni, senza distinguerla dalla 'semplice legge': il nostro stesso discutere di *ideacodice*, *modello codice*, *età della codificazione e della decodificazione*, reclama coincidenze e differenze che offrono un osservatorio privilegiato delle relazioni tra diritto e politica, tra diritto e scienza giuridica, tra « codice civile e società politica » (per ripetere il titolo di un volume di Irti del 1995). E, del resto, nello stesso momento in cui assumiamo singolarmente (singolarmente perché lo facciamo a due secoli dall'affermarsi della codificazione, di un origine cioè in cui non esisteva alcuna differenza *formale* tra legge e codice, entrambi espressione della volontà del detentore del potere politico) che il codice è ormai condannato ad essere « legge tra le leggi », che la sua razionalità tecnica, l'efficacia dei suoi principi, la sua ambizione sistematica, non riescono (più) ad avere una primazia sulla legge, non facciamo altro che segnalare ancora (il problema di) un primato della politica.

La 'fine' riconduce all'inizio: la decodificazione è trionfo della volontà politica, è essa stessa « strumento di politica legislativa » che propone — vien voglia di dire — un assolutismo giuridico coerente e visibile, quell'assolutismo che l'attribuzione al codice di un plusvalore, di un'aurea di immodificabilità, di una valenza costituzionale, impediva di scorgere appieno nell'età della codificazione. Il 'problema codice', la

questione della sua (immaginaria?) ‘plusvalenza’ rispetto alla legge, la questione del rapporto tra società politica e cultura giuridica pare, insomma, *quasi* ripetersi immutata a partire dal momento in cui l’idea di codice si affranca dalle compilazioni, dalle consolidazioni, intese come semplici raccolte di testi posti a riordinare il passato, pretendendo di progettare il futuro, di disegnare ‘per sempre’ la mappa di tutte le possibili relazioni sociali, offrendo presuntuosamente il nome a un’intera epoca.

Il ‘farsi e il disfarsi’ del concetto ovviamente non è insensibile al tempo e allo spazio; ed è nel tempo e nello spazio, nella storia e nella geografia, che occorre tentare di capire (e « capire significa decifrare ») come il permanere della parola « si traduca » nel *signifié*. Insomma, se assumiamo, con George Steiner che ‘la traduzione’, sia « formalmente e praticamente implicita in *ogni* atto di comunicazione » ⁽¹⁾, non possiamo che affrontare alla stregua di questa consapevolezza gli interrogativi che si affollano attorno all’oggetto misterioso ‘codice’: come intendere i più di settanta « codes officiels » oggi in vigore in Francia, Paese campione del mondo di ‘codificazione’? I codici hanno tutti ugual peso? Ha senso porre differenze qualitative tra i codici ‘della tradizione’ e gli ‘altri codici’, quelli fioriti *au delà* dei *Cinq codes*, quelli ‘altri’ rispetto al modello eurocentrico? Quanto contribuisce alla nostra comprensione del passato e del presente assumere (ancora) a punto di riferimento un ‘codice modello’? Possiamo adagiarci sulla ‘storia ufficiale’, quella visibile, senza provare a scorgere « ecos de cosas desaparecidas », senza cogliere dialoghi con esperienze ‘altre’, senza ascoltare « lecciones de *codificación* » provenienti anche da paesi minuscoli?

Con *Otros códigos*, Carlos Petit affronta questi interrogativi proseguendo la sue ricerche sul codice, i codici, la codificazione, riordinando e sistematizzando la sua ampia e significativa produzione scientifica degli ultimi trent’anni su questi temi ⁽²⁾. *Otros códigos* è un volume che ha il merito di restituire complessità al tema: sguardo comparato, superamento della logica eurocentrica, analisi attenta di una molteplicità di piani interconnessi, restituiscono un quadro della codificazione civile che si affranca dai modelli vincolanti (e nello stesso tempo aiuta a comprenderli meglio) mettendo a fuoco « conceptos elusivos » (prima parte), aprendo un confronto « desde España » con « otros códigos » (seconda parte) e considerando — sempre in una prospettiva compa-

⁽¹⁾ G. STEINER, *Dopo Babele. Aspetti del linguaggio e della traduzione* (ed. orig. 1975, 1992), trad. it. di R. Bianchi e C. Béguin, Milano, Garzanti, 2004.

⁽²⁾ La raccolta fa seguito al volume *El Trienio y sus códigos* (Madrid, Dykinson, 2022); e al volume *Un Código civil perfecto y bien calculado. El proyecto de 1821 en la historia de la codificación* (Madrid, Dykinson, 2019). Una trilogia di testi che sistematizzano gli interventi dell’A. sul tema codice, codici, codificazione/costituzionalizzazione, offrendo agli studiosi un essenziale punto di riferimento.

rata — il fitto intreccio tra « *códigos y doctrina* » (terza parte). La divisione in parti, la suddivisione nei capitoli che sistematizzano saggi antecedenti, non deve trarre in inganno: siamo di fronte a un volume fortemente unitario, costruito attorno a un ben preciso filo rosso, sorretto dalla tensione dello storico a '*découvrir l'autre*' attraverso un serrato confronto con le fonti; un sempre puntuale 'faccia a faccia' con i documenti che tuttavia non perde mai di vista i grandi temi connessi alle trasformazioni della relazione tra politica e diritto, tra codificazione e costituzione, tra nuove dinamiche giuridiche e nuove contaminazioni tra pubblico e privato.

Attento a storicizzare, a contestualizzare le proprie domande e le risposte dell'altro', Petit evita di assolutizzare concetti e parole, consapevole — con Marc Bloch — che « *les mots... sont comme des monnaies très usées, à force de circuler de main en main; ils perdent leur relief* ». Per tentare di comprendere il codice (« *¿Qué demonios es un código?* », p. 115), il suo voler essere 'sistema' (non soltanto combinazione di forma e sostanza ma prodotto culturale, fusione di volontà legislativa e vocazione sistematica), occorre sapere ascoltare l'altro', distinguere, non farsi imprigionare da formule dalla vocazione totalizzante ⁽³⁾. *Otros códigos* mette in discussione centralità geografiche, mitologie della storia nazionale 'ufficiale' per ridefinire parole e concetti, per riscoprire percorsi interrotti, « *ecos de cosas desaparecidas* » ⁽⁴⁾, per ascoltare *lecciones* provenienti da vicende appartate ed esemplari ⁽⁵⁾.

⁽³⁾ Quella, ad esempio, per cui « *el código sería una ley sistemática y abstracta que deroga el régimen jurídico de un sector del ordenamiento, con la pretensión de regularlo ex novo unitaria y completamente* » (p. 116).

⁽⁴⁾ « *Hoy es historia casi olvidada. Nadie parece recordar que en el siglo XIX se veía, desde España, más cercana Inglaterra que la misma Francia. Muy cerca de Madrid estaba también el minúsculo Principado de Montenegro, que con un texto contemporáneo al Código civil español impartía lecciones de codificación a toda Europa* » (pp. 54-55).

⁽⁵⁾ Esemplare in tal senso l'analisi del *Código de Tránsito* della Colombia, del suo 'farsi e disfarsi' come codice nelle definizioni della giurisprudenza: « *La sentencia C-362 de 1996 encierra una interesante lección. Enseña, en primer lugar, que la codificación del derecho ha sido y aún hoy es un acontecimiento de cultura y de política jurídicas de ámbito general, una particular técnica transnacional de producir y escribir normas cuyas implicaciones poliédricas no son comprensibles desde los parámetros estrechos de las historias jurídicas nacionales. En otras palabras, más allá de los 'modelos fuertes' que representan el Code civil des français o el Bürgerliches Gesetzbuch, un ordenamiento geográficamente remoto puede ofrecer interesantes elementos de reflexión. Y, sin embargo, ciertas aportaciones recientes — no obstante su objetiva calidad — pecan de marcado eurocentrismo* » (p. 111, cfr. p. 105 e ss.).

2. Tra i lemmi più utilizzati nel libro compaiono ‘traducción’ (212 occorrenze), ‘traducciones’, ‘traducir’, ‘traducido’, ‘traductor’; continua è in *Otros códigos* l’attenzione a cogliere i nessi tra « creación y traducción », le relazioni tra traduzione e lettura, tra lettura e riscrittura (« Toda traducción es lectura; toda lectura es reescritura », p. 59). L’intero volume affronta un problema di ‘traduzione’, un problema complesso che Petit ci restituisce ora tratteggiando con pennello sottile varianti leggere di quello che è piccolo, ora allargando lo sguardo e, con effetto vertiginoso, portando il lettore in alto per fargli cogliere relazioni tra parti lontane, per accompagnarlo in zone dimenticate. Costante è la domanda su *cosa voglia dire ‘tradurre’* e cosa significhi farlo rispetto a ‘codice’, alla particolarità dell’oggetto ‘codice’. Una particolarità che è data dal fatto che, come il Pierre Menard di Borges che non voleva comporre un altro Chisciotte ma *il* Chisciotte, giuristi e legislatori che si accostano al codificare non intendono proporre *un codice*, ‘una legge qualsiasi’, ma *il Codice*, un ‘*Código civil perfecto y bien calculado*’; questa tensione attraversa la circolazione (la esportazione, l’imposizione) del modello codice, la ‘recezione’ (e le resistenze alla recezione del modello), rilanciando l’interrogativo sul significato di ‘tradurre’. Con Umberto Eco possiamo affermare che « la risposta — ovvero la domanda di partenza — è che [tradurre] significhi « dire quasi la stessa cosa » »; la consapevolezza del fatto che « la traduzione non riguarda solo un passaggio tra due lingue, ma tra due culture, o due enciclopedie », non può che spingere tuttavia ad allargare gli interrogativi riguardo al « quasi » (alla sua estensione ed elasticità) anche al « dire » e alla « stessa cosa » (6).

Otros códigos considera *le traduzioni* per comprendere vicinanze e distanze nel riferimento alla ‘stessa cosa’. Le rappresentazioni del modello-codice si moltiplicano e restano *uguali*: le più enfatiche esaltazioni del nesso tra identità nazionale e diritto civile (*il* diritto per eccellenza), tra identità nazionale e codice civile (*il* codice per eccellenza), propongono isole in cui il *codice nazionale* assorbe il passato, rispecchia il diritto civile della nazione (« el derecho más propio, lo más nacional y arraigado en el vivir de un pueblo » (7)) e predetermina il futuro; nello stesso tempo però il codice non cessa di assorbire (‘tra-

(6) U. Eco, *Dire quasi la stessa cosa. Esperienze di traduzione*, Milano, Bompiani, 2003.

(7) « ... el derecho más propio, lo más nacional y arraigado en el vivir de un pueblo... sólidamente unido a lo más hondo de la consciencia nacional... Es el que determina de modo general el puesto y significado jurídico de la persona y de la familia, dentro de la total organización jurídica, para que sus fines se realicen conforme al plan del Estado y al servicio de la misión histórica de España ». Così Federico de Castro y Bravo, 1949, cfr. Petit, pp. 71-72; nell’ambito di un discorso in cui « la nacionalidad

durre'?) visioni opposte a quella del diritto nazionale, ponendole ora in tensione ora in simbiosi ⁽⁸⁾.

Esaltando le insularità, le specificità tradizionali e il *naturale* legame tra i contenuti della forma codice e la vita *vera* del popolo, la nazionalizzazione del codice dilata le distanze con l'universalità del modello e sminuisce ed esalta l'idea di un codice imposto *dall'alto*: il legislatore non fa che dichiarare, riconoscere, un diritto scritto nella storia nazionale, espressione della sua identità giuridica; nello stesso tempo però quel diritto posto dallo Stato si pone come tutto il diritto. Non a caso, questa strategia argomentativa, che pone disinvoltamente assieme Thibaut e Savigny a sostegno del codice, trova non pochi fautori in un contesto come quello italiano in cui il raggiungimento dell'unità politica nazionale esige una legittimazione ulteriore rispetto a quella offerta dalla 'semplice legge' statale: la fissazione del nesso tra codice civile e identità giuridica nazionale legittima il codice oltre il legislatore, lo costituzionalizza sottraendo i suoi principi alla mutevolezza della politica. Una strategia retorica questa che è ovviamente costretta a confrontarsi con le trasformazioni sociali, con il farsi del codice dopo il codice, con le critiche al codice borghese, codice di una sola parte, non veramente nazionale, sociale, scientifico, universale.

La 'febbre di traduzioni' di testi giuridici italiani in spagnolo (« ecos de la Civilistica italiana en España », p. 511 e ss.) è particolarmente alta negli anni Ottanta del XIX secolo, decade in cui giunse a maturazione il processo di codificazione civile spagnolo. Avviata inizialmente con la 'recezione' di testi della Scuola positiva di diritto penale e poi allargatasi alla dottrina del diritto civile, « la 'italianización' de la jurisprudencia española » evidenzia con maggior forza contrasti che nel contesto italiano erano stati a lungo sopiti dalla tensione al raggiungimento dell'unità politico-giuridica. Il riferimento alle traduzioni e all'affermarsi della circolazione della cultura giuridica offre a Petit una lente privilegiata per cogliere « una de las paradojas de la experiencia jurídica liberal, quiere decirse, el enigma de un *derecho* que resultaba a un tiempo *ordenamiento* producido — por vez primera en la historia — desde los parámetros 'nacionales' del Estado, pero además un *saber* de pretensiones *científicas*, dotado entonces de vocación universal. La paradoja de la modernidad jurídica justifica entonces la necesidad de las traducciones... » (p. 516). Il momento culminante della recezione della cultura giuridica italiana si ha con la traduzione dell'opera di Enrico Cimbali, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali, con proposte di riforma della legislazione vigente* (1885), un libro (« cuyo

(española) del derecho civil coexiste sin contradicciones con la universalidad del derecho natural » (p. 74).

(8) Cfr. § 14. *Derecho ¿nacional? e identidad ¿universal?* (p. 85 e ss.); § 15. *Circulación de modelos (racionales) y falsas identidades (nacionales)* (p. 91 e ss.).

simple título parecía seductor », p. 530) che appassiona Augusto Comas y Arqués e i giuristi della sua generazione, incidendo sul dibattito per la codificazione spagnola ⁽⁹⁾. E nel contesto spagnolo la denuncia di Cimbali del divario tra *sistema della scienza* e *sistema del codice* è utilizzata come monito a non formalizzare un codice immobile: « Y fue así que las exigencias reformatórias propias de la *nueva fase* se convirtieron en España en exigencia del derecho codificado » (p. 532; cfr. p. 536 e ss.).

Non si tratta però soltanto della traduzione della cultura giuridica italiana, per la comprensione del percorso codicistico spagnolo Petit utilizza la lente della comparazione, della 'traduzione', anche quando guarda direttamente giuristi spagnoli: è il caso dell'analisi del confronto-scontro tra il legislatore Manuel Alonso Martínez, « jurista católico liberal » (p. 493 e ss.) e un giovanissimo Rafael Altamira nelle vesti di « civilista » ⁽¹⁰⁾. Nelle pagine di Altamira l'insoddisfazione verso un codice imposto 'dall'alto' sulla realtà giuridica, sui fatti e la « vida del Derecho » è accompagnata dalla considerazione di una « vida local » caratterizzata da tradizioni e consuetudini unificabili soltanto movendo 'dal basso', assecondando le spinte spontanee all'unità nazionale. Ferma è da questo punto di vista l'opposizione a un codice — *el Código del Sr. Alonso Martínez* — che appare indirizzato « reducir á números y á casos la riqueza inmensa de los hechos » e a sacrificare la libertà civile ⁽¹¹⁾. Altamira, così come Joaquín Costa, è lettore attento del Codice del Montenegro (sia Altamira che Costa — come documenta Petit — conoscevano già prima della sua traduzione in castigliano del 1893 il codice di Valtasar Bogišić, quel codice 'così diverso da tutti gli altri codici europei', pp. 292-295). Il richiamo di Altamira al « método positivo en el derecho civil », il suo appello ai fatti, alle tradizioni e alle consuetudini giocate contro l'astrazione codicistica guarda, sulla scia di Joaquín Costa, alle scelte operate 'sul campo' da Bogišić per quel Codice del Montenegro ispirato alle consuetudini e ai costumi locali, attento alle necessità del popolo e al pluralismo sociale, attento a non

⁽⁹⁾ Per impulso di Augusto Comas y Arqués l'opera di Cimbali è assunta a modello di politica del diritto, è resa 'legiferabile', cfr. pp. 449 e ss.; 529 e ss.

⁽¹⁰⁾ Gli scritti di critica al codice pubblicati in « La Justicia » tra l'11 di novembre e il 20 dicembre sono raccolti nell'Appendice, p. 563 e ss.

⁽¹¹⁾ « Hé aquí otro de los capitales defectos que presenta el Código del Sr. Alonso Martínez. Continúase en él, y hasta se refina, el sistema de desconfanzas, de prevenciones, de reducir á números y á casos la riqueza inmensa de los hechos, limitando la libertad de los individuos y acentuando la intervención del Estado, como si el hombre, declarado mayor de edad en la esfera política por las escuelas modernas, continuase siendo un menor de edad eterno en la esfera civil ». Così ALTAMIRA, *Lo que significa el Código* (*La Justicia*, 9 de noviembre, 1886, *Apéndice* pp. 576-578) e *La libertad civil*, (*La Justicia*, 14 de noviembre 1888, in *Apéndice*, pp. 578-580, da p. 579 la citazione).

imporre « una ley abstracta y racional, fruto del arbitrio normativo del Estado » (p. 309 e ss.). La critica alle astrazioni, il riferimento alla ‘mappa dei fatti sociali’, la non velata critica all’arbitrio del legislatore e la valorizzazione (contro la ‘mera esegesi’) di una scienza giuridica attenta ai fatti sociali, aperta alla comparazione, tornavano a incrociare ‘la traduzione’ di Cimbali e a proporre una *nuova fase* del diritto civile.

I percorsi tracciati da Petit si intrecciano moltiplicando i punti di vista, gli sguardi sulle cose e sul dire « quasi la stessa cosa ». Se l’analisi del nesso tra codice e identità nazionale smitizza l’enfasi delle chiusure e dell’insularità nazionale (evidenziando tra l’altro le contrastanti relazioni tra la statalizzazione del diritto e l’universalità della scienza); altri risvolti sono colti puntando la lente sulla relazione tra codice e civilizzazione. In questo caso a giocare un ruolo centrale è il richiamo retorico al codice come ‘diritto perfetto’, alla codificazione civile come forma moderna, come necessaria espressione di progresso giuridico, strumento di garanzia dei diritti dell’individuo (del cittadino borghese), di difesa della proprietà e della circolazione dei beni, della moralità della famiglia. Il codice è espressione di una civiltà progressiva, è strumento di civilizzazione, da esportare, da imporre. Un profilo che fa emergere la circolazione dei modelli giuridici, la recezione, la traduzione dei codici e delle leggi occidentali entro un « proceso, dulcemente forzado, de civilización » (p. 97). A Jhering l’esportazione dei modelli giuridici ‘superiori’ appare ‘naturale’ e, di conseguenza, assurdo appare il rifiuto del dono: « solamente un loco rechazará las naranjas con pretexto de que no han madurado en su jardín ». Il tono apparentemente mite è accompagnato prontamente dalla spietata assimilazione del rifiuto all’esclusione dalla civiltà, alla negazione del diritto ad esistere: « El país que rechaza toda idea de contacto con otra civilización, es decir, de la educación por la historia, pierde por ese acto el derecho de existir » (cit. a p. 93). La circolazione dei modelli giuridici occidentali in terra di cultura diversa è — da questo punto di vista — riletta considerando la relazione disuguale tra « las *potencias* y *los otros* » ⁽¹²⁾.

Ed ancora: assumendo al centro la circolazione di persone e testi, il dopo codice spagnolo è seguito considerando l’impatto del BGB, le relazioni tra e con la cultura, con la scienza giuridica tedesca. Qui ritroviamo, in nuova compagnia, Augusto Comas y Arqués e Rafael Altamira nella veste di critici del Codice; le loro critiche divengono più radicali alla luce del processo codificatorio tedesco, di un BGB assunto

(12) « Situados en esa línea, el conocido tópico de la *circulación* de modelos jurídicos, la no menos difundida *recepción* de códigos y leyes occidentales en tierras de diferente cultura, antes que demostrar la excelencia técnica del BGB o del admirable *Code civil*, antes aún que acreditar las ansias modernizadoras de exóticos gobernantes reformistas, atestiguaba los esfuerzos de ciertos países obligados a alterar sus tradiciones con el propósito de figurar en el selecto grupo de las ‘naciones civilizadas’ » (pp. 100-101).

a modello per la riforma del pur giovanissimo codice spagnolo che *no es un Código... no es un Código civil... no es español* (p. 345 e ss.). Seguendo le traduzioni (la prima traduzione spagnola del BGB è del 1897; la seconda del 1955) e i *comentarios, textos de textos*, le pagine di Petit comprovano l'assunto per cui « toda lectura es reescritura ».

3. Ogni pagina di *Otros códigos* è attraversata dalla tensione a una comprensione totale dell'oggetto codice e codificazione superando le barriere linguistiche, valutando contesti, intrecciando storia e geografia, leggendo fonti vicine e lontane. L'oggetto codice è considerato in tutte le sue declinazioni, soppesando le sue diverse 'vocazioni': « vocación sistemática » (p. 116), « vocación reductora del derecho a la ley » (p. 54), « vocación universal » (p. 218), « vocación didáctica » (p. 298), « vocación garantista » (p. 119, p. 212), « vocación política » (p. 200 e ss.), considerata quest'ultima, con particolare riferimento al progetto di Codice del 1821, « originalísimo proyecto de código de 1821 », manifestazione di « vocación constitucional », « vocación de arraigarse en el mismo orden constitucional » (13).

Ciascuna di queste vocazioni del codice tratteggia un futuro, segnando (intendendo segnare) una mappa di itinerari, un sistema che l'interprete — il lettore del testo codice — moltiplicherà, tradurrà a sua volta in ri-scrittura. La rappresentazione del futuro, lo sappiamo dopo Einstein, dopo Heisenberg, non è più quella « ingenua » posta alla base della meccanica newtoniana, né ormai più quella affidata alle certezze della teoria della relatività. Con la teoria dei quanti il momento infinitamente breve che chiamiamo presente si espande privo persino dell'indiscutibile certezza del tempo, dell'ordinato nesso tra passato, presente e futuro (14). Il futuro disegnato dal 'codice' è probabilmente un eterno presente esplorato da coloro che leggono, traducono, riscrivono le mappe del codice. Il futuro, del resto, è sempre dentro e fuori le mappe, dentro e fuori il testo. Come Edmond Dantès che rinchiuso nella fortezza dell'isola di If ricerca tra le mappe tracciate dall'Abate Faria strategie di fuga, l'interprete-traduttore ora cerca di « individuare il punto in cui la fortezza pensata non coincide con quella vera », ora invece pensa che « forse il futuro si concentra nel punto più interno dell'isola d'If, cioè [che] la via d'uscita è una via verso il dentro » (15).

Georges Steiner afferma che la tensione alla traduzione perfetta

(13) Ma sul punto si cfr. PETIT, *Un Código civil perfecto y bien calculado. El proyecto de 1821 en la historia de la codificación*, cit.

(14) Werner HEISENBERG, *Oltre le frontiere della scienza*, Roma, Editori riuniti, 1984, p. 68.

(15) Italo CALVINO, *Il conte di Montecristo*, in ID., *Ti con Zero*, Torino, Einaudi, 1967, p. 143.

che anima il Pierre Menard di Borges è un tentativo di « ribaltare il disastro di Babele », quasi a comporre muovendo ciascuno dalla propria esperienza un unico testo, un'unica lingua, un unico libro. Ogni lettura, ogni traduzione, ogni incontro tra culture, è riscrittura, apertura di una catena di testi, di testi di testi; una Biblioteca — « un Universo (che altri chiama Biblioteca) » — che, con Borges, possiamo dire « interminabile », « eterna », « totale », « infinita ». Il lettore di *Otros Códigos* non può che esser grato a Carlos Petit, provetto bibliotecario, per averlo guidato nella lettura (e, dunque, nella riscrittura) di mappe, di testi, di fughe dal testo e di ritorni al testo, un testo vocato a tradursi in un futuro sempre diverso e sempre « quasi uguale ».

GIOVANNI CAZZETTA

EMANUELE STOLFI, *La giustizia in scena. Diritto e potere in Eschilo e Sofocle*, Bologna, il Mulino, 2022, pp. 360.

1. *Giustizia e teatro antico*. Il recente studio di Emanuele Stolfi si occupa, come precisa il sottotitolo, della dialettica tra diritto e potere nel teatro antico, segnatamente nelle opere di Eschilo e Sofocle.

Perché caldeggiarne la lettura anche da parte dei cultori del diritto positivo? La risposta giunge scontata: il giurista che, per opzione disciplinare, si dedica ai tracciati normativi vigenti sa bene di non poter prescindere dal retroterra culturale storico, filosofico e comparatistico del diritto, senza il quale l'enunciato si riduce a un vuoto involucro formale.

Ciò vale in particolare in un'epoca, come la nostra attuale, nella quale *téchne* e *nomos* non sono paritetici, perché la prima insidia il secolare primato del confronto politico nella produzione del diritto. Sotto questo profilo l'esperienza dell'antica Grecia è un felice esempio di compenetrazione tra pensiero giuridico e pensiero politico. Il giurista non può consentire che la regolazione della vita sociale dipenda da tecnicismi. Il diritto che vince con la sua forza impositiva, ma che non convince con la forza della ragione, risulta dispotico anche se opera nella cornice di uno stato democratico.

Nel diritto penale d'oggi, settore notoriamente travagliato, si sta imponendo una produzione legislativa tecnocratica non solo per il protagonismo di normative amministrative integratrici. Il c.d. diritto penale europeo, per parte sua, rovescia sugli Stati nazionali richieste crescenti di penalizzazione di parte speciale, trascurando i principi di garanzia costituzionalmente affermati. Si prescinda pure dal persistente deficit democratico delle istituzioni eurounitarie, appena attenuato dalla procedura di codecisione. La politica criminale che ne deriva

risulta sbilanciata perché incentrata sulla tutela e scompagnata da una simmetrica sensibilità per lo statuto culturale della parte generale. Il sistema delle garanzie, che ivi albergano, rimane appannaggio dei diritti nazionali, percepiti come resistenti al progetto dell'unificazione.

Il diritto giurisprudenziale non è meno verticistico: la funzione nomofilattica è nelle mani di una corte apicale. Il dialogo con la scienza giuridica di estrazione accademica si è molto ridotto. La vocazione critica si è assopita facendo sovente della dottrina bocca della giurisprudenza. L'ufficio del massimario funge da battistrada ermeneutico. Le massime studiano dichiaratamente per soppiantare le fattispecie di conio legislativo.

Ebbene, nelle tragedie greche del V secolo a.C. sono tematizzate le questioni centrali e ancora attuali della tradizione giuridica occidentale fondata, sotto il profilo del metodo, sul pensiero critico e, sotto quello dei valori, sul primato della persona. Solo per citarne alcune, vengono in rilievo il rapporto tra norma morale e legge politica, autorità e cittadino, certezza e giustizia, colpevolezza e pena, ritualità e giusto processo.

In relazione a ciascuna di queste sconfinite tematiche le tragedie di Eschilo e Sofocle contribuiscono ad accrescere la consapevolezza del giurista.

2. Avere consapevolezza dei problemi — si badi — non significa trovare per ciò stesso le risposte. La cultura classica ci indica i luoghi dove stanno gli uni e le altre. Il suo lascito porta con sé le impalcature dell'epoca, dalle quali non si può prescindere per quanto ingenuo possano apparire oggi. È anche vero però che « non sempre ciò che vien dopo è progresso » (Alessandro MANZONI, *Del romanzo storico*, 1827).

La scienza giuridica, in particolare, è incessante ricapitolazione. In relazione ai temi di fondo è difficile trovare novità assolute: non di rado c'è più rinnovamento nella rivisitazione della tradizione di quanto ce ne sia nel dichiaratamente nuovo. D'altro canto, la qualità del diritto non si misura con la quantità dei testi giuridici che nel tempo si sono stratificati, ma dipende dall'effettività dei diritti che vivono nelle aule di giustizia.

L'empiria ha la sua importanza, perché ci dà la misura del reale. Anche per questa ragione storici e giuristi positivi sono chiamati a integrare le rispettive visioni, mantenendo ciascuno la propria specificità metodologica.

Non ci si improvvisa storici e nemmeno studiosi del diritto positivo.

Lo storico legge il passato per così dire in presa diretta. Compie un viaggio indietro nel tempo, esamina i fenomeni con gli occhi dell'umanità di allora, utilizzando le categorie di cui essa disponeva.

Il giurista positivo, quando si avventura in retrospettive storiche,

continua a usare le lenti del suo tempo, senza le quali non ha occhi per vedere. Per questo talvolta gli capita di instaurare nessi azzardati.

A tal proposito Stolfi non manca di bacchettare autorevoli voci della dottrina (nella specie Gustavo Zagrebelsky) quando intravede nel contrasto tra Antigone e Creonte la dialettica tra *ius* e *lex*, in realtà estranea al pensiero di Sofocle e certamente successiva (del resto dal punto di vista semantico l'uso del latino è già indiziante della forzatura).

Bisogna guardarsi, però, anche dal rischio opposto: quello di cogliere una continuità con l'antico nel frattempo divenuta labile. Per restare al tema, il riferimento è alla dimensione teatrale del processo e alla forza drammaturgica della parola detta. Si tratta di ricordi del passato. Il neolaureato in legge lo scopre nei primi giorni di pratica legale. Segue una delusione che è parte integrante della sua formazione.

3. Valga qualche esempio.

Il processo non si svolge in un'unità di tempo definita: un giorno, una settimana, un mese. La sua celebrazione è sminuzzata in segmenti temporali privi di logica endoprocessuale, che dipendono piuttosto da contingenze varie e ricorrenti: difetti di notifica, assenze dei testimoni, impegni del giudice, astensioni degli avvocati, fine dell'orario di servizio dei cancellieri, e ancora. Chi mai immaginerebbe l'interruzione di una rappresentazione teatrale perché il regista ha un corso di aggiornamento o il coro è in assemblea sindacale?

In un giorno lo stesso giudice porta avanti anche venti-trenta procedimenti. Il che spiega come mai sul suo tavolo si ergano colonne di fascicoli e faldoni.

Il processo viene calendarizzato tenendo conto che procederà per piccolissimi passi e durerà anni, spesso più di dieci. Capita che non arrivi a conclusione, perché ha consumato il suo tempo, non perché si è esaurito il suo compito. È vanificato dalla prescrizione: il famigerato istituto 'ammazzaprocessi', senza il quale il processo avrebbe lunga vita e l'imputato, nell'attesa, passerebbe a miglior vita... Cinicamente si potrebbe invocare l'unicità del destino, essendo cause estintive del reato sia la prescrizione, che la morte del reo.

Quanto all'oralità, un diffuso insegnamento vuole che sia carattere predominante nel processo penale. In realtà si tratta di una reminiscenza. Oggi i processi sono in buona parte scritti. Non mi riferisco agli atti che richiedono per legge la forma scritta come la sentenza, la dichiarazione di ricazione o le impugnazioni; né alle prove dichiarative destinate a essere rilette a distanza di tempo nelle trascrizioni, che disperdono l'espressività del linguaggio non verbale. Le memorie delle parti, quali scritti facoltativi, sono le vere protagoniste del contraddittorio sulla prova nell'epoca della professata oralità. L'arringa difensiva è scomparsa con il rito inquisitorio. La discussione finale oggi è asciutta, geometrica e ricognitiva: non mira a convincere, ma

aspira a dimostrare. Il giudice professionale ha sviluppato anticorpi che lo schermano dalla forza seduttiva della retorica, ammesso che le parti ne siano ancora capaci. L'odierno operatore del processo è ben lontano dalla figura del retore antico, autentica macchina attoriale.

Bisogna smarcarsi dall'immaginario collettivo del processo, ispirato ai telefilm americani. Quel modello è ben diverso dal nostro, essendo fortemente condizionato dalla presenza della giuria popolare, che emette un verdetto immotivato. Oltreoceano, poi, il carico giudiziario è falciato dai patteggiamenti che non sono per nulla scenografici.

E che dire del pubblico? Salvo casi davvero eccezionali, si tratta del grande assente. La pubblicità del processo si è spostata fuori dell'aula: mass-media, *talk show*, *social* sono i nuovi palcoscenici. Il processo si spettacolarizza, ma non è teatro, al più è commedia all'italiana.

Un capitolo a sé merita l'aspetto logistico e l'edilizia dei palazzi di giustizia. Ve ne sarebbero anche di belli, ma non cercate l'areopago, perché non c'è. Torna alla mente l'ineguagliabile interpretazione di Vittorio De Sica, nell'episodio *Il processo di Frine* (*Altri tempi*, regia di Alessandro Blasetti, 1952): «l'areopago — arringava il grande attore, nelle vesti del difensore dell'imputata — si apriva sulla più bella collina», marcando la differenza con l'aula dove si trovava a parlare, definita «misera, polverosa, buia e puzzolente».

Buono o cattivo che sia, è il gioco della dialettica che accomuna ancora oggi il teatro greco e il processo. Senza la parola non ci sarebbe comunicazione. Per quanto la parola non sia più eloquente, da essa non può prescindersi. In questo senso gli attori del teatro e quelli del processo sono uomini di parola, elaborano strategie narrative destinate a contrastarsi. Prevale quella che meglio spiega il fatto e interpreta la sua rispondenza al segno, anch'esso 'fatto' di parole.

Senonché a nulla vale l'arte della parola se manca la fedeltà del giudice alle regole. Egli è il primo obbligato alla terzietà. Per questa ragione — ricorda Stolfi — nell'antica Grecia i giudici venivano scelti tra i cittadini migliori e sottoposti a giuramento. Presto, però, specie per le accuse di omicidio, l'areopago diventò espressione della giurisdizione assembleare di estrazione popolare, in nome della democratizzazione del diritto, espressa in epoca moderna dalla categoria della legalità, quale limite di matrice secolare e politica.

4. Cosa rimane allora nel nostro mondo di oggi della giustizia rappresentata nelle tragedie greche? Direi la sostanza delle questioni, ossia i problemi dell'agire e del giudicare, ma soprattutto un modo di vedere la giustizia diverso dal nostro. Il teatro greco ci aiuta a cogliere la sfuggente identità del diritto odierno, la differenza sostanziale tra il molteplice unitario di allora e il multilivello entropico dei nostri giorni.

Il libro di Stolfi è una guida preziosa, perché offre molti spunti di riflessione.

Mi limiterò a qualche spigolatura su uno dei temi di fondo dell'intero volume: il volto plurimo e indistinto della giustizia. *Dike* esprime una concezione a-specifica del diritto, connotata dalla prevalenza di *mythos* su *lógos*. La dimensione del normativo non si è ancora emancipata da altri contesti valutativi, come quello divino e filosofico. Il giuridico non presenta un'autonoma dimensione regolativa della vita sociale, privata e pubblica, comunque pervasa dal pensiero religioso, etico e politico. La giustizia è sostanza valoriale, olistica e multiforme. Il binomio giusto/ingiusto assorbe quello lecito/illecito, la funzione giudicante prevale su quella di orientamento comportamentale, la regola di giudizio sulla regola di condotta.

Stolfi parla di un « mondo senza giuristi », che non significa « senza giustizia », ma solamente senza quella corporazione o confraternita di specialisti della norma, che siamo noi da secoli.

Il modello greco non potrebbe accostarsi nemmeno alla *sharia* degli stati islamici, perché quest'ultima non è quasi mai diritto esclusivo. La sua funzione regolativa è quella di integrare la legge scritta *sub specie* di codificazione, importata con l'esperienza coloniale.

D'altro canto, bisogna guardarsi dalle similitudini apparenti. L'espressione « mondo senza giuristi » evoca solo nella forma l'ideale di Beccaria, che considerava « Felice quella nazione ove le leggi non fossero una scienza ». Le prospettive sono all'evidenza opposte. Alla giustizia greca mancava la purezza categoriale della norma, quale *prius* dell'agire e del giudicare. Per Beccaria l'orizzonte del giuridico era racchiuso nell'autosufficienza della regola di comportamento formulata in modo chiaro e semplice, nella comunicazione tra l'artefice e il destinatario, senza la mediazione dell'interprete e quindi del giudice.

Stolfi sviluppa con coerenza questa visione della giustizia greca. Un punto di emersione significativo è la sua lettura dell'Antigone. Il tema — va da sé — è sconfinato, perché l'Antigone non è solo un testo ma una stratificazione millenaria di interpretazioni. Stolfi se ho bene inteso, opta per una chiave di lettura essenziale: più che la dialettica tra legge morale e legge dello stato, più che il contrasto tra legge scritta e diritto consuetudinario, ciò che caratterizza il senso profondo della più nota tragedia di Sofocle è il rapporto tra cittadino e *politéia*, e in particolare il conflitto dell'uomo costretto da doveri contrapposti non componibili, forieri comunque di colpa e sofferenza. Il tormento dell'aut-aut, per dirla con Natalino Irti (*Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, 2021, p. 53 e s.), riflette la lacerazione interiore dell'eroe, il pessimismo dionisiaco che, secondo Friedrich Nietzsche (*La nascita della tragedia greca*, 1872), costituisce la cifra della tragedia greca precedente a Euripide.

In altra parte del libro Stolfi richiama la condizione spirituale di Oreste che scioglie il dilemma dell'agire, ma non evita il senso di colpa,

per avere ucciso la propria madre allo scopo vendicare la morte del padre Agamennone. La specifica vicenda offre lo spunto per una riflessione di sicuro interesse per il penalista: nella cultura della Grecia antica la vendetta non era solo un diritto dell'offeso e della sua comunità familiare, ma assurgeva a un preciso dovere sociale, colorandosi di funzione pubblica. Sul singolo gravava la responsabilità di rafforzare la prevenzione generale, diremmo oggi, al costo di esporsi al moto perpetuo della catena vendicativa, fatta di sangue che chiama sangue.

Ne esce confermato l'assunto: la tragedia greca rappresenta la giustizia più che come funzione regolativa, come problema; la colpa più che come atteggiamento antidoveroso della volontà, come ombra inseparabile dell'uomo. Lo spettatore, antico o moderno che sia, è chiamato a riflettere sulla fragilità della nostra condizione in bilico tra il dolore e la sua ricerca di senso, prerogativa dell'umano. Lo sgomento non nasce dall'esistenza della sofferenza, compagna di vita, ma dalla precarietà dei tentativi di spiegarla.

Il penalista, quale studioso e dispensatore di afflizioni, non può che partire da lì. Il teleologismo del diritto penale ha il suo faro nella pena, nel male inflitto perché giusto per il colpevole e necessario per prevenire futuri delitti. Chiamiamo ciò legittimazione, categoria pressoché esclusiva del diritto penale, che appagherebbe Creonte se fosse nostro contemporaneo, ma non allevierebbe affatto il tormento di Antigone, i cui panni è portato a vestire lo spettatore. Cambiano i tempi, i contesti e i palcoscenici, ma il diritto penale rimane una tragedia essenzialmente reocentrica.

FAUSTO GIUNTA

A proposito di...

MATTEO BOZZON

L'INVENZIONE DELLA SOCIETÀ EUROPEA.
DEMOCRAZIA SOVRANAZIONALE E DIRITTO PUBBLICO
(A PROPOSITO DI A. VON BOGDANDY, *STRUKTURWANDEL DES ÖFFENTLICHEN RECHTS* ⁽¹⁾)

1. Una società europea senza Stato. — 2. Società europea e democratizzazione. — 3. La 'democrazia delle molteplici mediazioni': al di là della democrazia come autodeterminazione. — 4. Pluralità, consenso, compromesso: il valore democratico dei Consigli e dei triloghi. — 5. Osservazioni conclusive.

L'esigenza di un ripensamento radicale del moderno costituzionalismo al fine di pensare costituzionalmente l'Europa è stata rivendicata in modo esplicito e ricorrente da numerosi giuristi e non solo ⁽²⁾. Un compito che, se riferito all'attuale Unione Europea, non può non presentarsi come « grandioso perché si tratta della costruzione di un edificio imponente, che ha ricevuto via via sempre più numerose adesioni di Stati » e, al contempo, « faticoso perché si tratta di ridurre un arcipelago di isole statuali a un continente politicamente e giuridicamente compatto » ⁽³⁾. Anche del diritto 'pubblico' sovranazionale si può insomma dire, come è stato fatto a proposito del diritto privato sovranazionale, che esso sia divenuto

⁽¹⁾ A. VON BOGDANDY, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts. Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft*, Berlin, Suhrkamp, 2022 — d'ora in avanti SÖR.

⁽²⁾ Si veda autorevolmente M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza, 2009, in particolare i saggi 3° e 4° della seconda parte, pp. 134-148 e 149-166, rispettivamente. Esigenza da ricondurre anzitutto a una « riscrittura del principio di sovranità, di cui gli attuali portatori sono gli Stati nazionali, entro una forma politica più ampia: [...] l'immagine prevalente è quella dell'Europa come intero fatto di parti distinte », ivi, p. VIII.

⁽³⁾ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 20117, p. 253.

una sorta di «formidabile laboratorio giuridico» (4), nel quale un'opera inventrice — nel senso di «un cercare e trovare (secondo il significato dello *invenire* latino) nelle radici di una civiltà» (5) — appare essere quanto mai necessaria per dare orientamento a processi in rapido divenire, tanto più quanto si riconosce l'insufficienza di replicare su più vasta scala modelli ordinativi consolidati.

In un saggio del 2001, che ripercorreva il modo in cui si era articolato il dibattito sul diritto europeo e tratteggiava gli approcci ad esso diffusi nel contesto giuspubblicistico tedesco, Armin von Bogdandy aveva segnalato, in modo particolare nelle battute conclusive, l'urgenza solo all'apparenza pleonastica ed eccentrica di una «europeizzazione del diritto europeo» (6) (e della scienza giuridica europea), la quale si ricollegava al problema di un diritto costituzionale europeo in quanto ambito e disciplina specifici. La prospettiva di uno sviluppo di tal segno emergeva a partire dalle riserve nutrite nei confronti di infecondi approcci autoreferenziali, vicendevolmente avversi, tanto da parte delle istanze amministrative e giudiziarie europee quanto da parte delle differenti culture giuridiche nazionali, propendendo, di contro, per la costruzione di uno spazio di confronto e di dialogo tra esse (7). L'europeizzazione del diritto europeo era in tal senso da intendersi come un compito pubblico, in quanto tale non solo non appiattibile su un paradigma di integrazione conforme al mercato, ma tendente piuttosto a corrispondere a due caposaldi su cui proprio l'integrazione europea era vista basarsi: assenza di egemonia e rispetto delle differenze (8).

(4) P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, p. 84.

(5) Ivi, p. X.

(6) Cfr. A. VON BOGDANDY, *Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht. Strukturen, Debatten und Entwicklungsperspektiven der Grundlagenforschung zum Recht der Europäischen Union*, in «Der Staat», 40 (2001), pp. 3-43, spec. pp. 40-43.

(7) Bogdandy precisava come un'europeizzazione delle scienze nazionali del diritto europeo non implicasse affatto «una semplice sostituzione, ma [...] processi molto più complessi di fecondazione incrociata, interpenetrazione di sfere pubbliche europee parziali specifiche per determinati argomenti e di formazione selettiva di una sfera pubblica unitaria grazie a processi capaci di destare scandalo», ivi, p. 42.

(8) Ivi, p. 43. Con esplicito rimando a W. HALLSTEIN, *Der unvollendete Bundesstaat. Europäische Erfahrungen und Erkenntnisse*, Düsseldorf-Wien, Econ Verlag, 1969, p. 45. Qui, trattando dei *Grundwerte*, Hallstein lega l'assenza di egemonia con un

Strukturwandel des öffentlichen Rechts. Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft (Mutamento strutturale del diritto pubblico. Genesi e democratizzazione della società europea), recentemente pubblicato, va considerato il punto d'approdo di un ininterrotto lavoro (ormai ultratrentennale) di ricerca che lo stesso Bogdandy ha dedicato agli sviluppi del diritto pubblico europeo, per come quest'ultimo è venuto a mutare in modo particolare nella fase apertasi dopo il secondo conflitto mondiale e proprio alla luce del processo di unificazione sovranazionale. Un approdo nient'affatto definitivo, ma che al contrario intende a tutti gli effetti gettare le basi per uno sviluppo ulteriore all'insegna di un costituzionalismo trasformativo, il cui senso è tutto rappreso nell'idea di 'società europea' democratica, di cui è anzitutto ricostruita la genesi. Un approdo, inoltre, che mira in modo programmatico a situarsi criticamente rispetto all'interpretazione ampiamente dominante che considera il diritto (pubblico) europeo come un dispositivo alienante e neutralizzante di giuridificazione, funzionale a null'altro che all'implementazione di logiche economiche e di mercato e alla destituzione della politica (social-)democratica.

In tale ottica, decisivo appare dunque quel movimento di *Demokratisierung* (democratizzazione) evocato nel sottotitolo, quale chiave di volta, nient'affatto ovvia, per poter mettere a fuoco tanto i mutamenti strutturali quanto la formazione della società europea, individuando quelle che, con prestito koselleckiano, Bogdandy denomina 'soglie epocali' del suo sviluppo ⁽⁹⁾, nello sforzo di coniugare

principio di uguaglianza riferito agli Stati membri capace di tener conto della loro differenza.

⁽⁹⁾ Bogdandy riprende esplicitamente il molte volte criticato concetto koselleckiano di *Sattelzeit*, preferendolo a quello di *critical junctures* usato dall'istituzionalismo storico, in quanto « esso, in linea con la tradizione hegeliana, coniuga strettamente storia degli eventi e storia dei concetti », SöR, p. 49. Esso è funzionale all'esposizione dei mutamenti strutturali in quanto consente di marcare passaggi e mutamenti radicali. Relativamente alla vicenda del diritto pubblico dell'Europa, sono tre le soglie epocali individuate: « Questo libro identifica come prima soglia epocale per il nuovo diritto pubblico europeo gli anni successivi alla sconfitta della Germania nel 1945, che conduce a quei trattati istitutivi delle Comunità, che dispiegano il primo periodo del nuovo diritto pubblico come *comunità di diritto* sovranazionale. La seconda soglia epocale ha inizio con il crollo del socialismo nel 1989 e culmina nel Trattato di Maastricht con la

storia evenemenziale e storia concettuale (SöR, p. 48): è proprio nel segno della democratizzazione che non solo la genesi e lo sviluppo della società europea possono essere colti al meglio, ma che si delineerebbe il potenziale trasformativo del costituzionalismo — al di là di una sua mera legittimazione dello *status quo* ⁽¹⁰⁾. Che cosa sia da comprendere precisamente con *democratizzazione* in un contesto come quello sovranazionale è dunque compito interpretativo primario, anche perché la correlazione di un simile processo all'Europa deve poter coincidere, secondo Bogdandy, con quella che in prima battuta può essere specularmente definita un'«europeizzazione della teoria democratica». L'ambizione del libro è così non solo quella di considerare il complesso del diritto europeo in una prospettiva storica di ampio respiro a partire dallo sviluppo del diritto pubblico della modernità, ma di ricostruirne in modo sistematico la matrice concettuale, in cui è racchiuso anche quel potenziale critico e inventivo, sulla base del quale una 'difesa' della forma giuridica del processo di integrazione assume significato ⁽¹¹⁾.

riorganizzazione dell'Europa. Il periodo che si 'innalza' su questo trattato supera la comunità di diritto in un'unione politica, che *costituisce* la società europea secondo i criteri dell'art. 2 TUE. Dopo la crisi finanziaria del 2008 e la vittoria elettorale di Viktor Orbán nel 2010, potremmo trovarci in una terza soglia epocale. Un costituzionalismo trasformativo dovrebbe contribuire a garantire che gli anni Venti del XXI secolo non vengano ricordati in questo senso », SöR, p. 49.

⁽¹⁰⁾ SöR, p. 16: « Questo libro si propone di ricostruire le strutture democratiche nel diritto pubblico europeo, ma non per legittimare lo *status quo*, bensì per ripensarle alla luce di un costituzionalismo trasformativo ».

⁽¹¹⁾ Nelle due paginette che costituiscono la quinta parte in cui Bogdandy compendia il percorso dell'opera, si legge: « Questo libro affronta la questione di come concepire il processo di europeizzazione incardinato nell'UE e segue la tesi principale che sia possibile sviluppare una risposta a partire dall'articolo 2 TUE. I suoi 81 paragrafi spiegano come il processo di europeizzazione abbia prodotto il diritto pubblico di una società europea che, nonostante tutti i suoi difetti, è contraddistinta dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini, dalla dignità umana, dalla libertà, dalla democrazia, dall'uguaglianza, dallo Stato di diritto e dal rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. La sua profonda democraticità si riflette proprio nella natura compromissoria del diritto europeo, che a molti risulta fastidiosa. Alla conseguente domanda su quanto a lungo rimarrà tale, la mia risposta è la seguente: finché la società europea non si butterà nella fornace della formazione dello Stato-nazione o non rinuncerà a se stessa », SöR, p. 491.

Pretendere di discutere in modo esaustivo e approfondito il contributo di Bogdandy nel suo complesso sarebbe impresa vana nello spazio di poche pagine, non solo per la ricchezza e la complessità dei temi, che esso affronta analiticamente, ma anche per la densa stratificazione teorica che lo contrassegna. Basti pensare all'esplicito proposito di situare la riflessione nel contesto di una tradizione di pensiero hegeliana; ai richiami habermasiani — *in primis* in relazione allo *Strukturwandel* di cui nel titolo; al corpo a corpo polemico ingaggiato con Schmitt e lo 'schmittismo' rispetto alla definizione dello *jus publicum europaeum*; all'appropriazione della concezione 'olistica' del diritto europeo di Hermann Mosler che ricongiunge diritto nazionale e sovranazionale; e così via. Ciascuno di questi aspetti, in quanto tale e nel suo ingranarsi con gli altri, sarebbe meritevole di disamine e commenti. Più limitato e modesto è il compito che ci proponiamo, vale a dire provare a mettere a fuoco, per problematizzarlo, il nesso tra il movimento di democratizzazione e costituzione della società europea (che rappresenta il *leitmotiv* dell'intero libro) in una chiave critica storico-concettuale. Del resto, se si ammette che « anche dopo settant'anni di europeizzazione centrata sull'UE, molti europei si chiedono come comprendere (*begreifen*) questo processo »⁽¹²⁾, e se si riconosce tutta l'insufficienza di ribadirne la natura *sui generis*, la considerazione di quel nesso appare ineludibile.

1. *Una società europea senza Stato.*

La traiettoria argomentativa delle quattro parti maggiori, in cui è articolata l'esposizione in paragrafi, muove dalla cesura segnata, dopo l'esperienza dei totalitarismi novecenteschi, dalla formazione di un diritto pubblico comunitario, la cui cifra essenziale è ravvisata nel venir meno di quel riferimento alla forma politica dello Stato che ne aveva contrassegnato la vicenda fin dalla prima modernità. L'effetto straniante di tale esperienza dipende in larga misura dalla fine dell'equazione *öffentlich = staatlich* (pubblico = statale), la quale connota la prima radicale discontinuità: « il processo di europeizza-

(12) SöR, p. 13: così esordisce il § 1 sull'idea e il programma del libro.

zione ha portato a istituzioni pubbliche europee dotate del potere di definire le politiche, le quali, tuttavia, non sono intese come organi statali europei. Ciò implica un mutamento strutturale, perché *pubblico* e *statale* sono stati usati per secoli pressoché come sinonimi » (SöR, p. 69).

Se il singolare ‘soggetto’ di questo nuovo diritto ‘pubblico’ deve essere *oggi* individuato a tutti gli effetti in *una* società europea, il suo ‘nucleo’ procede da quei principi pluralistici di un costituzionalismo europeo che si trovano scanditi in dettaglio all’articolo 2 del Trattato di Lisbona (recepito sovente come equivalente delle clausole di omogeneità presenti negli ordinamenti statali-federali ⁽¹³⁾), il quale acquisisce dunque un significato capitale nell’economia dell’argomentazione di Bogdandy: « nel quadro di una tradizione hegeliana », si legge, « questo presunto guazzabuglio di concetti fondamentali può essere interpretato come manifesto, identità e nucleo costituzionale di una [...] società democratica » (SöR, p. 14).

L’articolo sancisce, come noto, in primo luogo i valori su cui l’Unione si fonda, vale a dire il « rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell’uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze ». E nella seconda parte specifica: « questi valori sono *comuni* agli Stati membri *in una società* caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini ». Se, come giustamente notato, nella prima parte la norma individua e rende vincolanti per l’entità sovranazionale una serie di elementi centrali che connotano anzitutto i moderni Stati costituzionali — comuni dunque agli Stati membri —, più criptico appare quanto enunciato nel seguito.

L’aspetto decisivo, enfatizzato da Bogdandy, è legato proprio all’innovazione incapsulata nella formulazione della seconda parte dell’art. 2 TUE in virtù del legame che è istituito tra il riconoscimento di valori comuni e condivisi con la presenza di una realtà sociale che con essi si identifica: ci si riferisce, dunque, a una società europea, caratterizzata da determinati valori, in grado a sua volta di

⁽¹³⁾ Cfr. *The Treaty on European Union (TEU). A Commentary*, H.-J. Blanke, S. Mangiameli (eds.), Berlin-Heidelberg, Springer, 2013, spec. pp. 109-155.

riconoscersi in altri valori determinati che stanno alla base dell'Unione⁽¹⁴⁾. A riguardo, Bogdandy sottolinea come « la società di cui parla la norma non presuppone un'identità collettiva, ma possa essere intesa ciononostante come espressione e persino come motore di un processo di presa di coscienza collettiva » (SöR, p. 179). Tale realtà sociale, altro aspetto non meno decisivo, non è tuttavia tale né da rimpiazzare o eliminare gli Stati nazionali né da lasciarli inalterati: « il mutamento strutturale del diritto pubblico europeo ha trasformato efficacemente la statualità-nazionale nel senso dell'*Aufhebung* hegeliana. Gli Stati nazionali continuano a esistere come conquiste evolutive, ma *eingebettet und aufgehoben* nella società democratica europea » (SöR, p. 32). A tal proposito ci si potrebbe chiedere se il rinvenimento di valori comuni da parte di membri diversi non conduca tanto ad un prodotto compromissorio, che bilancerebbe interessi conflittuali, ma all'identificazione di regole comuni nella consapevolezza della propria non autosufficienza.

Nel complesso dei valori/principi enucleati nell'articolo, Bogdandy vede riuniti gli elementi che permettono di connotare come democratica ed europea tale società; il suo costituirsi nel rispetto di questi valori diviene così di primaria importanza e pone in rilievo, per lo sviluppo del costituzionalismo europeo, tanto il ruolo rivestito dalle corti di giustizia 'internazionali', quanto le elaborazioni dottrinarie della scienza del diritto, su cui si incentrano rispettivamente la terza e la quarta parte del volume. Come è stato giustamente osservato⁽¹⁵⁾, passano in tal modo in subordine aspetti come, ad esempio, l'autorizzazione formale e la struttura istituzionale in quanto tale, da cui è vista dipendere solo indirettamente l'attuazione del progetto democratico europeo.

Sulla base degli aspetti fin qui schematicamente ricapitolati, si può intuire la rilevanza che, per lo svolgimento dell'argomentazione, riveste anzitutto la trattazione del principio democratico da parte del

(14) Cfr. *The Treaty on European Union (TEU)*, cit., spec. pp. 136-139, dove in consonanza si rileva che la « European society is considered as an active subject in the constitutionalization process » (p. 136).

(15) Cfr. la recensione polemica (non solo in relazione a questo aspetto) di F. MEINEL, *Auch keine Philosophie der europäischen Integration*, in « Soziopolis », 2022 (<https://www.sozipolis.de/auch-keine-philosophie-der-europaeischen-integration.html>).

giurista tedesco. Democratizzazione ha *in primis* il significato di ‘conformazione al principio democratico’. A quest’ultimo sono dedicate le sezioni D-E della seconda parte (relativa ai Principi, §§ 39-44). Mentre la sezione D ripercorre i momenti che marcano storicamente « il faticoso cammino verso il principio democratico » (SöR, p. 218), la sezione E espone il concetto di « democrazia delle molteplici mediazioni » (SöR, p. 234), col quale l’Autore compendia lo specifico significato della democrazia sovranazionale, prodotto di una mediazione e il cui precipitato normativo è rinvenibile nel combinato degli artt. 2 e 9-12 TUE.

Sebbene Bogdandy si sia occupato ripetutamente dei temi della democraticità e della rappresentatività delle istituzioni sovranazionali, quest’ultimo concetto — democrazia delle molteplici mediazioni — fa la sua comparsa per la prima volta in SöR. Come si caratterizza questo modo di intendere la democrazia sovranazionale? In che rapporto sta con la precedente riflessione del giurista tedesco? In particolare: come si articola in relazione alla teoria del federalismo sovranazionale avanzata in passato da Bogdandy per descrivere l’Unione Europea come innovativa forma di potere *non-statale* ⁽¹⁶⁾?

Il particolare significato di quest’ultimo interrogativo si connette alla nuova centralità accordata al concetto di società europea. Nella valutazione che lo stesso Bogdandy forniva della democrazia sovranazionale all’interno de *I principi fondamentali dell’Unione europea*, elaborati sulla scorta del vigente Trattato di Lisbona « per contribuire allo sviluppo del costituzionalismo europeo sovranazionale » ⁽¹⁷⁾, veniva alla luce come la graduale delineazione del

⁽¹⁶⁾ Cfr. A. VON BOGDANDY, *Supranationale Union als neuer Herrschaftstypus. Entstaatlichung und Vergemeinschaftung in staatsrechtlicher Perspektive*, in « Integration », 16 (1993), pp. 210-224; Id., *Supranationale und staatliche Herrschaft. Staatsphilosophische Aspekte einer neuen hoheitlichen Verfasstheit*, in « Humboldt Forum Recht », Contr. 5 (1997), pp. 1-23; Id., *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform. Zur Gestalt der Europäischen Union nach Amsterdam*, Baden-Baden, Nomos, 1999; Id., *Die Europäische Union als supranationale Föderation*, in « Integration », 22 (1999), pp. 95-112.

⁽¹⁷⁾ A. VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell’Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 15 — d’ora in avanti PFUE.

principio democratico a livello unionale introducesse tutta una serie di « accenti innovativi » che derivavano dal peculiare costituirsi dell'Unione « sull'esistenza di popoli diversi, organizzati su base statale » (18). Se questa modalità costitutiva presuppone la « garanzia della permanenza dei diversi popoli », l'« assenza della *volontà di fondare uno Stato europeo* » e la « centralità del Consiglio e del Consiglio europeo », Bogdandy sostiene altrettanto in quella sede che « la proclamazione dell'esistenza di *una* società europea, postulata dall'art. 2 TUE, non cambia nulla a questo riguardo » (19). La società europea non è vista in contrapposizione o in rottura col pluralismo dei popoli, dunque, ma al contrario è connotata dalla loro presenza.

Di segno diverso, ma solo a prima vista, possono apparire le considerazioni avanzate in SöR: Bogdandy sembrerebbe ora aver invertito la rotta enfatizzando uno strappo con la cornice intergovernativa e federativa in favore della costituzione di una società europea che non è più mediata dagli Stati. La società democratica è contrapposta da Bogdandy all'idea di 'un'unione sempre più stretta', tuttavia, proprio perché quest'ultima formula è vista confliggere con il contenuto dell'art. 2: più dell'idea di società europea, essa suggerirebbe il processo di formazione di un'unità politica a tutti gli effetti di tipo statale-federale. È allora piuttosto il superamento dell'idea di *ever closer union* necessario per poter dar conto di quelle « importanti innovazioni giuridiche che contrastano un potere centrale sempre più forte, come il principio di sussidiarietà, la protezione dell'identità nazionale, i limiti rafforzati delle competenze (articoli 4 e 5 TUE) o la possibilità di recesso (articolo 50 TUE) » (SöR, p. 121). L'evocazione di una società europea (nel senso in cui Bogdandy la intende) non vuole sottintendere, dunque, la costituzione di un'unità politica di tipo statale. Si legge così che « il diritto pubblico europeo di oggi struttura una società europea, ma non — così secondo l'opinione prevalente — uno Stato europeo » (SöR, p. 69).

Alla luce di questi sviluppi, risulta centrale comprendere come si configura questa società senza Stato. Rispetto alla nettezza di tali considerazioni è difficile aggirare il fatto che in SöR Bogdandy non

(18) Ivi, p. 130.

(19) *Ibidem*.

solo non dedica più alcun affondo teorico-critico al tema del federalismo sovranazionale, ma sembra anche ammettere che l'esigenza di concepire il diritto pubblico europeo senza una corrispondente statualità sia un'opzione tanto inequivocabile quanto in larga misura dettata da fattori meramente contingenti (« non è detto che questo rimanga tale per sempre », SöR, p. 77). È, in altri termini, 'solo' in corrispondenza all'« attuale decisione fondamentale » che il « mutamento strutturale del diritto pubblico europeo non deve essere un processo di costruzione di uno Stato e di una Nazione » (SöR, p. 180). Come tutto questo possa mantenere fermo un medesimo modo di intendere la società europea e reggersi su di esso, dopo che per essa è stato riconosciuto indispensabile il nesso con una forma politica non statale è aspetto che, mi pare, permane di difficile decifrazione alla luce del quadro analitico messo in campo da Bogdandy e richiede pertanto di essere problematizzato.

Per quel che riguarda il richiamo al federalismo sovranazionale, esso sembra permanere nella misura in cui l'Unione europea continua a costituire evidentemente « una nuova forma di autorità politica e giuridica » (PFUE, p. 18); inoltre, Bogdandy *en passant* afferma che il federalismo, in quanto teoria scientifico-giuridica, gli « pare essere particolarmente gravida di conoscenze [*erkenntnissträchtig*] » (SöR, p. 65) per pensare l'Europa. A quest'ultimo riferimento, come detto, non fa però seguito un'esplicita messa a tema. Si può rilevare invece un uso ambivalente del concetto di *Exekutivföderalismus* (federalismo dell'esecutivo): connotato come tecnocratico, con allusione alla concezione delle Comunità come *Zweckverbände funktioneller Integration* di Hans Peter Ipsen, esso è additato come una « strada sbagliata che certamente non porta a una società europea democratica » (SöR, p. 98). Cionondimeno, discutendo il concetto di democrazia dalle molteplici mediazioni, Bogdandy parla anche di *Exekutivföderalismus der pluralistischen Union* (federalismo esecutivo dell'unione pluralistica), la cui qualità *democratica* è fuori discussione (SöR, p. 247; cfr. PFUE, p. 126).

2. Società europea e democratizzazione.

Che uno degli aspetti ricorrenti, su cui si attestano le riserve da parte dei critici dell'Unione europea, sia quello della democraticità

delle sue istituzioni è vicenda nota. Al rispetto dei valori su cui si fonda l'UE sanciti all'art. 2 TUE (tra i quali per l'appunto la democrazia), l'Unione vincola gli Stati membri: in caso di una loro violazione, può essere attivata la cosiddetta clausola di sospensione dei diritti di adesione all'Unione sulla base di quanto stabilito all'art. 7⁽²⁰⁾. Da parte di numerosi interpreti è stato così sollevato il problema se un organismo, in sé 'non democratico', possa imporre regole agli Stati nazionali retti da democrazie⁽²¹⁾. Larga parte dei limiti della legittimazione democratica delle istituzioni europee e delle critiche destinate ad esse sono tuttavia da ricondurre all'impiego del modello di democrazia che sta alla base dello Stato nazione come metro di confronto per stabilire la (non) democraticità dell'Unione. Un tale approccio finisce col rivolgere false aspettative all'Unione: proprio perché quest'ultima non è uno Stato, si dovrebbe piuttosto ammettere che la democrazia europea non può corrispondere a quella di tipo statale. La comparazione della realtà europea con ideali statuali appare discutibile *in primis* sotto il profilo 'metodologico'; essa oltretutto ha il non meno discutibile effetto di fare come se la democrazia statale da parte sua sia esente da deficit e contraddizione interne.

Riguardata alla luce della lettera dei trattati, in effetti, l'assunzione della non democraticità dell'Unione appare tutt'altro che ovvia. Al titolo II TUE, sono riunite le specifiche 'disposizioni relative ai principi democratici' che si riferiscono alle istituzioni sovranazionali. È anzitutto su di esse e sui corrispondenti articoli 9-12 che Bogdandy innesta la ricostruzione del principio democratico unionale e la sua proposta di una 'democrazia delle molteplici mediazioni'.

Tali articoli sono ritenuti esprimere la decisione da parte del 'legislatore' europeo *contro* la forma di democrazia maggioritaria,

(20) Su proposta di un terzo dei paesi dell'Unione europea (UE) o della Commissione o del Parlamento europeo, il Consiglio, deliberando a maggioranza dei quattro quinti dei suoi membri previo parere conforme del Parlamento europeo, può constatare che esiste un evidente rischio di violazione grave dei principi fondamentali da parte di un paese dell'UE e rivolgergli le appropriate raccomandazioni.

(21) Cfr. S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, Mondadori, 2018.

basata sul pluralismo assicurato da un sistema partitico ⁽²²⁾, e « in favore di un sistema di governo complesso » (SöR, p. 234) di carattere policentrico e orizzontale, che nella molteplicità delle mediazioni che lo strutturano, il dialogo e la ricerca del consenso tra le parti in causa, ritrova la sua « logica fondamentale » (SöR, p. 206) (tanto che nella rinuncia a qualsiasi tipo di « immediatezza democratica » (SöR, p. 234) non sarebbe da ravvisare un segno di incompletezza o imperfezione, bensì un tratto costitutivo). In tal senso, richiamandosi alle riflessioni di Peter Badura, Bogdandy afferma che in essi è racchiusa la chiave per immaginare un futuro democratico, vale a dire, niente meno che « una demolizione liberatoria dell'involucro statale-nazionale della democrazia, compresa la sua teoria » (SöR, p. 235), la quale risulta produttrice di « innovazioni che consentono una ricostruzione in grado di essere espansa » (*ibidem*). Badura aveva infatti espresso con chiarezza già all'inizio degli anni '60 l'insufficienza di una mera trasposizione della configurazione assunta dalla democrazia nel contesto storico degli Stati nazionali e l'esigenza di un suo integrale ripensamento alla luce della specificità della realtà politica comunitaria ⁽²³⁾. Nel caso di Bogdandy, se il movimento seguito dall'argomentazione consiste così nell'enucleazione degli elementi di democraticità che caratterizzano il sistema di governo unionale « mediante lo smantellamento di concezioni errate » ⁽²⁴⁾, il potenziale analitico e scientifico del

⁽²²⁾ SöR, p. 248: « Gli estensori dei trattati hanno deciso contro un modello concorrenziale (maggioritario) e a favore di una democrazia delle molteplici mediazioni e ampie maggioranze, che è teorizzata come democrazia del compromesso, della concordanza, del consenso o negoziale ».

⁽²³⁾ Sul punto si veda E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Dove sta andando l'Europa?*, in ID., *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, a cura di G. Preterossi, Roma-Bari, Laterza, 2010², pp. 171-203, spec. p. 192. Cfr. inoltre A. VON BOGDANDY, *Zur Übertragbarkeit staatsrechtlicher Figuren auf die Europäische Union. Vom Nutzen der Gestaltidee supranationaler Föderalismus anhand des Demokratieprinzips*, in *Der Staat des Grundgesetzes — Kontinuität und Wandel. Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag*, P.M. Huber, M. Brenner, M. Möstl (Hrsgg.), Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, pp. 1033-1052.

⁽²⁴⁾ Così recita il sottotitolo di un contributo in lingua inglese che si basa sui §§ 42-44 di SöR. Cfr. A. VON BOGDANDY, *European Democracy: A Reconstruction through Dismantling Misconceptions*, in « ELTE Law Journal », 10 (2022), pp. 5-23.

concetto di democrazia, che è fatto affiorare, è visto risiedere anzitutto nella sua coerenza interna ⁽²⁵⁾.

Si è ricordato in precedenza come nella valutazione della democrazia sovranazionale presentata in PFUE, Bogdandy avesse insistito sulla presenza di una pluralità di popoli come dato costitutivo dell'Unione. Nelle osservazioni conclusive di quello stesso scritto, l'insistenza sull'elemento della pluralità diviene la chiave generale per determinare, in una prospettiva comparativa, elementi di continuità e discontinuità tra i principi unionali e quelli derivanti dalle tradizioni nazionali: « la continuità emerge soprattutto con riguardo ai principi del diritto statale che *non* evocano il postulato dell'unità; ovvero laddove concetti quali popolo, nazione e sovranità non risultino centrali, ma assumano un rilievo secondario: quando la rappresentanza non è l'epifania di un essere invisibile, ma strumento di aggregazione degli interessi, quando la legge non viene concepita come incarnazione della *volonté générale* espressione di una verità, ma come risultato di un processo negoziale. Quanto più il diritto costituzionale statale viene inteso ed elaborato nel segno del pluralismo *sociale e politico*, tanto maggiori risultano gli elementi di continuità tra le teorie e le dottrine dei principi fondamentali statali e i principi fondamentali dell'Unione europea » (PFUE, p. 136).

Se si può agevolmente riconoscere che le considerazioni sviluppate in SöR sono elaborate sulla falsariga di queste conclusioni, ciò che in prima battuta risulta maggiormente problematico è comprendere come la democrazia sovranazionale non rappresenti un tradimento — come Bogdandy ribadisce più volte —, bensì un ulteriore sviluppo della declinazione 'statal-nazionale' della democrazia, pur mostrando, nel suo costituirsi, il venir meno di tutte le componenti costitutive essenziali di quest'ultima. Concetti come popolo, nazione e identità collettiva sono presupposti non solo indisponibili per pensare la democrazia sovranazionale sul piano

⁽²⁵⁾ Aspetto già rivendicato in A. VON BOGDANDY, *The European Lesson for International Democracy. The Significance of Articles 9-12 EU Treaty for International Organisations*, in « The European Journal of International Law », 23 (2012), pp. 315-334, spec. p. 317. In questo saggio Bogdandy intende mostrare il significato 'paradigmatico' degli articoli 9-12 TUE per pensare ad una legittimazione democratica delle organizzazioni internazionali.

teorico, ma, proprio perché di essi gli estensori dei trattati non si servono, il confine *oltre* il quale si tratta di andare anche per la comprensione giuridica.

3. *La 'democrazia delle molteplici mediazioni': al di là della democrazia come autodeterminazione.*

A proposito dell'identità collettiva, Bogdandy rileva, ad esempio, che sebbene la sua creazione « sia un obiettivo della politica europea (§ 31), non vi è alcuna prova che il legislatore del trattato faccia dipendere la democrazia europea da un 'noi' europeo » (SöR, p. 239); con ancor più evidenza i trattati europei prescindono dal rinvio a un soggetto collettivo europeo quale condizione di possibilità della democrazia. Il risvolto radicale dell'esigenza di configurare il principio democratico facendo astrazione dai suddetti concetti è allora l'impossibilità di intendere la democrazia come autodeterminazione collettiva: « se si pensa all'Unione in termini di autodeterminazione collettiva, allora essa è tanto incapace di democrazia [*demokratieunfähig*] quanto se si dichiarasse una nazione come prerequisito per la democrazia » (*ibidem*). Riconosciuto l'imporsi di tale esigenza affinché la pluralità dei *popoli* possa essere salvaguardata, tuttavia, non appare affatto evidente come l'idea di democrazia in quanto autodeterminazione collettiva possa fungere nonostante tutto da « idea regolativa » (*ibidem*), come concesso da Bogdandy, senza che ancora una volta si ricada in definitiva in una logica statale-identitaria.

Segnalata tale difficoltà, è da notare come ad una concezione della democrazia come autodeterminazione collettiva, Bogdandy contrapponga un'idea di democrazia come « processo di una società pluralistica » (con esplicito richiamo a Hugo Preuss e Harold Joseph Laski), che è retta dai principi enunciati all'art. 2 TUE. In tal senso, egli afferma che « un atto dell'Unione non porta con sé la presunzione di realizzare l'autodeterminazione collettiva, bensì quella di corrispondere, ai sensi dell'art. 2 TUE, ai principi del pluralismo, della non discriminazione, della tolleranza, della giustizia, della solidarietà e della parità tra donne e uomini, del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto, e quello dei diritti umani, compresi i diritti

delle persone appartenenti a minoranze » (SöR, p. 240). In questa prospettiva, i compromessi realizzati attraverso l'organizzazione delle istituzioni europee e quelli da queste prodotte non avrebbero più una giustificazione meramente formal-procedurale: per avere conformità costituzionale, non è sufficiente la loro natura di compromesso, ma devono mostrare di rifarsi ai valori dell'art. 2. Che questo determini una complicazione del significato *democratico* degli atti dell'Unione risulta difficilmente discutibile; quale principio (o quali principi) possa(no) e debba(no) intervenire di volta in volta a garanzia della democraticità, quale principio debba prevalere in caso di conflitto, come vada inteso un loro bilanciamento ecc. sono questioni che Bogdandy non discute sistematicamente. Cionondimeno si può leggere, ad esempio, che il contenuto della seconda parte dell'art. 2 'condensa' quello della prima, orientandolo in senso liberal-solidaristico (SöR, p. 158).

È in ogni caso ancora una volta sulla scorta dell'art. 2 che possono essere compresi due aspetti della specifica forma compromissoria di legittimazione degli organi unionali articolata nei trattati: il suo carattere duale, attraverso il richiamo ai popoli e alle cittadine e ai cittadini europei; il suo carattere di « prestazione comunitaria » (SöR, p. 237). In tal senso, affinché dai possibili fraintendimenti di un'interpretazione individualistica non si precipiti in un soggetto identitario, Bogdandy precisa che la « struttura pluralistica non è offuscata dal fatto che, in ultima analisi, sono gli stessi individui a dare legittimità nell'atto elettorale, una volta come cittadini nazionali, una volta come cittadini dell'Unione: la diversità della mediazione democratica secondo i molteplici ruoli e identità è decisiva » (SöR, pp. 237-238). Al contempo la preoccupazione e la via indicata sembrano qui andare nel senso di una valorizzazione delle differenti appartenenze che esprimono nel concreto l'individualità.

Un aspetto particolarmente interessante (e che può risultare in contrasto con quanto appena visto) è che Bogdandy non si richiami direttamente a quella che è la giustificazione normativa più diffusa della configurazione unionale del principio rappresentativo corrispondente alla struttura duale di legittimazione a livello del Parlamento, vale a dire la mediazione/composizione del principio dell'uguaglianza dei cittadini con quello dell'uguaglianza tra Stati. Nonostante il rimando allo scritto di Jürgen Habermas *Zur Prinzi-*

pienkonkurrenz von Bürgergleichheit und Staatengleichheit im supranationalen Gemeinwesen ⁽²⁶⁾, Bogdandy si riferisce in questo contesto sia alla « tutela delle minoranze » sia al « pluralismo » (SöR, p. 243) — evocati sempre all'art. 2: « La sovrarappresentazione numerica delle popolazioni degli Stati membri più piccoli nel Parlamento europeo non cementifica affatto un dominio di classe e differenze sociali di influenza. Piuttosto, come in altre federazioni democratiche, rappresenta un elemento costitutivo del pluralismo o della tutela delle minoranze » (*ibidem*). Decisivo tuttavia diviene il modo determinato in cui 'protezione delle minoranze' e 'pluralismo' vadano intesi: si potrebbe notare, infatti, che è ben difficile intendere il rapporto di differenza tra tedeschi e maltesi in termini di maggioranza/minoranza, ma anche configurare la tutela delle minoranze solo accordando specifici diritti individuali. Insomma, l'elemento di innovazione che si vorrebbe far emergere dovrebbe essere ravvisato nell'esigenza di rispecchiare la presenza di una molteplicità di popoli diversi anche nel contesto del Parlamento europeo, tanto che ciò determina deroghe significative al principio democratico di uguaglianza ⁽²⁷⁾. Resta da capire come un organo come il Parlamento possa esprimere se non approssimativamente la pluralità dei membri, avendo pur sempre alla base l'elezione dei cittadini in quanto singoli (per quanto a partire dai diritti elettorali degli Stati membri), essendo condizionato nel suo funzionamento dalla presenza dei partiti (che azzerano l'identità dei diversi membri) e fermo restando che i deputati rappresentano le cittadine e i cittadini *europee*. Inoltre, per tornare a una questione poco fa enunciata, la giustificazione della proporzionalità degressiva con richiamo esclusivo ai valori della tutela delle minoranze e del pluralismo ripropongono il problema dell'«ordinamento» dei valori sanciti all'art. 2. Ci si potrebbe chiedere: perché a fornire una base giustificativa sono essi e non piuttosto l'uguaglianza?

⁽²⁶⁾ Cfr. J. HABERMAS, *Zur Prinzipienkonkurrenz von Bürgergleichheit und Staatengleichheit im supranationalen Gemeinwesen. Eine Notiz aus Anlass der Frage nach der Legitimität der ungleichen Repräsentation der Bürger im Europäischen Parlament*, in «Der Staat», 53 (2014), pp. 167-192; si vedano spec. pp. 168 e 186 per la critica habermasiana ad un'interpretazione nel senso dello *Minderbeitenschutz*.

⁽²⁷⁾ Cfr. F. PIZZOLATO, *Rappresentanza politica e Unione Europea*, in «Rivista italiana di diritto pubblico comunitario», 23 (2013), pp. 371-400, spec. pp. 390-391.

4. *Pluralità, consenso, compromesso: il valore democratico dei Consigli e dei triloghi.*

Lo spazio che Bogdandy dedica in SöR alla trattazione del Consiglio europeo e del Consiglio rivela come ben più rilevanti del Parlamento risultino, per la determinazione del concetto di democrazia delle molteplici mediazioni, questi organi che non solo sono generalmente visti come l'ostacolo maggiore ad una politicizzazione dell'elemento sovranazionale, ma sono solitamente i destinatari principali delle critiche relative alla democraticità dell'Unione. Si è soliti ritenere che tali organi non siano democratici o soffrano di un *deficit* di democraticità in quanto, da un lato, non sono direttamente eletti dai cittadini dell'Unione europea e, dall'altro, non esprimono un comando impersonale, poiché le loro scelte sono condizionate dalle posizioni politiche dei singoli governi e dei loro leader. È proprio in questo senso, del resto, che non sono riportabili a un movimento di autodeterminazione democratica. D'altra parte, se fossero le elezioni e la rappresentatività della legge (vale a dire i due movimenti della rappresentanza democratica) a dover emergere, in quanto considerati imprescindibili per la legittimazione democratica nel suo aspetto di autorizzazione, verrebbe meno esattamente possibilità di valorizzare la pluralità che connota questi organi ⁽²⁸⁾.

Soprattutto il Consiglio europeo, si legge, « garantisce la capacità democratica dell'Unione di agire, in qualità di organo d'indirizzo, di formatore, di mediatore, di gestore delle crisi, di comunicatore con i cittadini » (SöR, p. 245). Se in esso va dunque ravvisata « la quintessenza della macchina europea del compromesso » (*ibidem*) (anche in virtù di un superamento dell'atrofia intergovernativa che ne ha minato a lungo il funzionamento), il metodo del consenso, della ricerca dell'accordo, è quello che in prima battuta caratterizza il processo decisionale a livello europeo in quanto *democratico*: « l'Unione è un sistema di consenso all'ombra della maggioranza qualificata » che sfrutta « l'intuitiva legittimità del

(28) Sulla funzione della rappresentanza moderna in rapporto all'autodeterminazione democratica (attraverso la legge), cfr. D. GRIMM, *Bedingungen demokratischer Rechtssetzung*, in *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit. Festschrift für Jürgen Habermas*, L. Wingert, K. Günther (Hrsgg.), Frankfurt a.M., Suhrkamp, 2001, pp. 489-506.

consenso » (SöR, p. 250). La centralità della dimensione dell'accordo può essere ancora una volta colta al meglio alla luce dell'elemento della pluralità e della necessità che i membri dell'Unione abbiano parte al processo decisionale e possano essere coinvolti nelle decisioni comuni.

Non è solo in questa direzione tuttavia che Bogdandy chiarisce il significato democratico che deve essere attribuito ai Consigli. Gli aspetti evidenziati nulla tolgono infatti all'obiezione che in essi si vedono rappresentanti degli esecutivi nazionali: asserire, come è fatto all'art. 10, 2 TUE, che i Consigli siano organi rappresentativi *democratici* sembrerebbe dunque dissimulare la loro composizione 'governativa' (e per questo non democratica). Perché non starebbero così le cose? La spiegazione data da Bogdandy può apparire a prima vista scontata: egli osserva come « i governi richiedono la conferma parlamentare », per cui « derivano la loro legittimazione dalle elezioni, ma allo stesso tempo formano un centro di potere in grado di realizzare un governo democratico » (SöR, p. 244). A questo punto, tuttavia, la presenza del sistema di governo parlamentare a livello nazionale diverrebbe una vera e propria *conditio sine qua non* affinché sul piano sovranazionale i governi possano assolvere la loro « prestazione democratica di mediazione » (*ibidem*): è come se solo a tale condizione si potesse sostenere la democraticità dei Consigli. In tal senso, inoltre, si finirebbe col dover ammettere che solo gli Stati membri sarebbero retti a tutti gli effetti da istituzioni propriamente democratiche, e questo perché l'elemento democratico fa tutt'uno col nesso sovranità popolare-rappresentanza⁽²⁹⁾. In realtà, se il punto è quello di un modo nuovo di pensare la democrazia oltre l'autodeterminazione, si tratta proprio di ammettere la democraticità insita nella *partecipazione*, nel ruolo della *pluralità* e nell'atto dell'*accordo*.

Se è vero che per la democrazia sovranazionale è imprescindibile la valorizzazione della presenza di membri plurali, ciò significa che proprio la pluralità deve costituire l'elemento di democraticità e

(29) Sebbene ciò nulla sembra togliere alla necessità del mutamento categoriale per pensare la democrazia sovranazionale, invece che tradursi in un compito nuovo e differente, tale da richiedere un concetto diverso di democrazia, espone quest'ultimo per altre vie alla sua incompletezza e imperfezione rispetto al modello dell'autodeterminazione collettiva.

che la questione, lungi dall'essere quella della legittimazione del comando, sia quello della partecipazione di tali membri. Questo solleva la questione dell'interpretazione dell'art. 10 in base al quale « il funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa », che ripropone il problema della forza dei Consigli come impedimento a una piena attuazione del principio democratico nell'Unione europea. Se si tiene presente quel nesso tra rappresentanza moderna e sovranità, per cui la prima è votata alla produzione di unità e implica l'azzeramento di rappresentanze parziali, il concetto di rappresentanza deve allora potersi riferire non solo, e non tanto, all'autorizzazione, ma al dare espressione alle diverse parti o, si potrebbe dire, alle diverse identità, preso atto che queste non risultano in sé chiuse, indipendenti e autosufficienti, e fanno parte di un organo unitario-plurale. Non si tratta, in altri termini, di produrre rappresentativamente un'unità che azzeri la pluralità, ma piuttosto dell'unificazione di membri diversi rappresentati nella loro identità. Il che, come è stato autorevolmente rilevato, significa che « per comprendere da un punto di vista giuridico l'integrazione europea [...] » è « necessario ripensare di nuovo i concetti di unità politica e della sua rappresentazione, così come anche il concetto di democrazia »⁽³⁰⁾ — non a caso in una direzione di tipo pluralistico e federalistico⁽³¹⁾.

Un elemento di complicazione ulteriore di quanto fin qui visto relativamente al significato e all'attribuzione di democraticità emerge nella trattazione dei cosiddetti triloghi, vale a dire quei processi negoziali che coinvolgono Parlamento, Consiglio e Commissione, volti a trovare un accordo su una certa proposta legislativa. Contrariamente alle critiche diffuse, Bogdandy reputa che essi rappresentino delle significative innovazioni democratiche e che il loro valore democratico sia fuori discussione. Anche qua, per chi tiene ferma la configurazione del principio democratico in un'ottica parlamentaristica, l'affermazione non può che risultare singolare. L'obiezione è scontata: perché — ci si può chiedere — si dovrebbe attribuire valore democratico a una costruzione di negoziati non trasparente, che relativizza il ruolo

⁽³⁰⁾ H. HOFMANN, *L'essenza della costituzione*, in ID., *La libertà nello Stato moderno*, a cura di A. Carrino, Napoli, Guida, 2009, pp. 25-54, spec. p. 51.

⁽³¹⁾ Ivi, p. 53.

del Parlamento e non ha immediatamente competenza decisionale ⁽³²⁾? Anche nel contesto dei triloghi, in realtà, la democraticità sembra doversi riferire alla possibilità che si dispieghi una cooperazione tra soggetti e istanze diverse e ci sia la partecipazione attiva di questi al processo decisionale. In tal senso, allora, si può riscontrare che, ad esempio, « grazie al numero gestibile di partecipanti, il triloogo consente incontro dialogico e negoziazione sostanziale [...] »; e si possa cionondimeno valutare positivamente il fatto che questi ultimi « sono ulteriormente favoriti dal fatto che le riunioni non sono pubbliche e non ci sono verbali » (fermo restando che, inoltre, « le riunioni non sono affatto segrete: il pubblico è informato del triloogo e i relatori ombra, spesso critici, possono riferire su ciò che sta accadendo nelle commissioni e all'opinione pubblica ») ⁽³³⁾. Nel contesto statalnazionale, invece, lo 'spazio' per tutto questo si ridurrebbe drasticamente proprio alla luce del rapporto di fiducia tra governo e maggioranza parlamentare. Risulta allora decisiva in tal senso la seguente osservazione di Bogdandy: « queste molteplici mediazioni complesse [che hanno luogo nei triloghi e di cui i triloghi sono parte, N.d.A.], possono sembrare un'aberrazione democratica, se si intende la *volonté générale* come espressione di una volontà di maggioranza compatta, che si concretizza nella decisione legislativa. Ma una volontà maggioritaria così compatta è per lo più una finzione in una società plurale, differenziata e diversificata; oggi la generalità della volontà maggioritaria aggrega particolarità che si intersecano » (SöR, pp. 259-260).

5. Osservazioni conclusive.

L'ultimo passo citato non può non indurre a chiedersi se così non ci si trovi di fronte ad un radicale mutamento di significato della *volonté générale*, specie se la si assume nell'orizzonte del celeberrimo art. 6 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789

⁽³²⁾ Cfr. M. RUFFERT, *Besprechung (Armin von Bogdandy: Strukturwandel des öffentlichen Rechts)*, in « Archiv des öffentlichen Rechts », 147 (2022), pp. 179-183, spec. p. 181.

⁽³³⁾ SöR, pp. 255-256. Cfr. G. RUGGE, *Il ruolo dei triloghi nel processo legislativo dell'UE*, in « Il Diritto dell'Unione Europea », 4 (2015), pp. 809-838, spec. pp. 812 e 829-831.

(« *La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation* »), come fa Bogdandy (cfr. SöR, pp. 252-253). Questo dipenderebbe dal significato nuovo che il legislativo assume sulla base dell'elemento della pluralità e dell'esigenza di accordo e compromesso. Ci si può chiedere, in breve, se il compito del legislativo non dovrebbe essere quello di determinare l'orizzonte comune e la direzione in cui muovere, mentre le decisioni di governo, che non possono che essere unitarie, dovrebbero essere collocate in una 'funzione di governo' quale è attualmente la Commissione. In tale contesto, in effetti, il compito stesso del legislativo potrebbe difficilmente essere quello di esprimere un comando politico *immediatamente operativo*, ma consisterebbe piuttosto nella determinazione di orientamenti e linee guida che l'istanza di governo (una Commissione ripensata) avrebbe il compito di specificare e mettere in atto.

Giustamente Bogdandy in relazione al ruolo 'democratico' della pluralità valorizza il Consiglio europeo. Ci si potrebbe chiedere allora se ciò non induca anche a ripensare il Parlamento: non è necessario che anche esso esprima la pluralità (non dei partiti, ma dei membri)? E non dovrebbe essere anche il compito, che si pone in esso, quello di ritrovare l'accordo? Certo, così Parlamento e Consiglio europeo avrebbero una funzione analoga: si tratterebbe allora di dare ragione della presenza di entrambi. In ogni caso, la pluralità, l'accordo e la partecipazione assieme all'autonomia verrebbero a determinare la democrazia in modo diverso dall'autodeterminazione come è stata pensata nel nesso rappresentanza-sovranià. Ma così sarebbe ancora la figura del federalismo a dover essere invocata in questo costituzionalismo europeo, sia pure in modo nuovo, e con essa un nuovo modo di concepire la democrazia⁽³⁴⁾. Questo peraltro rimetterebbe al centro la questione della delimitazione di un assetto federale sovranazionale (non riducibile

⁽³⁴⁾ Utili indicazioni in tal senso si possono rintracciare nel tentativo di G. Duso, *Reinventare la democrazia. Dal popolo sovrano all'agire politico dei governati*, Milano, FrancoAngeli, 2022, spec. la seconda parte del volume (Capp. 8, 9, 10). Dello stesso autore, si tenga presente inoltre il saggio raccolto nel presente volume (*Una nuova 'invenzione' per un nuovo costituzionalismo?*), specie per il confronto rispetto a tali tematiche con i lavori di Paolo Grossi.

alla tradizionale dicotomia Stato federale-Confederazione di Stati), in cui la rappresentanza politica, al di là dell'autorizzazione, combina insieme l'indicazione di indirizzi e valori con l'espressione delle identità diverse che si accordano, che comportano tanto ricerca del comune, dei valori e principi che unificano, quanto compromesso tra interessi diversi degli Stati, i quali partono però dalla consapevolezza di non poterli perseguire nel loro isolamento.

Verso una democraticità federale di questo genere, radicalmente diversa dal modo in cui è stata intesa l'autodeterminazione democratica sembrano andare le considerazioni di Bogdandy, che appare tra i costituzionalisti più attenti e sensibili alla tematica della pluralità, e consapevoli che questa pone il compito di ripensare la democrazia e l'obbligazione politica (la *Herrschaft*, cioè il potere e la sua legittimazione) ⁽³⁵⁾. La democraticità di questo quadro federale non può che essere radicalmente diversa dall'autodeterminazione, perché consiste nella partecipazione della pluralità dei membri che avviene nel contesto di un organo comune come il Consiglio europeo, ma anche dei membri come singoli in rapporto al governo e alla Commissione. Dunque i membri sono presenti in quell'accordo che vincola l'azione di governo, ma anche nella loro autonomia in relazione alle decisioni della Commissione che deve inoltre confrontarsi con le diverse realtà (economiche, di cultura, di costume, di interessi e di pratiche), che emergono non solo attraverso gli Stati, ma anche attraverso realtà 'regionali', in cui situazioni geografiche, processi economici, risorse e costumi non collimano spesso con i confini nazionali. E questo risulta tanto più necessario quanto più è essenziale che le decisioni dell'Unione siano prese « il più possibile vicino ai cittadini » (art. 1 TUE; ma vedi anche art. 10, 3; cfr. SöR, p. 264). Anche questo, mi pare, possa iscriversi nel contesto di un 'costituzionalismo trasformativo' per quanto bisognoso di un'elaborazione — non meno profonda e impegnativa, del resto, di quella richiesta, espressamente avanzata da Bogdandy, di radicale ripensa-

⁽³⁵⁾ Cfr. BOGDANDY, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform*, cit.

mento dell'unione fiscale, economica e monetaria, alla luce del valore comune di solidarietà ⁽³⁶⁾.

⁽³⁶⁾ Cfr. SöR, p. 266: « La ricostruzione delle disposizioni in materia di diritto costituzionale economico e monetario qui propagate richiede l'abbandono di un pensiero costituzionale che interpreta il diritto contrattuale europeo principalmente come una costituzione liberale di mercato con un orientamento monetarista. La misura in cui questa reinterpretazione determina già la prassi del diritto dell'UE è dimostrata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sulle libertà fondamentali come baluardo della democrazia degli Stati membri »; cfr. PFUE, pp. 132-135. Sulla rilevanza del principio di solidarietà per (ri)pensare l'Europa, si veda G. COMAZZETTO, *La solidarietà necessaria. Metamorfosi di un principio nell'orizzonte costituzionale europeo*, Napoli, Jovene, 2023.

FRANCESCO GAMBINO

DIRITTO E ARTE TRA UNITÀ E DISTINZIONE
DELLE ATTIVITÀ UMANE.
LE RADICI DELLA RICERCA INTERDISCIPLINARE

(A PROPOSITO DI *LAWART*, Rivista di Diritto, Arte, Storia —
Journal of Law, Art and History)

1. La distanza tra due termini. — 2. Il senso di un itinerario metodologico. — 3. La teoria della formatività di Luigi Pareyson: il concetto di unitotalità della persona. — 4. Nessi, corrispondenze, similarità tra i fenomeni. — 5. Il fenomeno della rilevazione dinamica tra diritto e cinema. — 6. *Segue*: crisi della suspense nel mondo del diritto. — 7. Il diritto nel conflitto tra narrazioni.

1. *La distanza tra due termini.*

È nata una nuova rivista di Diritto, Arte, Storia: *LawArt* ⁽¹⁾. I vocabolari in lingua inglese e in lingua italiana fanno subito registrare la distanza tra le due parole. Il termine *Law*, traducibile con diritto — o, come si legge in molte pagine del primo numero, con fenomeno giuridico — che, immesso nell'atmosfera semantica di una realtà oggettivante, indica un « system of rules » ⁽²⁾ o « un complesso ordinato di norme » ⁽³⁾ che prescrive comportamenti allo scopo di regolare la società. In altro senso la parola indica la « scienza che ha per oggetto lo studio » delle norme giuridiche « nel loro insieme o nei loro par-

⁽¹⁾ « LawArt. Rivista di Diritto, Arte, Storia — Journal of Law, Art and History », Torino, Giappichelli, consultabile on line open access (<http://www.lawart.it>).

⁽²⁾ La definizione di *Law* come « system of rules » (consultabile in <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com>) si ritrova, con una variante, in *The Concise Oxford Dictionary of English Etymology*, a cura di T.F. Hoad, 2003, dove il termine indica « body or code of rules ».

⁽³⁾ V. la voce *Diritto* in *Il Vocabolario Treccani*, Roma, 2003.

ticolari raggruppamenti »⁽⁴⁾. Il vocabolo *Art* designa l'attività umana basata su un complesso di regole, di esperienze conoscitive, pratiche e tecniche⁽⁵⁾ e, dunque, anche l'insieme delle regole e dei procedimenti per svolgere un tale attività⁽⁶⁾. L'uso al plurale del termine — *Arts* — si segnala per la definizione in negativo, in antitesi con le scienze: « subjects, such history, languages, and literature, that are not scientific subjects »⁽⁷⁾.

2. *Il senso di un itinerario metodologico.*

Perché unire insieme due termini — diritto e arte — dai significati tra loro così distanti? L'itinerario che la Rivista si propone di intraprendere è annunciato nell'editoriale ed è segnato da un preciso indirizzo metodologico: quello di indagare « le variazioni del rapporto tra diritto, arte e storia » al « fine di percepire i diversi modi in cui l'arte, plasma, esprime e narra le dimensioni astratte e storicamente contestualizzate del fenomeno giuridico »⁽⁸⁾. Si schiude un denso programma di pensiero orientato agli « incontri » e agli « intrecci » tra il diritto e la letteratura, le arti visive, il cinema, la musica, il teatro, i nuovi media e le forme espressive emergenti. Incontri e intrecci che non possono non coinvolgere anche le indagini intorno alle discipline legislative sul commercio, sulla protezione delle opere d'arte e del patrimonio culturale. In questo quadro, l'accostamento dei termini *Law* e *Art* è molto di più di una provocazione culturale. Esprime la ricerca dello statuto epistemologico di un nuovo sapere critico, che in diverso modo potrà farsi strada tra i corsi di studio delle facoltà di giurisprudenza italiane.

⁽⁴⁾ V. *ibidem*.

⁽⁵⁾ « Skill in doing anything as the result of knowledge and practice » (dalla seconda edizione del 1989 del *The Oxford English Dictionary*, consultabile su <https://www.oed.com>).

⁽⁶⁾ V. la voce *Arte* in *Il Vocabolario Treccani*, Roma, 2003.

⁽⁷⁾ V. la voce *Art* in *Cambridge Advanced Learner's Dictionary*, a cura di Colin McIntosh, 2013⁴.

⁽⁸⁾ In « LawArt », 1 (2020), p. 7.

3. *La teoria della formatività di Luigi Pareyson: il concetto di unitotalità della persona.*

La fatica che anima il cammino di questa nuova Rivista è data dall'intrinseca difficoltà, presente anche nella percezione comune, di tenere insieme diritto e arte. È, questa, una difficoltà non registrabile — o non più registrabile — in altri ambiti di studio, nei quali il diritto viene pure calato e immerso in diverse e ulteriori realtà. Si pensi al significato esistenziale della volontà negoziale negli studi di filosofia del diritto ⁽⁹⁾; o alla nozione di *status* o di contratto nelle indagini di sociologia del diritto ⁽¹⁰⁾; o, ancora, alla realtà umana, biologica, psicologica sottostante al « diritto muto » negli studi di antropologia giuridica ⁽¹¹⁾.

Il disagio nel risolvere il rapporto, ambiguo e sfuggente, tra diritto e arte può a mio avviso spiegarsi per tre ragioni.

La prima è data da una istintiva diffidenza, diffusa tra molti giuristi, che vedono il proprio ambito di studi dominato da ordine, rigore, razionalità. Vi scorgono un sistema chiuso che rifiuta ed espelle elementi che possano inquinare il discorso tecnico. Di qui un naturale atteggiamento di ostilità verso contaminazioni provenienti da attività di matrice artistica. Non ci si avvede tuttavia che i concetti giuridici sono semplici strumenti ⁽¹²⁾ per raccogliere e comprendere porzioni

⁽⁹⁾ Mi limito qui a richiamare un frammento di Giuseppe CAPOGRASSI, *Opere*, II, Milano, 1959, p. 121: « Questo prendere per oggetto la volontà invece della cosa, questo sostituire all'utilità l'obbligazione, questo affidarsi all'altra volontà per raggiungere fini di utilità e nel mezzo stesso della lotta delle utilità, è proprio la novità che segna il contratto nella storia del volere ». Di forma 'divinizzata' del contratto, nella diversa prospettiva della *lex mercatoria* e degli accordi internazionali tra Stati, discorre M. CACCIARI, *Il lavoro dello spirito*, Milano, 2020, pp. 17-18.

⁽¹⁰⁾ Si può far cenno al pensiero di Henry Sumner MAINE, *Ancient Law* (1861), London-New York, Dent/Dutton, 1972, trad. it. *Diritto antico*, a cura di V. Ferrari, Milano, 1998, dove il contratto — in luogo dello *status* — costituisce il nuovo fondamento dell'ordinamento convenzionale del commercio e dei traffici economici; e, in un'altra prospettiva, al modello proposto da Emile DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, Presses Universitaires de France, trad. it. *La divisione del lavoro sociale*, Milano, Edizioni di Comunità, 1962.

⁽¹¹⁾ V., sugli intrecci del diritto con la cultura, la genetica, l'etologia, R. SACCO, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015, pp. 126-131.

⁽¹²⁾ V., sulla teoria del carattere arbitrario e pratico degli pseudo-concetti, che revoca in dubbio la natura di concetti puri alle nozioni di diritto, B. CROCE, *Logica come*

di realtà in cui l'uomo si ritrova a pensare e ad agire. Con i concetti giuridici — elaborati nell'analisi delle norme in consonanza con il sistema giuridico — prende avvio quella forma di oggettivazione della realtà che è il primo passo verso l'astrazione: un astrarre che è un estrarre dalla realtà, riducendola nei limiti della nostra conoscenza⁽¹³⁾. Concetti, parole, classificazioni proprie del diritto (fattispecie, fatto, evento, effetto, ente, rapporto, nesso di imputazione, ecc.) esprimono un certo modo di rilevare la realtà; destinato — in questa prospettiva — ad affiancarsi agli schemi rappresentativi e ai modi di rilevazione della realtà presenti in altre esperienze conoscitive, pratiche, tecniche. In un certo senso tutti gli uomini, con i loro strumenti, più o meno difettosi, partecipano alla ricerca del diritto⁽¹⁴⁾: di quel diritto che vuole affermarsi come scienza, di quel diritto che decide una lite giudiziaria, di quel diritto che fonda le ragioni di una domanda giudiziale, di quel diritto che ogni giorno si applica contro di noi. Questa comunità⁽¹⁵⁾, che in vario modo coopera per la costruzione del futuro, è popolata di individui che, con la pratica del diritto⁽¹⁶⁾ e degli altri artefatti prodotti dall'uomo⁽¹⁷⁾, condividono il destino del linguaggio

scienza del concetto puro, Bari, 1909², pp. 15-27 e in *Filosofia della pratica — Economia ed etica* (1908), Bari, 1963⁸, pp. 319, 348.

(13) F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, p. 17.

(14) Il problema risuona nel titolo del libro di F. DI MARZIO, *La ricerca del diritto*, Roma-Bari, 2021.

(15) L'idea, nel mondo del diritto, di un « un progetto collettivo » al quale « collabora — consapevolmente o inconsapevolmente — l'intera comunità » è coltivata da G. TERRANOVA, *Il ragionamento giuridico*, Milano, 2021, p. 4.

(16) È allontanando lo sguardo che, nel rilevare le differenze tra interpretazione del diritto e applicazione del diritto, si può « vedere l'attività dei giudici e degli interpreti 'come parte di un tutto', comprendendo la diversità di 'strati' e di funzioni » (G. CAZZETTA, *Nell'isola d'If. Digressioni su circostanze, distanze e discrezionalità del giudice*, in *Scritti per Roberto Bin*, Torino, 2019, p. 35). Ciò perché da lontano — prosegue Giovanni Cazzetta a proposito del libro di Roberto BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine. Una prospettiva « quantistica »*, Milano, 2013 — si può scorgere il lavoro complessivo dell'intera comunità degli interpreti: « le regole di giudizio, il sedimentarsi di conformità a modelli e tradizioni giurisprudenziali, le microdiscontinuità, i dibattiti accademici, le analisi e le valutazioni critiche delle decisioni, le ridefinizioni continue del ruolo dell'interprete » (*ibidem*).

(17) Di « immenso edificio del mondo » in cui confluiscono, nel segno della nostra evoluzione culturale, tutte le pratiche, le macchine e gli artefatti dell'uomo, discorre C. SINI, *Inizio*, Milano, 2016, p. 25.

contemporaneo e della nostra stessa evoluzione culturale. Già questi rilievi, che immergono i fenomeni giuridici nella realtà culturale e linguistica di una società⁽¹⁸⁾, potrebbero far incrinare l'idea, non del bisogno — indeclinabile — di coerenza e di stabilità nel mondo del diritto, bensì di un diritto inteso come sistema chiuso e, per così dire, incontaminato.

Veniamo all'ulteriore ragione — la seconda — della difficoltà di tenere insieme diritto e arte. Riposa nel fatto, da un lato, di omettere di nominare ciò che di razionale, metodologico, procedurale vi è nell'arte; e, dall'altro, di omettere di nominare ciò che di irrazionale, soggettivo, immaginario vi è nel diritto⁽¹⁹⁾. Viene qui in soccorso la teoria della formatività di Luigi Pareyson che, prendendo le distanze dalla filosofia idealistica crociana⁽²⁰⁾ ed elaborando il concetto di unitotalità della persona, riconduce il concetto di arte all'intera esperienza umana⁽²¹⁾. In tutta l'operosità umana — scrive Pareyson — vi è un ineludibile carattere formativo: dove per « formare » si intende « fare, ma un tal fare che, mentre fa, inventa il modo di fare »⁽²²⁾. Come in un'operazione artistica interviene un movimento intelligente verso la forma inventata⁽²³⁾ — e, dunque,

(18) È il caso di rilevare, in questo quadro, che anche lo scienziato della società — tanto più nel contesto dello statuto epistemologico delle scienze umane — non è mai « 'fuori' dall'oggetto osservato, ma è 'dentro' di esso, coinvolto in un processo che la sua stessa attività di 'osservatore' contribuisce a modificare » (P. COSTA, *Storia giuridica: immagini a confronto*, in *Anuario De Historia Del Derecho Español*, 1997, p. 74). È dunque osservatore e, insieme, attore. In ciò risiede la complessità del processo conoscitivo, che è incompatibile con l'idea di un soggetto che, con sguardo distaccato, sia in grado di farsi specchio di una realtà già data (*ibidem*).

(19) Significativo è il titolo di un lavoro giovanile di Bruno LEONI, *Per una teoria dell'irrazionale del diritto* (1942), in cui il Leoni, valorizzando i fenomeni probabilistici, iniziava a costruire l'idea di un diritto che nasce dal basso.

(20) Siamo lontani dalla distinzione dell'arte dalla morale e dalla conoscenza; distinzione che, tracciata da Benedetto Croce, è già implicita nel definire l'arte come intuizione del sentimento (U. ECO, *L'estetica della formatività e il concetto di interpretazione*, in *Id.*, *La definizione dell'arte*, Milano, 1985, p. 11).

(21) L. PAREYSON, *Problemi dell'estetica*, I, *Teoria*, a cura di M. Ravera, Milano, 2009, p. 114 e ss.

(22) *Ivi*, p. 137.

(23) Forma qui va intesa come « organismo, cosa strutturata che in quanto tale riconduce all'unità elementi che possono essere sentimenti, pensieri, realtà fisiche, coordinati da un atto che tende all'armonia di quel coordinamento, ma che procede

un « giudizio continuo, vigile, cosciente che presiede all'organizzazione dell'opera » (24) — così in qualsiasi « intrapresa speculativa » rientra anche « una sapiente artisticità che guida il risolversi della ricerca ed il disporsi dei risultati » (25). Ogni operazione umana è dunque figurativa nel senso di esigere dall'uomo « quel processo di invenzione e produzione in cui consiste il formare » (26). È in questa formatività, presente in ciascuna operazione umana — speculativa, pratica, figurativa — che riposa a mio avviso la radice della ricerca interdisciplinare, oggi al centro dei disegni istituzionali dell'attività didattica, di formazione e di studi scientifici. Si delinea il proposito, nell'individuare punti di raccordo tra più saperi — tra i quali qui spicca il diritto come uno dei termini del raffronto —, di una riduzione ad unità di distinte attività umane.

La terza ragione sta a mio avviso nella inestirpabile ambiguità della parola diritto che assume tanti significati quanto sono i sistemi culturali di riferimento in cui è impiegata (27).

4. *Nessi, corrispondenze, similarità tra i fenomeni.*

Le difficoltà di contenere la distanza tra diritto e arte interrogano il senso della ricerca disciplinare; di quella ricerca volta, nel ridurre a modelli descrittivi i metodi e i risultati delle indagini in varie discipline,

secondo leggi che l'opera stessa — che non può venir astratta da quegli stessi pensieri sentimenti realtà fisiche che la costituiscono — postula e palesa nel suo farsi » (ECO, *L'estetica della formatività e il concetto di interpretazione*, cit., p. 12).

(24) *Ibidem*.

(25) Ivi, p. 11.

(26) PAREYSON, *Problemi dell'estetica*, I, *Teoria*, cit., p. 115.

(27) Valga qualche esempio, qui richiamato in termini concisi e frammentari. Dalla difficoltà — o impossibilità — di tradurre in lingua inglese il termine « giuridicità » o l'espressione « fenomeno giuridico » alla problematica trasposizione della nozione di *diritto soggettivo* nella cultura giuridica cinese, orientata piuttosto verso i concetti di *potere* e di *interesse*; dove i fenomeni della giuridicità si intrecciano, da un lato, con la tradizione sociale e culturale confuciana, dall'altro, con la *non indipendenza* del potere giudiziario dal potere politico. Si pensi infine alle sentenze pronunciate nell'ordinamento di diritto brasiliano nelle quali è consentita, nell'argomentare, nel motivare e nel fondare la decisione, la menzione di testi di letteratura.

al rilevamento di similarità strutturali tra i fenomeni indagati (28). È lungo questa strada che, nell'intuire corrispondenze, nessi, analogie, si possono registrare somiglianze rilevanti tra la musica elettronica ed alcuni procedimenti delle metodologie scientifiche o connessioni « tra certa pittura e certe metodologie fiscalistiche, tra monologo interiore e scoperte psicologiche » (29); ritrovare nel cinema di un'intera generazione alcuni indirizzi della filosofia esistenzialista (30); o si può riflettere — per tornare ai rapporti tra diritto e arte — sulle descrizioni dello stato di natura contenute nel *Leviatano* di Thomas Hobbes guardando alcuni film di Martin Scorsese (31); intercettare il pensiero di Santi Romano tra le pagine de *Il giorno della civetta* (32); considerare i rapporti dell'arte con l'immaginario del potere (33); rammentare quella lotta per il diritto portata avanti dall'impegno artistico (34). Poiché nell'esistenza umana la radice dell'attività formante è unitaria (35) la ricerca interdisciplinare non può che esprimere il ritorno ad un punto d'origine. È il punto da cui tutte le tecniche, le conoscenze, le pratiche richiamate nella Rivista (diritto, letteratura, arti visive, musica, cinema, teatro, ecc.) scaturiscono, propagandosi in molteplici direzioni. In queste pagine mi limiterò ad indagare, da un lato, gli intrecci tra diritto e cinema e, dall'altro, i rapporti tra diritto e letteratura.

5. *Il fenomeno della rilevazione dinamica tra diritto e cinema.*

Muoviamo da alcune similarità tra diritto e cinema. Risale agli studi di teoria generale del diritto di Francesco Carnelutti l'idea di un diritto che, nei suoi elementi costitutivi e strutturali, risulta essere

(28) U. ECO, *La ricerca interdisciplinare*, in Id., *La definizione dell'arte*, cit., pp. 283-284.

(29) Ivi, pp. 284-285.

(30) M. MERLEAU-PONTY, *Il cinema e la nuova psicologia*, in Id., *Senso e non senso* (1996), trad. it., con introduzione di Enzo Paci, Milano, 2016, pp. 80-81.

(31) U. CURI, *Film che pensano*, Milano-Udine, 2020, p. 193 e ss.

(32) N. IRTI, "Il giorno della civetta" e il destino della legge, in *Diritto verità giustizia. Omaggio a Leonardo Sciascia*, a cura di L. Cavallaro e R. G. Conti, Bari, 2021, p. 17 e ss.

(33) C. PETIT, *Numismática real carolina (1772)*, in « LawArt », 1 (2020), p. 17 e ss.

(34) G. CHIODI, *Prove di democrazia. Musica, libertà e diritti dell'uomo nella visione di Arturo Toscanini*, in « LawArt », 1 (2020), p. 81 e ss.

(35) V. *supra*, § 3.

debitore della cinematografia. È la cinematografia come prototipo della rilevazione dinamica ⁽³⁶⁾ che riesce meglio a spiegare il fenomeno del mutamento nel mondo del diritto. Il diritto immobilizza in schemi quel tanto di realtà che vuole far vedere ⁽³⁷⁾. Riduce in forme certi fatti ⁽³⁸⁾ che, negli scopi perseguiti dal legislatore, ritiene degni di tutela; i quali, trovando nella norma la loro forza causale e vitale, producono determinati effetti giuridici (sanzioni, premi, ricompense, ecc.). Mentre tuttavia nel diritto la forma è data dall'enunciato linguistico, la narrazione cinematografica consente di guardare il diritto *a partire dal cinema* ⁽³⁹⁾; da quel fitto intreccio di elementi visivi e sonori che è proprio del linguaggio cinematografico. È un radicale cambio di prospettiva. Il cinema diventa una pratica rappresentativa del diritto. Da un lato, è in grado di mostrare concezioni complessive dei fenomeni sociali, giuridici, istituzionali, dall'altro, è volto a tradurre il diritto — con i suoi schemi interpretativi della realtà, le sue strutture linguistiche, i suoi veicoli semantici — in qualcosa di visibile ⁽⁴⁰⁾ e così a ridurre il piano dei fenomeni giuridici al piano delle immagini.

6. Segue: *crisi della suspense nel mondo del diritto.*

Come si atteggia, nel processo penale, la decisione deliberata in camera di consiglio? In che modo si svolge la dialettica propria dell'attività giurisdizionale dei giurati? Quali sono i lineamenti di tale fenomeno giuridico? Interrogativi ai quali la legge fa fatica a rispondere perché lo sguardo del legislatore è limitato. Non ha in sé quel *maximum* di simultaneità che — come invece avviene in una

⁽³⁶⁾ CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 23.

⁽³⁷⁾ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951³, p. 230.

⁽³⁸⁾ La forma nel diritto si denomina fattispecie, *species facti*, immagine del fatto, « che non si consuma ed esaurisce, ma ritorna nel tempo, *ogni volta* che il fatto si mostrerà combaciante con la descrizione normativa » (N. IRTI, *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, Napoli, 2020, p. 61).

⁽³⁹⁾ A.G. MANCINO, *Cinema e diritto: dispositivi incrociati*, Cosenza, 2014, p. 130.

⁽⁴⁰⁾ È nel momento « in cui si impara a seguire il modo in cui il cinema realizza il diritto come immagine » — scrive Tommaso Gazzolo — « che si può passare su un piano nuovo, inedito, di sperimentazione di concetti giuridici (e non di 'rappresentazione' dei concetti già elaborati dal diritto come enunciato) », ID., *Il cinema e la creazione di concetti giuridici*, in « *Politica del diritto* », 2018, p. 619.

telecamera — moltiplica la capacità dell'occhio umano ⁽⁴¹⁾. Può così accadere che il film *12 Angry Men* di Sidney Lumet ⁽⁴²⁾ possa dirci molto di più di quanto riesca a comunicarci la legge. Può mostrarci, rappresentando il bisogno di parlare ⁽⁴³⁾, di sospendere il giudizio e di riflettere, il momento interno — più intimo e segreto — di una decisione collegiale. Questa indecisione nel decidere — quel lento processo di maturazione delle proprie convinzioni — schiude la possibilità, nel film di Lumet, di ripercorrere tutte le prove e le testimonianze a carico dell'accusato. Emerge — dalla dialettica dei giurati — quel flusso di informazioni che è il nucleo della suspense nel mondo del cinema.

Occorre tornare alla distinzione — richiamata da Alfred Hitchcock nel celebre libro-intervista di Truffaut — tra suspense e sorpresa ⁽⁴⁴⁾. La suspense si risolve nel fatto che il pubblico sia sempre consapevole delle vicende che possono condurre la trama narrativa ad un certo esito. Con questa disponibilità di informazioni il pubblico, che qui è « il primo a sapere » ⁽⁴⁵⁾, è in grado di partecipare e di appassionarsi alle scene che vede. Questa possibilità di calcolo circa la probabilità degli eventi è invece del tutto assente nel fenomeno della sorpresa. Al riguardo Hitchcock menziona l'esempio dell'improvvisa esplosione di una bomba — non mostrata al pubblico — posta sotto il tavolo dei commensali. Vi è sorpresa per ciò che accade in assenza di informazioni relative a fatti in grado di annunciare l'evento. Vi è invece suspense per ciò che potrà accadere in relazione a fatti appresi e noti, che lasciano prefigurare gli avvenimenti futuri. Mentre nella

⁽⁴¹⁾ F. CARNELUTTI, *Cinematografo e rappresentazione*, in « Bianco e Nero », 1949, p. 19.

⁽⁴²⁾ V. in proposito M. BARENGHI, « *I just want to talk* ». *Su un vecchio film di Sidney Lumet*, in « LawArt », 1 (2020), p. 63 e ss.

⁽⁴³⁾ « È in gioco » — nel film di Lumet — « la vita di un essere umano, non la si può sbrigare in cinque minuti. Colpevole? È possibile; ma prendiamoci del tempo. Un minimo di tempo, verrebbe da aggiungere, prima di decretare concluso il tempo della vita altrui ». Ivi, p. 72. È, questo, il bisogno di un tempo per parlare che è al centro del saggio di Mario Barengi.

⁽⁴⁴⁾ F. TRUFFAUT, *Il cinema secondo Hitchcock* (1993), trad. di G. Ferrari e F. Pititto, Milano, 2014, p. 60 e ss.

⁽⁴⁵⁾ G. DELEUZE, *L'immagine-movimento. Cinema 1* (1983), trad. di Jean-Paul Manganaro, Torino, 2016, p. 244.

sorpresa il pubblico, privo degli strumenti per anticipare gli eventi della narrazione, si ritrova in una « effimera sensazione di stupore e di meraviglia »⁽⁴⁶⁾, nella suspense — dove si assiste ad « un gioco virtuosistico *del e nel* tempo che rimanda a qualcosa che deve ancora verificarsi »⁽⁴⁷⁾ — può pronosticare tali eventi in base a criteri di giudizio già predisposti e definiti nel racconto cinematografico. È con tale « surplus di informazione rispetto ai protagonisti del film » che lo spettatore finisce per essere coinvolto e responsabilizzato in prima persona⁽⁴⁸⁾. I concetti di sorpresa e di suspense — come in qualsiasi attività umana fatta di attese, di speranze, di paure e di angosce⁽⁴⁹⁾ — non possono dirsi neppure estranei al mondo del diritto. Possono rintracciarsi in più luoghi e assumere nuove forme. Quando oggi, ad esempio, si discorre di crisi della fattispecie⁽⁵⁰⁾ si allude ad un diritto — quel diritto che viene stabilito nelle decisioni giudiziali — imprevedibile nelle conseguenze. È quel diritto che, distaccandosi dalle norme giuridiche e dalla logica sussuntiva, diventa incalcolabile⁽⁵¹⁾ nell'agire quotidiano, tra gli operatori del mercato, nelle aule di giustizia. Un diritto che è destinato a formarsi, non *ex ante*, bensì *ex post*. Altro è attendersi una decisione in ragione dei dati offerti dalle discipline legislative; altro è incorrere in una decisione svincolata dal legame con le norme giuridiche. Cambia, in uno e nell'altro caso, il senso della partecipazione delle parti contendenti al gioco del processo. Nel primo caso, in linea di principio, la pronuncia del terzo è

(46) D. CANTONE, P. TOMASELLI, *Suspense! Il cinema della possibilità*, Napoli-Salerno, 2016, p. 87.

(47) Ivi, p. 86.

(48) Ivi, pp. 26-27.

(49) V., per una lettura esistenzialista della suspense nel cinema di Hitchcock, S. LEE, *Hitchcock's Existentialism: Anguish, Despair and Redemption in Breakdown*, in *Hitchcock and Philosophy, Dial M for Metaphysics*, a cura di D. Baggett, W.A. Drumin, Chicago, Open Court, 2013, pp. 89-98.

(50) È il problema dei valori che, come « cose elastiche », sempre più oggi caratterizzano le decisioni dei giudici insidiando il ruolo della legge (N. IRTI, *Il terzo decide la causa*, in Id., *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011, p. 68). Il tema, nel diritto contemporaneo, della crisi della fattispecie percorre l'introduzione di L. CAVALLARO e R. G. CONTI a *Diritto verità giustizia*, cit., pp. 11-12.

(51) Ciò perché i nuovi criteri di giudizio « riposano, non più sull'oggettività delle norme calcolabili, ma sull'*incontrollabile soggettivismo della decisione* », N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in Id., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 8.

l'esito di una lite quale sviluppo di una dialettica maturata in contesti di senso condivisi in quanto fondati su criteri di giudizio esterni e preesistenti (norme, discipline, fonti testuali, date situazioni giuridiche soggettive, ecc.). Si assiste qui — per rifarsi alle indagini semiotiche sulla suspense compiute da Roland Barthes — ad una suspense *di fare*, propria del racconto drammatico, che risponde alla domanda circa l'esito dell'azione intrapresa (« Chi vincerà? ») (52). Nell'altro caso, la decisione del terzo è il prodotto di una più libera ricerca dei criteri di giudizio per distribuire il torto e la ragione (principi e clausole generali, figure giuridiche provenienti da sistemi stranieri, criteri extra-giuridici, ecc.); sicché le parti in giudizio, private delle informazioni rilevanti per la decisione, non sono più in grado — nel far valere le loro ragioni — di sapere, di calcolare, di partecipare. Non possono fare altro che sospendere ogni pronostico sul verdetto. Sono questi — in una sintesi adattata al discorso di queste pagine — i termini problematici del dibattito contemporaneo (53).

In questa prospettiva, tutta raccolta intorno alle suggestioni cinematografiche, si potrebbe affermare che la crisi della fattispecie è anche crisi della suspense — o, se si vuole, del *pathos* — nel mondo del diritto. Suspense che in un diritto che sia concepito, non *ex post*, ma al contrario *ex ante*, sempre si alimenta di una ragionevole attesa, fiduciosa o allarmata, di accadimenti pronosticabili.

7. *Il diritto nel conflitto tra narrazioni.*

Veniamo agli intrecci tra diritto e letteratura. Assume qui rilievo il significato di diritto come metodo di studio (54). Il linguag-

(52) V. al riguardo, sulla diverse tipologie della suspense, CANTONE, TOMASELLI, *Suspense! Il cinema della possibilità*, cit., pp. 83-84.

(53) Si affaccia una nuova percezione dell'ordinamento giuridico che, volta ad allargare il campo delle fonti del diritto, schiude strumenti teorici ed elementi culturali propri dei sistemi di *common law*. Con la consueta, profonda sensibilità verso i fenomeni culturali Paolo Grossi osserva come l'espressione « disordine delle fonti » [in *Il diritto civile tra le rigidità di ieri e le mobilità di oggi* (2009), in *Paolo Grossi — Maestri del diritto*, a cura di Guido Alpa, Roma-Bari, 2011, p. 232] sia penetrata negli studi della dottrina odierna, costituendo autonomo oggetto di indagine in diverse discipline.

(54) V. il significato di scienza nella voce *Diritto* in *Il Vocabolario Treccani*, Roma, 2003, p. 495.

gio della scienza o pseudo-scienza giuridica — rinvenibile nei manuali, nei trattati, nelle monografie, nelle sentenze e negli atti giudiziari — altro non è che un metalinguaggio. Si tratta, come è noto, di un linguaggio che sta sopra, oltre le proposizioni in cui consiste la disciplina normativa. È un linguaggio che ha per oggetto gli enunciati del linguaggio legislativo e che ha per scopo preminente quello di codificare i messaggi provenienti da tale linguaggio-oggetto⁽⁵⁵⁾. Di qui l'incontro, sulla via linguistica, tra diritto e letteratura. Le norme giuridiche e le pagine di un romanzo consistono in proposizioni linguistiche, popolate di entità ideali e immaginarie. Da questo punto di vista, diritto e letteratura possono convergere nel segno di una narrazione fissata dalla scrittura che li rende omogenei e, in certa misura, assimilabili⁽⁵⁶⁾. È questa uniformità di fondo a far sì che il romanzo — quel romanzo che si incontra con istituti giuridici — possa entrare in competizione con il diritto ufficiale. La narrazione può così diventare un potente strumento di lettura del ruolo del diritto nelle vicende umane⁽⁵⁷⁾. Nel dare conto di una certa idea del diritto, le pagine di un romanzo possono lasciare emergere contraddizioni, discrepanze, aberrazioni dei sistemi giuridici ed economici⁽⁵⁸⁾; nel trattare istituti o concetti giuridici, riescono a proiettare l'ombra di un pensiero giuridico latente, volto al superamento delle leggi vigenti in un determinato sistema⁽⁵⁹⁾; nel nominare alcuni fenomeni sociali, si ritrovano ad

⁽⁵⁵⁾ V. su questa gerarchia di linguaggi, A. TARSKI, *La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica* (1944), in *Semantica e filosofia del linguaggio*, a cura di L. Linsky, trad. it di A. Meotti, Milano, 1969, pp. 38-39.

⁽⁵⁶⁾ G. ALPA, *Il diritto come letteratura*, in *Giuristi e interpretazioni. Il ruolo del diritto nella società postmoderna*, Genova, 2017, p. 15, dove si dà spazio al pensiero di Paul Ricoeur.

⁽⁵⁷⁾ Tre secoli di storia del mondo occidentale sono rivisitati sotto la lente dei rapporti tra diritto e letteratura da D. CARUSI, *Sua maestà legge? Tre secoli di potere, diritto e letteratura*, Firenze, 2022.

⁽⁵⁸⁾ Si pensi alle pagine di Honoré de Balzac sull'istituto dell'arresto per debiti, sui prestiti usurari, sulla ingiustizia contrattuale e sulla crudeltà del sistema creditizio. V. al riguardo il *Focus* di G. Pace Gravina, G. Chiodi, F. Gambino (in « LawArt », 2, 2021), dedicato a *Balzac e il diritto. Discussione* intorno a G. GUIZZI, *Il « caso Balzac ». Storie di diritto e letteratura*, Bologna, il Mulino, 2020.

⁽⁵⁹⁾ Così, ad esempio, alcune vicende narrate ne *La Certosa di Parma*, « nel far risaltare insieme la irrinunciabilità e la inadeguatezza delle regole che organizzano la

anticipare il senso dei problemi giuridici che impegneranno un dato ordinamento ⁽⁶⁰⁾; e nel riflettere sull'identità personale possono scuotere il fondamento psicologico delle questioni che gravitano intorno ai diritti della personalità ⁽⁶¹⁾.

Siamo in presenza di un conflitto tra narrazioni — normative, istituzionali, letterarie — che costituisce lo snodo per comprendere il significato di quel diritto osservato dal punto di vista del discorso letterario. È, questo, un mutamento di prospettiva che risponde all'esigenza di problematizzare la percezione dei fenomeni giuridici in tutte le loro dimensioni. Lungo questo itinerario si chiarisce la debolezza delle ragioni di diffidenza verso l'ipotesi di istituire un legame tra diritto e arte; che già il titolo della rivista (*LawArt*), unendo i due termini senza neppure lo spazio di una congiunzione, vuole che si faccia più intimo e stretto.

Le ragioni di diffidenza, sopra richiamate, portano in sé un difetto d'origine, che è quello di concepire diritto e arte come mondi separati: un sovra-mondo (quello del diritto, delle istituzioni e dei fenomeni giuridici) ed un sotto-mondo (quello artistico, cinematografico, teatrale, letterario, ecc.). Quasi che — e qui sta l'equivoco di fondo — quel mondo anonimo e indistinto del diritto, che pure ci sovrasta facendo pesare su di noi l'ombra dei suoi giudizi, non debba misurarsi con singoli individui, che ogni giorno rivendicano le proprie ragioni e danno forma al loro domani.

convivenza tra consociati, ci parlano di un disaccordo essenziale: un disaccordo sul diritto » (M. MECCARELLI, *Diritto e letteratura tra storia e memoria. Prime riflessioni a partire da due romanzi sulla transizione*, in « *LawArt* », 1, 2020, p. 211).

⁽⁶⁰⁾ Mi riferisco alle narrazioni di Leonardo Sciascia intorno al « sistema » mafia ne *Il giorno della civetta* (1961), Milano, 1993 e alla celebre « avvertenza » apparsa in occasione dell'uscita del libro nella collana « Letture per la scuola media » Einaudi (in appendice all'edizione qui citata, p. 116).

⁽⁶¹⁾ Si considerino le pagine di Luigi Pirandello dedicate ai potenti processi di autoanalisi del protagonista Vitangelo Moscarda, suscitati e avviati dalla visione della sua immagine riflessa nello specchio, L. PIRANDELLO, *Uno, nessuno e centomila* (1926), a cura di G. Mazzacurati, Torino, 1994, p. 3 e ss.

LUCIA RE

TOCQUEVILLE E NOI

(A proposito di Mattia Volpi, *Il suddito democratico. Libertà e uguaglianza nel pensiero giuridico-politico di Tocqueville*, Modena, Mucchi, 2021)

1. Letture di Tocqueville fra moderno e postmoderno. — 2. Confronti. — 2.1. Tocqueville e Machiavelli — 2.2. Tocqueville e Montesquieu — 2.3. Tocqueville e Chateaubriand — 2.4. Tocqueville e Pascal — 3. Tocqueville esistenzialista?

1. *Letture di Tocqueville fra moderno e postmoderno.*

Tocqueville scrisse due opere principali, *De la Démocratie en Amérique* [...] e *L'Ancien Régime et la Révolution* [...]. Un volume di ricordi sulla Rivoluzione del 1848 e sul suo passaggio al ministero degli Affari esteri fu pubblicato postumo, come le lettere e i discorsi. Ma l'essenziale è costituito dalle due grandi opere, una sull'America e l'altra sulla Francia, che costituiscono per così dire, le due ante dello stesso dittico ⁽¹⁾.

Questa affermazione di Raymond Aron, cui si deve la 'risco-perta' di Tocqueville in Francia nel secondo dopoguerra, è emblematica del modo in cui sono spesso stati valutati gli scritti dell'intellettuale normanno. L'immagine suggerita da Aron è quella di un'opera costruita sulla base di rinvii simmetrici, in particolare quelli fra gli Stati Uniti e la Francia e fra la riflessione sociologica e l'analisi storiografica. La lettura dei testi tocquevilliani, del resto, soprattutto in Francia e negli Stati Uniti, è stata spesso motivata dalla ricerca di strumenti teorici utili per l'epoca dell'interprete. In particolare, come ha sostenuto Françoise Mélonio, alla luce di un'accurata analisi della ricezione dell'opera di Tocqueville in Francia dalla

⁽¹⁾ R. ARON, *Le tappe del pensiero sociologico*, Milano, Mondadori, 2001², p. 214.

pubblicazione della prima *Démocratie* alla fine del Novecento, la rinascita o, meglio, le rinascite di Tocqueville dal 1950 in poi hanno in comune il fatto di postulare l'attualità del suo pensiero (2) e, per questo, potremmo aggiungere, hanno spesso valorizzato le pagine de *La democrazia in America*. Questa è stata così di volta in volta elogiata come la prima analisi del modo di vivere democratico, come una critica del ruolo tutore dello Stato sociale, come l'opera che indicava nel modello democratico statunitense l'alternativa liberale ai regimi comunisti, etc.

Il « ritorno di Tocqueville » (3) nel dopoguerra ha accompagnato lo sviluppo degli 'Studi americani' e il consolidamento delle scienze politiche e sociali, alimentando un dialogo fra Stati Uniti ed Europa intorno al costituzionalismo democratico e alle sue condizioni sociali. Con la caduta del muro di Berlino, in Tocqueville si è visto soprattutto l'antagonista di Marx. Come ha suggerito Mélonio, lui, che aveva voluto gettare un ponte tra la Francia e l'America, è riapparso alla fine del Novecento in veste di « divinità tutelare » che presiedeva agli scambi tra gli europei dell'Ovest e dell'Est, riconciliati nella ricerca dell'uguaglianza nella libertà (4). Da allora molte cose sono cambiate, ma l'opera di Tocqueville resta un riferimento per discutere della solidità dei modelli democratici contemporanei e per interrogarsi sugli scenari futuri (5).

In questo quadro, la critica italiana, pur attenta alla 'attualità di Tocqueville', si è distinta sia per un interesse ininterrotto alla sua opera, che per l'accuratezza metodologica, sotto il profilo dell'analisi non solo dei testi ma anche della biografia dell'autore. Il pensiero di Tocqueville ha influenzato importanti personalità del Risorgimento, come Cavour (6) e Rosmini (7). La sua opera è stata considerata un

(2) F. MÉLONIO, *Tocqueville et les Français*, Paris, Aubier, 1993, p. 273.

(3) Ivi, cap. 6.

(4) Ivi, p. 297.

(5) Emblematico in questo senso il volume a cura di Ewa Atananassow e Richard Boyd, *Tocqueville and the Frontiers of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

(6) Cfr. sul punto R. PERTICI, *La cultura storica dell'Italia unita. Saggi e interventi critici*, Roma, Viella, 2018, cap. 4, par. 3.

(7) Cfr. ad esempio M. BUSCEMI, *Rosmini e Tocqueville. Le ragioni cristiane del liberalismo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020.

punto di riferimento imprescindibile per comprendere la storia da Pasquale Villari (8). La sua ricostruzione storiografica della Rivoluzione francese è stata assunta come modello da Gaetano Salvemini (9). Sotto il fascismo, a Tocqueville guardarono soprattutto gli oppositori del regime, per la strenua difesa della libertà contro il dispotismo, che rappresenta il tratto fondamentale del suo pensiero, e per la sua inflessibilità di fronte al colpo di Stato di Luigi Napoleone Bonaparte (10).

Nel secondo dopoguerra, come in altri paesi così anche in Italia, il pensiero di Tocqueville fu contrapposto al marxismo. Tuttavia, continuò altresì a essere vivo un interesse più generale per la sua opera, anche per alcuni scritti meno noti e per la corrispondenza. Si tratta di una tendenza che nel nostro paese si ravvisa per tutto il Novecento (11) e che ha permesso il formarsi, a partire dalla seconda metà degli anni Cinquanta, di una corrente di studi tocquevilliani, al tempo stesso rigorosa e innovativa, che resta ancora oggi il punto di riferimento per chi si accosti alle pagine di Tocqueville. Questa scuola, fondata da Vincenzo De Caprariis, Nicola Matteucci, Anna Maria Battista, ha restituito la complessità delle opere maggiori di Tocqueville, divise in parti, scritte e pubblicate in più tempi, maturate in contesti storici e politici molto diversi (12). Essa ha inoltre valorizzato i suoi scritti politici, la corrispondenza e gli appunti di viaggio, aprendo la strada a complesse interpretazioni filosofiche e storiografiche.

Alla fine del secolo, Michela Dall'Aglio Maramotti scriveva che gli studi tocquevilliani in Italia, nei sessant'anni intercorsi fra il 1932 e il 1992, potevano essere suddivisi in quattro fasi distinte: una prima in cui erano collegati alla ripresa, in chiave antifascista, degli ideali risorgimentali; una seconda, caratterizzata da un'analisi tec-

(8) PERTICI, *La cultura storica dell'Italia unita*, cit., p. 146.

(9) Ivi, cap. 4, par. 4.

(10) Ivi, cap. 4, par. 5.

(11) Cfr. M. DALL'AGLIO MARAMOTTI, *Contribution to an Italian bibliography on Alexis de Tocqueville*, in « The Tocqueville Review/La Revue Tocqueville », XIII (1992), 1, pp. 211-224.

(12) Si vedano ad esempio A.M. BATTISTA, *Studi su Tocqueville*, Firenze, Centro editoriale toscano, 1989 e N. MATTEUCCI, *Alexis de Tocqueville. Tre esercizi di lettura*, Bologna, il Mulino, 1990.

nica dell'opera di Tocqueville; una terza nella quale si era tentata una disamina unitaria del suo pensiero e, infine, una quarta fase caratterizzata dall'interesse per le sue opere storiografiche, in particolare per l'interpretazione della Rivoluzione francese ⁽¹³⁾. Oggi possiamo dire invece che Tocqueville è studiato per la pluralità dei temi e degli approcci che ne caratterizzano la produzione vasta ed eterogenea, benché per i non addetti ai lavori egli resti essenzialmente l'autore de *La democrazia in America*.

Vista la ricca tradizione interpretativa legata agli studi, oltre che di Vincenzo De Caprariis, Anna Maria Battista e Nicola Matteucci, di Francesco De Sanctis, Dino Cofrancesco, Umberto Coldagelli — per citare i nomi principali —, oggi pochi studiosi italiani si cimentano con nuove esegesi delle opere maggiori di Tocqueville. Si preferisce illuminare pagine meno note, partire 'dal margine' per suggerire nuovi itinerari di ricerca ⁽¹⁴⁾. In alternativa, si rintracciano nelle opere più conosciute temi specifici, che vale la pena indagare più nel dettaglio ⁽¹⁵⁾.

Vi sono, però, alcune eccezioni significative, come lo studio di Roberto Giannetti, pubblicato nel 2018 e dedicato al rapporto fra liberalismo e democrazia nel pensiero di Tocqueville ⁽¹⁶⁾. Rielaborando in parte suoi scritti precedenti ⁽¹⁷⁾ ed esaminando la lettera-

⁽¹³⁾ DALL'AGLIO MARAMOTTI, *Contribution to an Italian bibliography on Alexis de Tocqueville*, cit.

⁽¹⁴⁾ Negli anni Duemila, come esempio di questa attenzione 'ai margini', si possono vedere: F. GALLINO, *Tocqueville, il carcere, la democrazia*, Bologna, il Mulino, 2020; L. RE, *Il liberalismo coloniale di Alexis de Tocqueville*, Torino, Giappichelli, 2012; D. LETTERIO, *Tocqueville ad Algeri. Il filosofo e l'ordine coloniale*, Bologna, il Mulino, 2011; A. DE TOCQUEVILLE, *Scritti penitenziari*, traduzione e cura di L. Re, Roma, Edizioni di storia e letteratura, 2002.

⁽¹⁵⁾ Negli ultimi anni sono esempi di questo genere di interpretazioni: G. OSKIAN, *Le basi giuridiche della democrazia*, Bologna, il Mulino, 2014; A. DE TOCQUEVILLE, *Un ateo liberale. Religione, politica, società*, traduzione e cura di P. Ercolani, Bari, Dedalo, 2008.

⁽¹⁶⁾ R. GIANNETTI, *Alla ricerca di una "scienza politica nuova". Liberalismo e democrazia nel pensiero di Alexis de Tocqueville*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2018.

⁽¹⁷⁾ In particolare, R. GIANNETTI, *Un « libéral d'une espèce nouvelle »: riflessioni su liberalismo e democrazia nel pensiero di Tocqueville*, in « Il pensiero politico », XXXI (1998), 1, pp. 46-72 e R. GIANNETTI, *Democrazia e potere giudiziario*, in « Bollettino telematico di filosofia politica », luglio (2012).

tura contemporanea più rilevante, l'autore prende posizione sui principali dibattiti interpretativi in corso circa la natura del liberalismo tocquevilliano. Si concentra quindi sull'analisi che ne *La democrazia in America* Tocqueville svolge a proposito del ruolo del potere giudiziario, sul confronto fra Tocqueville e Bryce e, infine, sul compito che Tocqueville affida alla religione nella democrazia. Obiettivo di Giannetti è fare emergere il carattere poliedrico della riflessione tocquevilliana e la sua originalità che la rendono difficilmente classificabile attraverso le categorie tradizionalmente impiegate nella storia del pensiero politico. Tocqueville cerca infatti « di individuare [...] un percorso realistico tra le varie correnti ideologiche che caratterizzano il pensiero politico dell'Ottocento: il pensiero reazionario e conservatore, la tradizione democratica di matrice illuministica, il liberalismo dell'epoca della Restaurazione » (18), giungendo a « una sintesi originale e unica che non può essere confusa con uno sterile eclettismo o una semplice giustapposizione di concetti e di idee » (19).

Fra le monografie che in tempi recenti hanno tentato di restituire una visione d'insieme del pensiero di Tocqueville si colloca anche il lavoro di uno studioso più giovane, Mattia Volpi, intitolato *Il suddito democratico. Libertà e uguaglianza nel pensiero giuridico-politico di Tocqueville*, che svolge un esame ad ampio raggio dell'opera tocquevilliana e propone alcune argomentazioni meno consuete che vorrei qui esaminare. Più in generale, pur appoggiandosi a un'accurata analisi ricostruttiva, Volpi ritrae Tocqueville con tratti decisi, consegnandoci l'immagine di un pensatore lucido e rassegnato di fronte al corso della storia (p. 9), il cui scopo sarebbe « descrivere il profilo antropologico del nuovo tipo di dominato: l'*homo democraticus* » (p. 11).

Districandosi fra le contraddizioni tipiche dell'argomentare tocquevilliano (20), Volpi sviluppa un'interpretazione dell'opera dell'aristocratico normanno che non può dirsi scevra dalle preoccupazioni di noi lettori postmoderni e che anzi appare — del tutto legittimamente secondo la lezione ermeneutica — orientata proprio

(18) GIANNETTI, *Alla ricerca di una "scienza politica nuova"*, cit., edizione digitale.

(19) Ivi, edizione digitale.

(20) Tornerò su questo aspetto più avanti.

da queste preoccupazioni. L'autore non solo torna a riflettere sulle « idee-madri »⁽²¹⁾ di Tocqueville, offrendo un'utile guida a chi voglia accostarsi al suo pensiero, ma suggerisce anche una interpretazione decisa di una sua « filosofia della storia »⁽²²⁾. L'obiettivo è altresì fornire una lettura coerente del pensiero politico di Tocqueville, a partire dalla riflessione sulla democrazia che è identificata, in linea con la tradizione interpretativa prevalente, come l'epicentro di tutta l'opera dell'intellettuale francese. Il libro quindi si concentra su *La democrazia in America*, ma prende in considerazione anche altri saggi, in particolare *L'Antico Regime e la Rivoluzione*, con incursioni nella corrispondenza e cenni all'esperienza biografica.

Nelle pagine che seguono vorrei cercare di mettere a fuoco gli elementi centrali di questa interpretazione, segnalandone l'importanza per la riflessione sul presente, ma anche offrendo alcuni spunti critici.

Va in primo luogo evidenziato come l'operazione di Volpi sia coraggiosa, sia perché, come detto, la sua analisi va direttamente al cuore dell'opera di Tocqueville, sia per il tipo di lettura che ne offre. Come accennato, gli scritti maggiori di Tocqueville, come quelli di altri 'classici', hanno ricevuto nel tempo interpretazioni plurali. Spesso anche le più interessanti sono frutto di alcune forzature che mirano a utilizzarne le pagine per affrontare problemi politici — talora geopolitici — dell'epoca dell'interprete. Le interpretazioni più recenti cercano, in particolare, di rispondere all'attuale crisi del liberalismo e della democrazia, che viene interpretata *in primis* come l'esito della rottura del legame sociale. Pur essendo molto rilevanti, tali letture — quando addirittura non fanno di Tocqueville un autore vicino al comunitarismo⁽²³⁾ — tendono a enfatizzare i tratti repubblicani del suo pensiero, poiché per Tocqueville la libertà

(21) A questa espressione ricorre lo stesso Tocqueville, cfr., ad esempio, A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, a cura di G. Candeloro, Milano, Biblioteca Universale Rizzoli, 1996⁶, p. 29.

(22) Il termine è più volte richiamato da Volpi, che dedica alla « filosofia della storia » di Tocqueville il primo capitolo del libro.

(23) Cfr. ad esempio A. BLOOM, *The Closing of the American Mind*, New York, Simon & Schuster, 1987; discute in parte il tema, mettendo in relazione Tocqueville a Arendt, S.D. JACOBBITI, *Individualism & Political Community: Arendt & Tocqueville on the Current Debate in Liberalism*, in « Polity », XXIII (1991), 4, pp. 586-604.

individuale, che è al centro del suo sistema di valori, non può esistere senza la libertà politica (24). L'«ottima repubblica» è infatti per lui quella che permette il fiorire della libertà individuale, intesa, però, non come mera libertà negativa (25) e neppure come indipendenza (26), ma come possibilità per l'individuo di dispiegare interamente la propria personalità, senza essere oppresso dallo Stato o dal bisogno. La libertà dal dominio dipende dunque dalla possibilità di partecipare attivamente alla vita politica. Tocqueville può dunque essere considerato un pensatore repubblicano nell'accezione di Pocock (27), per il quale, come ha scritto Luca Baccelli: « i teorici repubblicani condividono la tesi dell'etica aristotelica secondo la quale l'uomo è *zōon politikón* e la *polis* la condizione necessaria dell'*eu zen* » (28).

Il legame di Tocqueville alla tradizione aristotelica è sottolineato da un altro filone delle interpretazioni contemporanee, che tendono ad avvicinarlo ad Hannah Arendt, presentandolo come un teorico della partecipazione sociale e di una libertà che si esprime nella *vita activa*. Tutti elementi presenti nella riflessione tocquevilliana, ma sui quali oggi si insiste anche perché sembrano rappresentare una via d'uscita dall'isolamento narcisistico postmoderno. Arendt ha del resto in più occasioni riconosciuto il proprio debito nei confronti di Tocqueville (29) e molti sono i punti di contatto fra le sue riflessioni e quelle del pensatore francese: dalla critica dell'individualismo e del materialismo, all'analisi della nascita del dispotismo, alla centralità che nel loro pensiero assumono la partecipazione civica, l'associazionismo e

(24) Per un'illustrazione sintetica dei principi della tradizione repubblicana cfr. M. VIROLI, *Repubblicanesimo*, Roma-Bari, Laterza, 1999 e S. AUDIER, *Les théories de la république*, Paris, La Découverte, 2004. Per un approfondimento delle radici della corrente repubblicana statunitense cfr. B. CASALINI, *Nei limiti del compasso. Locke e le origini della cultura costituzionale americana*, Milano, Mimesis, 2002.

(25) Sulla nozione di « libertà negativa » cfr. il classico I. BERLIN, *Quattro saggi sulla libertà*, Milano, Feltrinelli, 1989.

(26) Per la tradizione repubblicana la libertà politica coincide in primo luogo con l'assenza di dipendenza, « intesa come la condizione dell'individuo che non dipende dalla volontà arbitraria di altri individui o di istituzioni che possono opprimerlo impunemente se lo vogliono » (VIROLI, *Repubblicanesimo*, cit., p. 19).

(27) J.G.A. POCKOCK, *Il momento machiavelliano*, Bologna, il Mulino, 1980.

(28) L. BACCELLI, *Critica del repubblicanesimo*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 5.

(29) Cfr. JACOBETTI, *Individualism & Political Community*, cit., p. 586.

le istituzioni locali come luoghi di esercizio della democrazia, all'ammirazione per il sistema costituzionale statunitense e per il federalismo, all'importanza che entrambi assegnano all'educazione⁽³⁰⁾. Chi avvicina Tocqueville ad Arendt talora considera entrambi come esponenti del liberalismo repubblicano⁽³¹⁾.

Volpi non si interessa, se non per un breve accenno alla critica arendtiana del paradigma dell'*animal laborans* (p. 244), ai punti di contatto fra il pensiero di Arendt e quello di Tocqueville, mentre considera con attenzione l'interpretazione che ha collocato il secondo fra i pensatori repubblicani e anche per questo propone un confronto fra la sua riflessione e quella di Machiavelli. Si tratta del primo di quattro confronti che sono sviluppati nel libro. Oltre a Machiavelli, Volpi prende in considerazione Montesquieu, Pascal e Chateaubriand, ritenendoli gli autori che più hanno influenzato Tocqueville. Sceglie invece di tralasciare un altro confronto interessante e altrettanto significativo per l'interpretazione della teoria democratica tocquevilliana, quello con l'opera di Rousseau⁽³²⁾.

2. *Confronti.*

2.1. *Tocqueville e Machiavelli.*

Oltre che al filone repubblicano, Tocqueville e Machiavelli sono ascrivibili per Volpi alla tradizione realista. Tuttavia, egli nota come « Tocqueville si serva degli strumenti e delle categorie del

⁽³⁰⁾ Cfr. per alcuni di questi aspetti, *ivi*; S. SERTDEMİR ÖZDEMİR, *La liberté politique selon Arendt et Tocqueville*, in « The Tocqueville Review/La Revue Tocqueville », XXXIV (2013), 1, pp. 193-209. Volgendo lo sguardo a una tematica diversa, ho evidenziato i nessi fra la riflessione tocquevilliana sul colonialismo britannico e quella svolta da Arendt ne *Le origini del totalitarismo*, in RE, *Il liberalismo coloniale*, cit.

⁽³¹⁾ Cfr. in particolare M. LLOYD, *In Tocqueville's Shadow: Hannah Arendt's Liberal Republicanism*, in « The Review of Politics », LVII (1995), 1, pp. 31-58.

⁽³²⁾ Il debito di Tocqueville nei confronti di Rousseau è rilevato da molti autori. Come ha ricordato Roberto Giannetti (*Alla ricerca di una « scienza politica nuova »*, cit., edizione digitale), vi è addirittura chi, come Wilhelm Hennis (ne *La « scienza politica nuova » di Tocqueville*, in « Comunità », XXXVIII (1984), 186, pp. 95-101), ha sostenuto che Tocqueville è molto più vicino al pensatore ginevrino di quanto non lo sia a Montesquieu. Al di là delle opere maggiori, numerose 'tracce rousseauviane' sono presenti negli scritti coloniali di Tocqueville (cfr. RE, *Il liberalismo coloniale di Alexis de Tocqueville*, cit.).

realismo politico (creandone anche di nuove) per raggiungere un obiettivo di ordine ideale » (p. 90). Per Tocqueville, le singole scelte politiche sono dettate dalla valutazione pratica delle contingenze e sono ordinate da esigenze di *Realpolitik*. Tuttavia, a questo primo livello se ne affianca un altro che identifica in termini normativi i valori da realizzare, in particolare il valore della libertà, intesa sia in senso individuale che con riferimento alla comunità politica (cfr. p. 91). La « scienza politica nuova »⁽³³⁾ mira dunque a comprendere le dinamiche in atto e a orientarle secondo questo obiettivo di natura etica. Essa ha anche un valore predittivo: cerca di individuare gli scenari futuri per arginare le tendenze che possono portare alla degenerazione della libertà. Il « pessimismo politico » (p. 98) sarebbe, secondo Volpi, il tratto caratterizzante del realismo tocquevilliano, teso, potremmo dire, a individuare un *katéchon* che rallenti la degenerazione democratica. Una simile interpretazione, potremmo aggiungere, appare coerente con il ruolo che Tocqueville assegna alla religione, in particolare a quella cristiana, come « istituzione politica »⁽³⁴⁾ nella democrazia.

Com'è noto, Tocqueville giudicava Machiavelli, di cui aveva letto *Il Principe* e le *Istorie fiorentine*, un pensatore amorale e lo biasimava per questo. Per Volpi egli è tuttavia, insieme a Montesquieu, il principale riferimento della riflessione politica di Tocqueville.

2.2. *Tocqueville e Montesquieu.*

Proprio a Montesquieu Volpi dedica il secondo confronto presente nel libro, sottolineando come Tocqueville si misuri costantemente con le sue pagine, in particolare con quelle de *L'Esprit des lois*, pur esplicitando solo saltuariamente questo riferimento. Luis Díez del Corral ha spiegato questa mancata esplicitazione con il fatto

⁽³³⁾ Com'è noto, l'espressione è di Tocqueville che, nell'Introduzione alla *Democrazia in America*, scrive che « A un mondo completamente nuovo occorre una nuova scienza politica » (TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., p. 22). Questa non è tuttavia definita nelle sue pagine.

⁽³⁴⁾ Ne *La democrazia in America*, Tocqueville intitola un paragrafo « La religione considerata come istituzione politica: come essa contribuisce potentemente alla conservazione della repubblica democratica in America » (TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, cit., libro II, cap. IX, pp. 290-293).

che le opere di Montesquieu erano considerate dalla classe colta francese un riferimento imprescindibile, una sorta di *acquis* che non era neppure necessario citare ⁽³⁵⁾. Per Volpi, invece, Tocqueville tenderebbe a nascondere i riferimenti a Montesquieu perché egli nutrirebbe nei suoi confronti un atteggiamento ambivalente: da una parte, l'ammirazione; dall'altra, il timore di essere considerato soltanto come un suo epigono. Uno studioso autorevole di Tocqueville come Jean-Jacques Chevallier è del resto giunto a indicare in lui un « doppio » di Montesquieu calato nelle dinamiche del secolo successivo ⁽³⁶⁾. Senza arrivare a tanto, sono molti gli studi che hanno rilevato le affinità fra i due pensatori, sia sul piano del metodo che delle posizioni filosofico-politiche (e filosofico-giuridiche) ⁽³⁷⁾. Volpi ripercorre le principali, sottolineando inoltre come il metodo comparativo cui entrambi ricorrono metta in evidenza il loro « eurocentrismo », che tuttavia non è, a suo avviso, classificabile come un radicale « etnocentrismo ». Infatti:

se è indiscutibile che i due autori esprimano giudizi di valore nelle loro opere, è altrettanto vero che da un punto di vista metodologico le loro analisi conservano uno statuto non dogmatico. Si può pertanto dire che la loro sociologia si articola su due livelli: c'è il piano della ricerca oggettiva, realizzata anche e soprattutto attraverso il

⁽³⁵⁾ L. DIEZ DEL CORRAL, *Tocqueville. Formazione intellettuale e ambiente storico*, Bologna, il Mulino, 1996.

⁽³⁶⁾ J.-J. CHEVALLIER, *Prefazione*, in J.-C. LAMBERTI, *La notion d'individualisme chez Tocqueville*, Paris, PUF, 1970, p. III, dove Chevallier definisce Tocqueville il « Montesquieu du XIXème siècle ». Volpi ricorda questa interpretazione ma la rifiuta, sottolineando le differenze fra i due pensatori (p. 113).

⁽³⁷⁾ Cfr. la nota analisi di Aron che li inserisce entrambi fra i fondatori della sociologia, sostenendo che Tocqueville stesso considerava la sua teoria delle società democratiche moderne come un ampliamento e un ammodernamento della concezione di Montesquieu (ARON, *Le tappe del pensiero sociologico*, cit., in particolare p. 226). Si vedano anche *ex multis* M. RICHTER, *Comparative Political Analysis in Montesquieu and Tocqueville*, in « Comparative Politics », I (1969), 2, pp. 129-160; C. CASSINA, *Un'eredità scomoda? Sulle tracce montesquieuiane in Tocqueville*, in *Montesquieu e i suoi interpreti*, a cura di D. Felice, Pisa, ETS, 2005, pp. 569-588; P.O. CARRESE, *Democracy in Moderation: Montesquieu, Tocqueville, and Sustainable Liberalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018; F. DE SANCTIS, *L'invenzione della giustizia tra ius e lex. Legislatori, giudici e giuristi Hobbes, Montesquieu e Tocqueville*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013.

metodo comparativo, e c'è poi il piano sovrastrutturale dei giudizi di valore, da cui emergono le posizioni personali dei due autori. Inoltre, lo scarto tra i due livelli di analisi si fa più grande (e dunque sono più insistenti le valutazioni soggettive) quando il discorso scientifico verte su popoli e società non occidentali; viceversa, si assottiglia fino a scomparire quando vengono analizzate o confrontate tra loro le esperienze europee (p. 117).

Si tratta di una valutazione non scontata, poiché, da una parte, il « relativismo » o, viceversa, il cosmopolitismo montesquieuiano sono stati oggetto di importanti analisi ⁽³⁸⁾ e, dall'altra, questo aspetto è invece rimasto più in ombra nella letteratura su Tocqueville. Per Volpi nessuno dei due autori avrebbe aderito a una forma forte di relativismo, ma in entrambi emergerebbe chiaramente una gerarchia tra modelli culturali, al cui vertice si trova la cultura giuridica e politica occidentale. Forse sul tema si sarebbe potuto indagare di più, sia sotto il profilo delle differenze che delle analogie, non solo richiamando la discussione in merito alle opere di Montesquieu, ma anche considerando non solo gli scritti più noti di Tocqueville, ma anche i suoi assai trascurati scritti coloniali ⁽³⁹⁾ e il suo carteggio con Arthur de Gobi-

⁽³⁸⁾ Cfr., ad esempio, M.P. MASTERSON, *Rights, relativism, and religious faith in Montesquieu*, in « Political Studies », XXIX (1981), 2, pp. 204-216; Sulla contraddizione fra relativismo e universalismo in Montesquieu, cfr. I. BERLIN, *Controcorrente. Saggi di storia delle idee*, Milano, Adelphi, 2000, pp. 195-240; sulla sua intenzione di favorire un immaginario cosmopolita, cfr. G. LLOYD, *Imagining Difference: Cosmopolitanism in Montesquieu's Persian Letters*, in « Constellations », XIX (2012), 3, pp. 480-493.

⁽³⁹⁾ Questi sono perlopiù raccolti oggi nel III tomo, volume 1, delle *Œuvres complètes* di Tocqueville pubblicate da Gallimard (A. DE TOCQUEVILLE, *Œuvres complètes*, édition définitive sous la direction de J.P. Mayer, Paris, Gallimard, 1951-1998). A questi scritti si aggiungono gli appunti che Tocqueville prese in occasione dei due viaggi che fece in Algeria, i quali si trovano invece nel tomo V, volume 2 della stessa edizione. Una selezione degli scritti sull'Algeria è stata pubblicata in italiano in A. DE TOCQUEVILLE, *Scritti, note e discorsi politici 1839-1852*, a cura di U. Coldagelli, Torino, Bollati Boringhieri, 1994. Si deve a Coldagelli anche la traduzione in italiano degli appunti relativi al viaggio in Algeria del 1841 e dei frammenti del diario tenuto da Tocqueville in occasione del suo secondo viaggio nel paese avvenuto nel 1846 (cfr. A. DE TOCQUEVILLE, *Viaggi*, a cura di U. Coldagelli, Torino, Bollati Boringhieri, 1997). Infine, Paolo Ercolani ha tradotto e pubblicato alcuni passi degli scritti coloniali di Tocqueville dedicati alla religione indù e a quella musulmana in TOCQUEVILLE, *Un ateo liberale*, cit.

neau ⁽⁴⁰⁾, dove i tratti di quello che definirei il suo « universalismo etnocentrico » ⁽⁴¹⁾ emergono in piena luce.

Un importante punto di contatto fra Montesquieu e Tocqueville riguarda, com'è noto, più specificamente, la concezione della legge e dei costumi. Entrambi — rileva Volpi — considerano che la vita delle comunità si articola secondo due dimensioni: quella « profonda della società civile, con la sua rete di elementi materiali e spirituali, e quella più esteriore della politica, che della prima rappresenta una sorta di riflesso razionale e intellegibile » (p. 126). A questa impostazione dualistica si riconducono sia la nozione montesquieuiana di « spirito dei popoli », sia l'idea tocquevilliana che vi sia un andamento generale degli eventi difficilmente modificabile dall'intervento umano. Si potrebbe aggiungere che Tocqueville utilizza espressamente nozioni molto vicine a quelle che troviamo ne *Lo spirito delle leggi*, quale quella di « carattere nazionale » che ne *La democrazia in America* sembra giocare un ruolo analogo a quello che Montesquieu aveva attribuito allo « spirito generale della nazione » ⁽⁴²⁾. Tocqueville considera il « carattere nazionale » come una variabile di ordine sociale, notevolmente condizionata dall'organizzazione economica ⁽⁴³⁾. Gli elementi naturali che caratterizzano un paese, quali la posizione geografica, la grandezza, il clima e la qualità dei terreni ⁽⁴⁴⁾, possono per lui influenzare il « carattere nazionale » degli abitanti. Questi possono però adottare strategie diverse per sfruttare i vantaggi e contrastare gli svantaggi legati alle caratteristiche fisiche del proprio territorio. Infine, come lo « spirito

⁽⁴⁰⁾ Cfr. A. DE GOBINEAU, A. DE TOCQUEVILLE, *Del razzismo. Carteggio 1843-1859*, a cura di L. Michelini Tocci, Roma, Donzelli, 2008².

⁽⁴¹⁾ Cfr. RE, *Il liberalismo coloniale di Alexis de Tocqueville*, cit., p. 135.

⁽⁴²⁾ Per Montesquieu lo « spirito generale della nazione » è il risultato dell'influenza che su una determinata popolazione hanno i diversi fattori che « governano gli uomini », in particolare « il clima, la religione, le leggi, le massime di governo, gli esempi dell'antichità, i costumi, le usanze » (C.L. DE SECONDAT DE MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, Milano, Biblioteca Universale Rizzoli, 1967, Libro XIX, cap. IV, p. 379). Lo « spirito generale della nazione » non è dunque un elemento naturale e invariabile.

⁽⁴³⁾ Quella che Montesquieu individua in base alle modalità attraverso le quali un popolo si procura il sostentamento (cfr. sul punto S. LANDUCCI, *I filosofi e i selvaggi, 1580-1780*, Roma-Bari, Laterza, 1972, p. 409).

⁽⁴⁴⁾ Cfr. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, cit., vol. I, parte III.

generale della nazione » in Montesquieu, così anche il « carattere nazionale » nell'opera di Tocqueville sembra indicare anche la visione che i cittadini hanno di se stessi e del proprio paese. Il « carattere nazionale » è dunque anche una forma di « ideologia nazionale » ⁽⁴⁵⁾ che può evolvere nel tempo, sebbene lentamente ⁽⁴⁶⁾. In questo senso, lo « schema ermeneutico pessimista » (p. 113) più che rappresentare, come sostiene Volpi, « un postulato inderogabile dell'analisi che i due autori compiono della storia universale » (*ibidem*) appare il risultato dell'adesione a tale impostazione dualistica. L'intervento sulla « natura delle cose » è infatti necessariamente complesso e deve tenere conto dei diversi piani in cui si articola la realtà sociale e politica. Mi pare che Volpi tenda invece ad accentuare il senso di impotenza che deriverebbe in Tocqueville da una forma di « determinismo sociologico » (p. 123). Secondo Volpi, sia per Montesquieu che per Tocqueville, « le cause profonde restano al di fuori del controllo umano » (p. 127).

Certamente, Tocqueville è debitore della lezione di Montesquieu e talvolta sembra utilizzarne il lessico anche perché, come ricordato, esso era parte dello strumentario concettuale e retorico del suo tempo. E tuttavia, mi pare difficile trovare nel suo pensiero un riferimento rigoroso a « cause generali » in grado di portare con sé « tutti gli accidenti particolari » (*ibidem*) ⁽⁴⁷⁾. A me pare piuttosto che si possano riconoscere nella sua filosofia i caratteri che Pier Paolo Portinaro ravvisa nel paradigma del realismo tucidideo, nel quale: « La ricostruzione storica ancora la varietà dei suoi contenuti alla permanenza di una struttura generale dei mutamenti. Ma alla generalizzazione e alla definizione delle uniformità essa perviene attraverso un'ermeneutica delle situazioni » ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁵⁾ Tzvetan Todorov interpreta così lo « spirito generale della nazione » nel pensiero di Montesquieu (cfr. T. TODOROV, *Noi e gli altri: la riflessione francese sulla diversità umana*, Torino, Einaudi, 1991, p. 429). Mi pare che tale interpretazione si adatti anche alla nozione di « carattere nazionale » cui ricorre Tocqueville.

⁽⁴⁶⁾ Ivi, p. 430. Cfr. anche J.-C. LAMBERTI, *Tocqueville et les deux démocraties*, Paris, PUF, 1983, *Introduction*.

⁽⁴⁷⁾ E del resto anche sul presunto determinismo di Montesquieu molto si potrebbe dire, cfr. ad esempio l'analisi di BERLIN, *Controcorrente. Saggi di storia delle idee*, cit., pp. 195-240.

⁽⁴⁸⁾ P.P. PORTINARO, *Il realismo politico*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 33.

Le ‘profezie’ di Tocqueville dunque sono in realtà, come Volpi stesso riconosce, delle prognosi che nascono dall’analisi di realtà storiche e sociali determinate (49). Talora, poi, il riferimento alla ineluttabilità e persino al carattere provvidenziale di alcuni processi storici — a partire dall’affermazione dell’eguaglianza delle condizioni — assolve anche una funzione retorica e mira a sbarrare la strada a nostalgie conservatrici (50).

Tornando al confronto fra Tocqueville e Montesquieu, va notato come Volpi consideri le implicazioni repubblicane del pensiero di quest’ultimo, sottolineando anche nel suo caso la centralità del valore della libertà e il suo collegamento con la partecipazione politica. Sia per Tocqueville che per Montesquieu l’« interesse ben inteso », lo spirito civico e la presenza di corpi intermedi sono baluardi della libertà.

Più canonica, mi pare l’analisi che Volpi compie delle diffe-

(49) L’attitudine ‘profetica’ di Tocqueville è stata evidenziata da alcuni dei suoi principali interpreti novecenteschi, a partire da Jean-Paul Mayer e Raymond Aron (cfr. J.-P. MAYER, *Prophet of the Mass Age: a Study of Alexis de Tocqueville*, London, J. M. Dent & Sons Ltd., 1939, poi ripubblicato con il titolo *A. de Tocqueville: A Biographical Study in Political Science*, New York, Harper & Brothers, 1960; e R. ARON, *Dix-huit leçons sur la société industrielle*, Paris, Gallimard, 1962). Il carattere profetico della riflessione tocquevilliana è inoltre stato enfatizzato dalla pubblicistica e persino da alcuni protagonisti politici degli anni Cinquanta del Novecento, come il Presidente degli Stati Uniti Eisenhower che, come ricorda Françoise Mélonio, ne fece l’annunciatore della Guerra fredda (cfr. MÉLONIO, *Tocqueville et les Français*, cit., in particolare cap. 6). Molti critici contemporanei rifiutano questa interpretazione. È il caso ad esempio di Alan Kahan, secondo il quale la capacità di previsione attribuita a Tocqueville è solo apparente e risulta da una proiezione delle preoccupazioni dei lettori contemporanei sui testi di autori quali Tocqueville, John Stuart Mill o Jacob Burckhardt, le cui analisi avevano certamente colto alcuni tratti caratteristici delle società industriali che andavano consolidandosi nel corso dell’Ottocento (A.S. KAHAN, *Aristocratic Liberalism. The Social and Political Thought of Jacob Burckhardt, John Stuart Mill, and Alexis de Tocqueville*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1992, in particolare p. 164). Come ha sostenuto Nicola Matteucci, tuttavia, Tocqueville riesce in parte a chiarire anche alcuni meccanismi tipici delle società contemporanee (cfr. MATTEUCCI, *Alexis de Tocqueville*, cit., p. 92). Per Kahan sono proprio le radici pre-moderne del pensiero di Tocqueville, come degli altri due autori che egli ascrive alla categoria dei « liberali aristocratici », a consentire alle loro visioni politiche di sopravvivere in epoca postmoderna.

(50) Ha richiamato la questione Nicola Matteucci. Cfr. N. MATTEUCCI, *Alla ricerca dell’ordine politico. Da Machiavelli a Tocqueville*, Bologna, il Mulino, 1984, p. 212; anche in ID., *Alexis de Tocqueville*, cit.

renze fra il pensiero di Montesquieu e quello di Tocqueville, che riguardano in primo luogo la diversa visione del rapporto fra aristocrazia e democrazia, la concezione del dispotismo — che Tocqueville riprende da Montesquieu ma poi sviluppa in modo più complesso, andando oltre la sua rappresentazione come una tipologia autonoma di governo per farne « il doppio negativo connaturato a ogni forma di governo » (p. 133) — e, infine, la valutazione del « governo misto » ⁽⁵¹⁾.

Fra gli autori che più hanno influenzato Tocqueville — e dei quali questi si riconosce debitore — vi sono poi certamente Pascal e Chateaubriand. Volpi dedica al confronto fra loro e Tocqueville la seconda parte del secondo capitolo del libro, sostenendo che essi abbiano contribuito a plasmare in profondità la personalità di Tocqueville e, in particolare, la sua concezione della libertà, della fede e dell'umanità.

2.3. *Tocqueville e Chateaubriand.*

Nel confronto fra Tocqueville e Chateaubriand, Volpi segue traiettorie conosciute, sottolineando come fossero legati sul piano familiare e ricordando come il loro orizzonte fosse accomunato dall'appartenenza all'aristocrazia (cfr. cap. 2, par. 3.2). Inoltre, com'è noto, il viaggio americano di Tocqueville era avvenuto sulla scia di quello dell'autorevole parente, i cui scritti ⁽⁵²⁾ egli aveva sempre presenti, benché intendesse distanziarsene ⁽⁵³⁾. Sia Chateaubriand che Tocqueville mostrano poi un attaccamento alla fede cristiana. Il primo muove dalla superiorità del cristianesimo per proporre la restaurazione in una chiave politica conservatrice, mentre il secondo è più attento alla dimensione spirituale della fede e

⁽⁵¹⁾ Si tratta com'è noto della forma di governo che combina elementi monarchici, aristocratici e democratici elogiata da Montesquieu come forma moderata di governo e rifiutata invece da Tocqueville che la considerava come il tipo di governo cui giunge una società prima della sua dissoluzione o di un sommovimento rivoluzionario.

⁽⁵²⁾ Cfr. F.-R. DE CHATEAUBRIAND, *Viaggio in America*, Torino, Pintore, 2007, pubblicato originariamente nel 1827, e i precedenti racconti *René* e *Atala*, poi inclusi in ID., *Genio del cristianesimo*, Milano, Bompiani, 2008.

⁽⁵³⁾ Cfr. M. FUMAROLI, *Chateaubriand et Tocqueville*, in « *Revue des deux mondes* », 2003, pp. 23-78, in particolare, p. 27.

all'influenza della religione cristiana sulla democrazia. In entrambi si ravvisano infine tratti romantici: la critica al dilagare del razionalismo cartesiano e all'individualismo di matrice illuminista; la diffidenza nei confronti del materialismo borghese.

2.4. *Tocqueville e Pascal.*

Anche il raffronto che Volpi delinea fra Tocqueville e Pascal muove dal dato biografico dell'educazione giansenista ricevuta dal primo. Anche su questo aspetto non manca la letteratura ⁽⁵⁴⁾. Volpi riprende i temi del pessimismo pascaliano e tocquevilliano, della consapevolezza della fragilità umana, della tensione verso la trascendenza. La religiosità di Tocqueville è tuttavia tormentata, come lui stesso confessa nella corrispondenza. Del cristianesimo rimane dunque soprattutto la valorizzazione della dimensione spirituale di cui l'uomo non può fare a meno e che coincide con la sua ricerca della libertà. « Tocqueville — scrive Volpi — si rivolge all'uomo nella sua dimensione terrena, mantenendo una prospettiva storica, secolare in un certo senso (sebbene mai materialista). Proprio per questo, le sue riflessioni sulla natura e sul senso della vita umana anticipano i temi fondamentali dell'esistenzialismo maturo » (pp. 144-145). Si tratta di un'affermazione impegnativa, sulla quale avremo modo di tornare. Essa avrebbe dovuto forse essere argomentata con riferimenti puntuali, anche per illustrare meglio a quale filone della riflessione esistenzialista sia eventualmente opportuno accostare alcune riflessioni o posture tocquevilliane.

Vi è tuttavia un altro aspetto problematico nel modo in cui è condotto questo confronto. Volpi insiste infatti nel sostenere che l'influenza di Pascal su Tocqueville riguarderebbe il Tocqueville uomo, la sua opinione sul senso della vita, sulla natura umana, su Dio e sulla fede. Scrive infatti che l'interesse di Tocqueville per Pascal: « è, innanzitutto, una fascinazione morale, filosofica e ancor

⁽⁵⁴⁾ Cfr., ad esempio, A. ANTOINE, *L'impensé de la démocratie: Tocqueville, la citoyenneté et la religion*, Paris, Fayard, 2003; J.T. SCHLEIFER, *Tocqueville, Religion, and Democracy in America: Some Essential Questions*, in « American Political Thought », III (2014), 2, pp. 254-272; D.A. SELBY, *Tocqueville's Politics of Providence: Pascal, Jansenism and the Author's Introduction to Democracy in America*, in « The Tocqueville Review/La Revue Tocqueville », XXXIII (2012), 2, pp. 167-190.

più religiosa. È una consonanza profonda in merito alle questioni davvero decisive dell'esistenza, quelle cioè sul significato, sul fine della vita umana e sul rapporto con la trascendenza » (p. 149).

Tali questioni sono tuttavia fortemente intrecciate con il suo pensiero politico. Si pensi al ruolo della religione nella democrazia: la religione, se temperata, è utile alla democrazia e a preservare la libertà individuale. Tuttavia, questa utilità non è meramente strumentale, ma si collega all'esigenza che gli esseri umani hanno di coltivare la propria spiritualità ⁽⁵⁵⁾ e al carattere in primo luogo morale della libertà stessa.

L'influenza del giansenismo si nota anche nella particolare nozione di Provvidenza cui Tocqueville ricorre e che è stata oggetto di un vasto dibattito esegetico. Volpi accoglie l'idea che Tocqueville creda profondamente al carattere provvidenziale dei processi storici sui quali si sofferma e che questa visione provvidenzialistica della storia lo renda consapevole del destino ineluttabile dell'umanità. Egli tratteggia dunque un Tocqueville credente tormentato dal dubbio — prendendo anche in questo caso una posizione molto chiara all'interno di un lungo dibattito interpretativo ⁽⁵⁶⁾ — ma convinto che vi sia un disegno divino dietro alla spinta alla democratizzazione. Egli non comprenderebbe le ragioni alla base di questo disegno. Ne vedrebbe tuttavia il portato distruttivo: la fine dei legami sociali, dei corpi intermedi, delle strutture di autogoverno che caratterizzavano la società feudale e, in definitiva, la fine della libertà.

Si tratta, a mio parere, di una interpretazione che offusca il senso del progetto tocquevilliano, in primo luogo di quello portato avanti ne *La democrazia in America*. È proprio l'influenza giansenista

⁽⁵⁵⁾ Sulla derivazione pascaliana di questa doppia dimensione della religione, in particolare del cristianesimo, cfr. SCHLEIFER, *Tocqueville, Religion, and Democracy in America*, cit., in particolare p. 265.

⁽⁵⁶⁾ I riferimenti alla religione e anche alla fede personale sono numerosi nell'opera e nella corrispondenza di Tocqueville. In realtà, egli non si definì mai credente, ma mostrò un forte attaccamento affettivo alla fede alla quale era stato educato nell'infanzia e, sia affettivo che intellettuale, ai valori del cristianesimo. Fra le diverse posizioni in merito, si può vedere: A. JARDIN, *Alexis de Tocqueville*, Milano, Jaca Book, 1994, in particolare pp. 503-508; P. ERCOLANI, *Il liberalismo degli antichi e dei moderni. Religione e politica in Alexis de Tocqueville*, in TOCQUEVILLE, *Un ateo liberale*, cit., pp. 20-37; ANTOINE, *L'impensé de la démocratie*, cit.

che invece chiarisce la particolare tensione presente nelle pagine di Tocqueville fra disegno provvidenziale e progetto pedagogico, una tensione che, come già accennato, non manca di avere anche un risvolto retorico significativo. Come ha sostenuto David A. Selby, ne *La democrazia in America*, accanto al riferimento esplicito all'opera di Bossuet ⁽⁵⁷⁾, è presente una concezione giansenista di Provvidenza ⁽⁵⁸⁾. Questa idea, oltre a ispirare più direttamente l'Introduzione della prima *Démocratie*, sembra adeguata anche ad altri passi dell'opera tocquevilliana e della corrispondenza e, più in generale, al suo atteggiamento nei confronti della politica. I giansenisti utilizzavano il riferimento al piano divino per riconciliare il credente con gli avvenimenti, per poi spronarlo ad agire nello spazio dell'opportunità politica offerto dalla Provvidenza stessa ⁽⁵⁹⁾. Il disegno provvidenziale è, in quest'ottica, solo parzialmente intellegibile agli esseri umani, i quali, nell'incertezza, devono in primo luogo attenersi al principio di agire secondo virtù.

La « scommessa » pascaliana, come ha sostenuto Pierre Manent nella sua magistrale interpretazione ⁽⁶⁰⁾, è una scelta fatta dalla volontà, animata dal desiderio di felicità, cui la ragione, riconoscendo il proprio limite, dà il mandato di decidere. La ragione e la volontà sono dunque attive e giocano un ruolo importante, benché l'essere umano sia immerso nell'incertezza. Ne *La democrazia in America*, seguendo la lezione di Pascal, Tocqueville, muove dall'osservazione, svolge un'analisi razionale degli eventi, e solo successivamente inserisce il riferimento a Dio e al disegno provvidenziale ⁽⁶¹⁾. L'intento è fortemente persuasivo: egli vuole convincere i nostalgici dell'aristocrazia ad accettare la democrazia e orientarla in senso moderato, salvando gli elementi aristocratici che favoriscono la difesa della libertà individuale, trasformandoli per adattarli al nuovo « état social ». Non di vuota retorica si tratta, tuttavia, ma di un convincimento profondo che è influenzato dalla lettura di Pascal.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. SELBY, *Tocqueville's Politics of Providence*, cit. Il riferimento è in particolare al *Discours sur l'histoire universelle* (1681).

⁽⁵⁸⁾ Cfr. SELBY, *Tocqueville's Politics of Providence*, cit.

⁽⁵⁹⁾ Ivi, p. 169.

⁽⁶⁰⁾ P. MANENT, *Pascal et la proposition chrétienne*, Paris, Grasset, 2022.

⁽⁶¹⁾ Cfr. SELBY, *Tocqueville's Politics of Providence*, cit., p. 176.

L'idea di Provvidenza serve dunque a orientare gli individui nel mondo e a strutturare la scelta morale ⁽⁶²⁾: « Tocqueville's use of Providence is one that begins with the unaided use of human reason and ends with a call to choose » ⁽⁶³⁾.

Inoltre, vale la pena rilevare che l'influenza di Pascal — probabilmente unitamente a quella diretta di Montaigne e a quella di Rousseau, nei confronti del quale egli era pur critico — consente a Tocqueville di soffermarsi sulla psicologia degli esseri umani, di prestare attenzione alle passioni: l'invidia e la vanità che animano la competizione nella società democratica; il senso di incertezza; il rischio del ripiegamento su se stessi e, in definitiva di perdita delle passioni da parte dell'Io narcisista ⁽⁶⁴⁾. Queste passioni, sia individuali che collettive, non sono tuttavia irresistibili. Per Tocqueville, esse possono essere educate e così condurre a esiti diversi ⁽⁶⁵⁾.

Infine, Volpi avrebbe dovuto riconoscere maggiormente l'influenza di Pascal sul pensiero politico di Tocqueville perché coerente con la sua concezione della libertà. Egli ne dà infatti un'interpretazione decisa, non solo scegliendo il campo di coloro che pongono Tocqueville fra i liberali aristocratici ⁽⁶⁶⁾, ma anche — a mio avviso correttamente — riprendendo l'analisi tracciata da Anna Maria Battista e Nicola Matteucci, per i quali la libertà per lui ha soprattutto un valore etico e si collega alla « possibilità di autorealizzazione dell'uomo » ⁽⁶⁷⁾. Questa concezione, che è il fulcro del pensiero politico di Tocqueville, ha chiaramente anche una radice pascaliana: la libertà è in primo luogo intesa in senso spirituale. Del

⁽⁶²⁾ Ivi, p. 178.

⁽⁶³⁾ Ivi, p. 183.

⁽⁶⁴⁾ Per questa interpretazione cfr. E. PULCINI, *L'individuo senza passione. Individualismo moderno e perdita del legame sociale*, Torino, Bollati Boringhieri, 2001.

⁽⁶⁵⁾ Un tema, questo, caro a una lettrice di Tocqueville come Elena Pulcini. Cfr. E. PULCINI, *Tra cura e giustizia*, Torino, Bollati Boringhieri, 2020, cap. 7. Oltre che tener presente le analisi tocquevilliane, Pulcini dialoga con Martha Nussbaum (cfr. M. NUSSBAUM, *L'intelligenza delle emozioni*, Bologna, il Mulino, 2004). Più specificamente, sulla psicologia della libertà in Tocqueville — e sulle sue radici pascaliane — cfr. M. LOCKE MCLENDON, *Tocqueville, Jansenism, and the Psychology of Freedom*, in « American Journal of Political Science », L (2006), 3, pp. 664-675.

⁽⁶⁶⁾ KAHAN, *Aristocratic Liberalism*, cit.

⁽⁶⁷⁾ N. MATTEUCCI, *Per una definizione teorica della libertà*, in « Filosofia politica », VII (1993), 2, p. 283.

resto, se si rifiuta, come Volpi opportunamente fa, l'immagine stereotipata di un Tocqueville studioso delle istituzioni americane, secondo le interpretazioni meno interessanti che si concentrano solo sulla prima *Démocratie*, come potrebbe la sua concezione dell'umanità, di Dio e del senso della vita non influenzare in modo determinante il suo pensiero politico?

3. *Tocqueville esistenzialista?*

Dall'interpretazione che stiamo ripercorrendo emerge un particolare tratto « esistenzialista » (in particolare pp. 135-149, p. 199, p. 247) di Tocqueville: da un lato, il suo pessimismo sarebbe alimentato dalla sensazione di impotenza di fronte al disegno provvidenziale; dall'altro la sua consapevolezza dell'assurdità della vita avrebbe una radice pascaliana. In particolare, sul piano politico, Tocqueville sarebbe consapevole dell'ineluttabile scivolare dell'umanità verso il dispotismo. La libertà sarebbe dunque destinata a finire e di fronte a questo scenario egli si sentirebbe impotente.

L'idea di un Tocqueville esistenzialista è il filo rosso di tutta l'interpretazione di Volpi. Tocqueville, consapevole dell'ineluttabile affermarsi della eguaglianza delle condizioni, sarebbe convinto del carattere divino di questo processo e mostrerebbe nostalgia verso un remoto passato aristocratico. Egli sarebbe inoltre persuaso che l'umanità sia destinata a cadere nella fitta rete oppressiva di un dispotismo democratico che nasce dal controllo che il « *pouvoir social* »⁽⁶⁸⁾ ha sugli individui e si articola in una microfisica che non lascia scampo alla libertà. Tirannide dei Cesari e tirannide della

(68) Sul concetto di « potere sociale » come nozione originale del pensiero tocquevilliano — « *création de Tocqueville* » — cfr. R. BOUDON, *Le pouvoir social: variations sur un thème de Tocqueville*, in « *Revue des sciences morales et politiques* », 1992, pp. 532-538. Sul tema cfr. anche P. MANENT, *Tocqueville et la nature de la démocratie*, Paris, Julliard, 1982, cap. 4. Secondo Boudon, benché Tocqueville non definisca la nozione, il « potere sociale » di cui parla ne *La democrazia in America* è l'insieme dei meccanismi e dei legami che impongono ai singoli un'opinione dominante che il potere politico è, a sua volta, costretto a seguire (cfr. sul punto anche R. BOUDON, *Tocqueville oggi*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2007). Si tratta di un'interpretazione legata a quei capitoli de *La democrazia in America* del 1835, nei quali Tocqueville esplicita il suo timore per una « tirannide della maggioranza ». Per Manent, il « potere sociale » è l'opinione diffusa che

maggioranza sarebbero dunque solo le tappe eventuali di un disegno necessitato che conduce, attraverso il dominio delle coscienze e la centralizzazione del potere, allo Stato tutore. Un Tocqueville, insomma, cui dobbiamo una fenomenologia dell'uomo in condizione di democrazia e, come Volpi suggerisce, vicino alla visione distopica dell'Orwell di *1984* ⁽⁶⁹⁾. Della sua opera possiamo servirci per tracciare una genealogia dei regimi di potere contemporanei, come del resto ha fatto Michel Foucault, suo attento lettore ⁽⁷⁰⁾. Non potremmo tuttavia farne il convinto promotore di quel progetto di ricostruzione antropologica del cittadino democratico in nome del quale il suo pensiero è oggi spesso evocato.

Il suo progetto pedagogico, incentrato sull'educazione alla cittadinanza attraverso la partecipazione alle istituzioni democratiche, sulla dottrina dell'interesse ben inteso, sul culto religioso come ultimo baluardo della comunità, non sarebbe in quest'ottica un vero e proprio piano di salvataggio della libertà nella democrazia, bensì il frutto di un impegno etico individuale o la proiezione di un *ethos* aristocratico, per cui anche di fronte alla sconfitta certa non si può accettare di arrendersi. Tocqueville è in questo senso per Volpi l'autore che analizza la condizione del « suddito democratico » e non il teorico della pedagogia democratica.

L'espressione « suddito democratico » dà il titolo al libro. Essa mi ha fatto immediatamente pensare a un saggio pubblicato da Danilo Zolo nel 2007 per le edizioni Punto Rosso e intitolato *Da cittadini a sudditi. La cittadinanza politica vanificata*, dedicato al regresso in corso nelle democrazie costituzionali. In quel libro Zolo lamentava come la cittadinanza fosse sempre più una pura ascrizione anagrafica che sopravvive come strumento di discriminazione dei non cittadini, svincolata dalla effettività dei diritti fondamentali. Riprendendo le con-

« esercita una pressione continua e quasi irresistibile sullo spirito e l'anima di ognuno » (MANENT, *Tocqueville et la nature de la démocratie*, cit., p. 66).

⁽⁶⁹⁾ G. ORWELL, *1984*, Milano, Mondadori, 2016. Cfr. VOLPI, pp. 224-225.

⁽⁷⁰⁾ Foucault cita espressamente Tocqueville, del quale conosceva anche gli *Scritti penitenziari*, in *Sorvegliare e punire* (cfr. M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, Einaudi, 1976). Sul punto, con particolare riferimento alla *Microfisica del potere* e alla riflessione sulla biopolitica, cfr. VOLPI, p. 220, p. 225, p. 245.

siderazioni già svolte ne *Il principato democratico* (71), egli scriveva inoltre che la democrazia parlamentare aveva ceduto il passo alla « videocrazia » e alla « sondocrazia », che la logica della rappresentanza era surrogata dalla logica della pubblicità commerciale assunta a modello della propaganda politica. E ancora che:

Il potere persuasivo dei grandi mezzi di comunicazione di massa ha vanificato anche gli ultimi residui 'partecipativi' e 'rappresentativi' della democrazia pluralistica à la Schumpeter. I partiti di massa sono scomparsi. Le direzioni centrali dei partiti non ricorrono più alla mediazione comunicativa delle strutture di base e del proselitismo degli iscritti e dei militanti. [...] E mentre l'astensionismo politico tende ad aumentare in tutto il mondo occidentale, a cominciare dagli Stati Uniti, le forze politiche sono sempre più impegnate nelle sofisticate alchimie di riforme elettorali che fanno della volontà del 'popolo sovrano' l'oggetto passivo e inconsapevole dei calcoli di breve periodo della classe politica (72).

Sulla scia di Bobbio, Zolo notava inoltre che:

Si è verificata una inversione del rapporto fra controllori a controllati: i soggetti politici che detengono il potere di comunicare attraverso i grandi mezzi di comunicazione di massa — pubblici e soprattutto privati — si muovono in uno spazio che è al di fuori e al di sopra della cittadinanza. Non sono soltanto sottratti ad ogni controllo democratico ma sono in grado di esercitare un'influenza insinuante sui modelli di consumo e sulle propensioni politiche dei cittadini riducendoli così a nuovi sudditi, a servi inconsapevoli di una tirannia subliminale, obbedienti a un regime di potere in larga parte occulto. [...]. Non sono le grandi ideologie che in questo modo si affermano. Si afferma il loro surrogato impolitico: l'abulia operativa, la docilità sociale, la passività consumistica, la venerazione del potere e della ricchezza altrui, la dipendenza cognitiva e immaginativa, la disposizione a credere (73).

(71) D. ZOLO, *Il principato democratico. Per una teoria realistica della democrazia*, Milano, Feltrinelli, 1992.

(72) D. ZOLO, *Da cittadini a sudditi. La cittadinanza politica vanificata*, Milano, Punto Rosso, 2007, pp. 6-7.

(73) Ivi, p. 7.

Ho voluto riportare queste citazioni perché il Tocqueville che Mattia Volpi disegna nel suo libro è proprio colui che per primo ha identificato le linee di tendenza di questo sviluppo. Le parole di Zolo, autore che — vale la pena ricordarlo — collocava se stesso nell'ambito del realismo politico ⁽⁷⁴⁾, sembrano un 'aggiornamento' della diagnosi tocquevilliana.

Oggi siamo forse più abituati che all'inizio del secolo a questo genere di analisi. Grazie ai numerosi studi pubblicati negli ultimi anni sulla sorveglianza digitale e la democrazia degli algoritmi, siamo ben consapevoli di quanto sia a rischio l'autonomia dei soggetti nelle democrazie contemporanee. Tendiamo però perlopiù ad attribuire al neoliberalismo e all'invasività della tecnologia la responsabilità di trasformarci appunto da cittadini in sudditi. Il libro di Volpi ci ricorda invece come per un grande classico del pensiero politico queste forme di controllo fossero l'esito dell'affermarsi dell'egualianza delle condizioni e del trionfo del modello antropologico e politico della democrazia. Tocqueville dunque parla anche di noi e ci consente di rintracciare le radici moderne del nostro mondo postmoderno. La sua analisi è quindi per certi versi più interessante oggi che non nei Trenta gloriosi, quando sembrava che la promessa democratica della partecipazione potesse essere inverata grazie alla mediazione dei partiti di massa e dei sindacati ⁽⁷⁵⁾.

Valorizzare l'importanza dell'analisi tocquevilliana per l'epoca postmoderna non è tuttavia la stessa cosa che considerare Tocqueville un pensatore postmoderno. Egli fu infatti un autore calato nella realtà politica coeva. Nonostante la sua capacità di previsione non cessi di sorprenderci, in lui può, mi pare, scorgersi un tratto umanista, che lo porta a spendere grandi energie nella costruzione quotidiana della città terrena.

L'analisi di Volpi è dunque convincente e utile alla riflessione

⁽⁷⁴⁾ Sul realismo di Danilo Zolo, cfr. il numero monografico di « Jura gentium » dedicato al suo pensiero: *In mare aperto. Pensare il diritto e la politica con Danilo Zolo*, a cura di L. Baccelli, R. Piroso, L. Re, in « Jura gentium », XVIII (2021), 1, in particolare i saggi di Luigi Ferrajoli, Pietro Costa, Giovanni Mari, Elisa Orrù, Luca Baccelli.

⁽⁷⁵⁾ Anticipatrice in questo senso è la critica di Cornelius Castoriadis (cfr. ad esempio C. CASTORIADIS, *Une société à la dérive. Entretiens et débats 1974-1997*, Paris, Seuil, 2005).

sul presente. Tuttavia, mi pare che essa tenda per alcuni aspetti a privilegiare la linearità e la coerenza della interpretazione — ora appoggiandosi a *La democrazia in America*, ora al contrario rendendo implicitamente dominante il Tocqueville della corrispondenza e delle opere più tarde — finendo per mettere troppo in ombra l'intenzione progettuale e istruttiva di molte sue pagine. Tocqueville è infatti stato un autore molto prolifico e ha scritto testi di natura diversissima, pensati per pubblici diversi, in diverse fasi della sua vita. Vi è chi — è il caso di Anna Maria Battista ⁽⁷⁶⁾ e Jean-Claude Lamberti ⁽⁷⁷⁾ — ha opportunamente sottolineato come i due volumi de *La democrazia in America* siano da considerare come due opere collegate ma distinte:

— per contenuto: perché diverse sono le preoccupazioni principali di Tocqueville (le istituzioni democratiche statunitensi nella prima e l'antropologia dell'uomo democratico nella seconda; la tirannia della maggioranza nella prima e il dispotismo mite nella seconda, etc.);

— per epoca storica: nella prima *Démocratie* è molto presente il ricordo recente della Rivoluzione. Tocqueville proietta l'aristocrazia in un lontano passato, ma si tratta principalmente di una finzione retorica ⁽⁷⁸⁾. Nella seconda *Démocratie* Tocqueville ha invece davanti agli occhi il sistema di governo instaurato dalla Monarchia di luglio e, per molti aspetti, la democrazia realizzata in Francia;

— per orizzonte di riferimento: nella prima *Démocratie* Tocqueville guarda agli Stati Uniti; nella seconda il viaggio è ormai lontano;

— per l'identità dell'autore: l'autore della prima *Démocratie* è un giovane magistrato ambizioso sconosciuto ai più; l'autore della seconda è l'intellettuale noto in tutta Europa e il parlamentare che da un anno siede alla Camera dei deputati (dove sarebbe rimasto per gran parte della sua restante vita);

— per l'effetto che le due opere ebbero sul pubblico e sulla

⁽⁷⁶⁾ Cfr. BATTISTA, *Studi su Tocqueville*, cit.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. J.-C. LAMBERTI, *Tocqueville et les deux démocraties*, cit.

⁽⁷⁸⁾ Volpi dà invece credito alla ricostruzione storica di Tocqueville, cfr. pp. 18-29. Il tema è ripreso anche nei confronti fra Tocqueville e Machiavelli e Tocqueville e Montesquieu (cfr. in particolare p. 122).

critica: la prima fu apprezzata da un pubblico vastissimo; la seconda deluse la maggior parte dei lettori coevi.

Altri autori — è il caso di Lucien Jaume ⁽⁷⁹⁾ — hanno ricordato come un lavoro filologico sui testi possa svelarne interlocutori specifici, gruppi di lettori ai quali Tocqueville intende mandare dei segnali per persuaderli ad abbracciare le sue convinzioni politiche. Inoltre, è difficile rintracciare un filo del tutto coerente fra le opere scritte da giovane e quelle della maturità, nonostante siano presenti elementi di continuità. Al di là dell'interpretazione delle pagine tocquevilliane, è poi la sua vita, dedicata in gran parte alla politica francese, di cui fu un protagonista, a fornire delle indicazioni non trascurabili. In questo senso è convincente l'accostamento che Volpi fa tra Tocqueville e Cicerone (p. 200). Egli fu infatti, come ho provato a sostenere altrove, un « politico-intellettuale » e un « intellettuale-politico » ⁽⁸⁰⁾. Nelle lettere scambiate con gli amici, i familiari e i diversi interlocutori che si scelse nel corso della vita, l'attività intellettuale sembra essere percepita da Tocqueville secondo il canone romano, come un *otium* al quale dedicare i momenti liberi dagli impegni sociali e politici, rafforzando le doti indispensabili per la carriera pubblica, prime fra tutte la lucidità della visione e l'arte della parola. Da *La democrazia in America* a *L'Antico Regime e la Rivoluzione* Tocqueville concepì le sue opere principali in momenti di astensione obbligata dall'attività pubblica. E fin dalla formazione pensò che i suoi studi dovessero essere indirizzati a preparare la carriera politica.

È nella fase finale della sua vita che i suoi scritti sono venati da sempre maggior pessimismo. E tuttavia, ancora nel 1856 scrive *L'Antico regime e la Rivoluzione* per indurre i francesi a superare l'*impasse* politica rappresentata dall'avvento del regime bonapartista. È Tocqueville stesso a dichiarare nella *Prefazione*:

Confesso dunque che studiando in ogni sua parte la nostra vecchia società non ho mai perso interamente di vista la nuova. Non ho voluto soltanto conoscere il male che aveva ucciso il malato, ma come

⁽⁷⁹⁾ L. JAUME, *Tocqueville. Les sources aristocratiques de la liberté. Biographie intellectuelle*, Paris, Fayard, 2008, p. 17.

⁽⁸⁰⁾ RE, *Il liberalismo coloniale di Alexis de Tocqueville*, cit., cap. 1.

avrebbe potuto non morire. Ho fatto come quei medici che in ogni organo morto tentano di sorprendere le leggi della vita. Il mio scopo è stato di fare un quadro strettamente esatto che potesse anche ammaestrare ⁽⁸¹⁾.

Come accennato, la prosa di Tocqueville è a tratti incongruente, quasi sempre enfatica. Molte apparenti contraddizioni sono in realtà il frutto di un'opzione metodologica dotata di un importante valore politico. Come ha mostrato Nicolas Arens ⁽⁸²⁾, riprendendo in parte le analisi di Laurence Guellec ⁽⁸³⁾, infatti, l'instabilità della scrittura è una scelta che consente a Tocqueville di restituire l'instabilità della politica e, più specificamente, quella della democrazia, mettendone in luce le diverse tensioni. L'apparente incoerenza della prosa è anche un modo per richiamare le coordinate del dibattito democratico e la pluralità degli esiti cui questo può condurre. In molti casi, poi, le contraddizioni apparenti, si sciolgono guardando all'attività politica che impegnò Tocqueville per gran parte della sua vita.

La dimensione pratica della sua filosofia ⁽⁸⁴⁾ rende difficile a mio avviso farne un pessimista tragico e ancor più un pensatore postmoderno che profetizza la dissoluzione della soggettività (questo Volpi non lo dice ma lo si potrebbe dedurre dall'accostamento che egli suggerisce nella conclusione del suo lavoro, p. 249, oltre che a Foucault, a Deleuze e, in letteratura, a Musil). Quanto all'esistenzialismo, Volpi non chiarisce a quali pensatori intenderebbe avvicinare Tocqueville. Se proprio si volesse azzardare un parallelo, forse si potrebbe pensare a Sartre, ma si tratta di operazioni ardite che infatti il nostro autore sceglie di non compiere.

Per concludere, vale la pena ricordare il giudizio di Matteucci, secondo il quale ne *La democrazia in America* e nelle altre opere di

⁽⁸¹⁾ A. DE TOCQUEVILLE, *L'Antico regime e la Rivoluzione*, a cura di G. Candello, Milano, Biblioteca Universale Rizzoli, 1981, p. 29.

⁽⁸²⁾ N. ARENS, *Ecrire l'instabilité de la démocratie: les Archives Tocqueville*, in « The Tocqueville Review/La Revue Tocqueville », XXXIX (2018), 1, pp. 247-268, in particolare pp. 248-250.

⁽⁸³⁾ L. GUELLEC, *Tocqueville et les langages de la démocratie*, Paris, Honoré Champion, 2004.

⁽⁸⁴⁾ Sul tema mi permetto di rinviare a RE, *Il liberalismo coloniale di Alexis de Tocqueville*, cit., cap. 1, § 7.

Tocqueville al centro dell'analisi è sempre la volontà umana, anche quando le decisioni individuali e collettive non sono pienamente responsabili, ma sono ispirate dalla evoluzione generale, tendenzialmente inconsapevole, del corpo sociale ⁽⁸⁵⁾. Leggendo gli scritti e i discorsi politici di Tocqueville, unitamente alla sua corrispondenza e alle opere ultime, l'interpretazione suggerita da Matteucci appare convincente. In questi scritti emerge chiaramente come la speranza nell'avvenire, che nonostante tutto Tocqueville conserva, derivi essenzialmente dalla fiducia che egli ripone nelle capacità trasformative dell'azione politica.

Il libro di Volpi mette certamente in piena luce l'animo profondo di Tocqueville. Questo non gli ha però impedito di dedicare gran parte della sua vita alla politica, impegnandosi nelle *querelles* del suo tempo — dall'abolizione della schiavitù nelle colonie francesi, alla questione penitenziaria, al sostegno, più problematico per i suoi interpreti contemporanei, in favore della colonizzazione francese dell'Algeria, alla riforma della scuola ⁽⁸⁶⁾ — per svolgere fino in fondo il ruolo di aristocratico a cavallo fra due epoche di cui egli si sentiva investito.

Volpi mette bene in evidenza il compito morale che Tocqueville affida a se stesso e vorrebbe affidare alla sua classe sociale. Forse tuttavia, ponendo maggiore attenzione all'attività pratica di Tocqueville e, come direbbe Matteucci, al suo « *Erlebnis* » ⁽⁸⁷⁾, potrebbe emergere come il destino tragico dell'umanità resti per lui sullo sfondo, mentre in primo piano si staglia una grande passione per la dimensione, tutta umana, della politica.

⁽⁸⁵⁾ RE, *Il liberalismo coloniale di Alexis de Tocqueville*, cit., p. 46, dove è citato Matteucci (MATTEUCCI, *Alla ricerca dell'ordine politico*, cit., p. 213).

⁽⁸⁶⁾ Cfr. JARDIN, *Alexis de Tocqueville*, cit. Sul punto si può vedere anche RE, *Il liberalismo coloniale di Alexis de Tocqueville*, cit., cap. 1, § 2.

⁽⁸⁷⁾ Matteucci si riferisce in generale ai pensatori politici moderni e suggerisce di cercare la genesi dei loro concetti nell'esperienza vissuta (MATTEUCCI, *Alla ricerca dell'ordine politico*, cit., p. 13).

GIANLUCA RUSSO

RILEGGENDO LA STORIA DEI GRANDI TRIBUNALI,
FRA DECISIONISTICA E *USUS MODERNUS PANDECTARUM*

(A proposito di *Authorities in Early Modern Law Courts*) (*)

1. Tra il 1626 e il 1628 Francesco Righetti, giureconsulto di Cento — terra del Ferrarese da poco entrata nell'orbita dei domini pontifici — commissionava al valente Giovanni Francesco Barbieri detto il Guercino un ritratto che, secondo gli stilemi pittorici allora in voga, lo immortalasse ai posteri quale autorevole esponente di un ceto fra i più influenti del suo tempo: il ceto togato ⁽¹⁾. Prim'ancora che dalla rotondità dei tratti somatici, ammorbiditi dal nero della toga inamidata e non ancora consunta, l'osservatore, complice un intelligente moto di luce, è subito catturato dallo strumentario che massicciamente occupa il laboratorio di questo « abile artigiano del diritto » ⁽²⁾, fiero di esibire i propri 'ferri del mestiere'.

La perizia si acquisisce e si affina — ma soprattutto si mostra — sfogliando giornalmente quella autentica « bibbia penalistica » ⁽³⁾

(*) *Authorities in Early Modern Law Courts*, G. Rossi (ed.), Edinburgh, Edinburgh University Press, 2021.

⁽¹⁾ Cfr. R.H. HELMHOLZ, *The Library in Guercino's Portrait of a Lawyer*, in « Accademia Clementina. Atti e Memorie », 1991, 30-31 pp. 184-188; M. LUCCHESI, *Il ritratto di un giureconsulto del XVII secolo: Francesco Righetti dottor di legge. Brevi note in margine a un quadro di Giovanni Francesco Barbieri detto il Guercino*, in « Atti e Memorie. Deputazione provinciale ferrarese di storia patria », Serie Quarta, XX (2008), pp. 143-163; G. PACE GRAVINA, *Il Ritratto del giurista Francesco Righetti del Guercino. Conversazione con Vittorio Sgarbi*, in « LawArt », 3 (2022), pp. 307-311.

⁽²⁾ LUCCHESI, *Il ritratto*, cit., p. 147.

⁽³⁾ F. CORDERO, *Criminalia: nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, Laterza, 1985, p. 263.

che è la *Practica criminalis* di Giulio Claro ⁽⁴⁾. Riposti sugli scaffali, oltre ai due *corpora* dello *ius commune* quali il *Codex Domini Iustiniani* e il *Liber Extra* — a suggerire un probabile addottoramento di Righetti in *utroque iure* — dominano la rappresentazione, nelle inconfondibili edizioni *in folio*, le principali opere di Prospero Farinaccio, Domenico Toschi, Stefano Graziani, Giovanni Pietro Sordi, Roberto Maranta e, da ultimo, ben due raccolte di *Decisiones* della Rota romana, esplicative di quanto « l'attività del giureconsulto centese fosse interamente legata alla prassi giudiziaria dello Stato pontificio » ⁽⁵⁾: senz'altro uno fra i più importanti e antichi Grandi Tribunali d'Europa ⁽⁶⁾.

Benché si tratti di istituzioni note ai più, non sarà forse superfluo ribadire in questa sede come tali organi, riformati o creati *ex novo* al principio dell'età moderna, costituissero il vertice degli apparati giudiziari di repubbliche e principati, regni e imperi. Eppure, la loro vicenda continua a lasciare un sentore di ambiguo. A cominciare dalla categoria invalsa per descriverli, la cui unitarietà sembra prestare il fianco a generalizzazioni facili e ingenerose davanti ad una pletora di organismi complessi e sfaccettati, dalle *Audiencias* ai *Parlements*, dalle Rote ai Senati fino ai Supremi Consigli ⁽⁷⁾. È pur vero, però, che un personaggio molto spesso interrogato sul punto dagli storici come Giovan Battista De Luca non incontrasse particolari difficoltà nel parlare di « Tribunali grandi », soprattutto della Rota romana, « le decisioni della quale

⁽⁴⁾ Si veda almeno G.P. MASSETTO, *La prassi giuridica lombarda nell'opera di Giulio Claro (1525-1575)*, in ID., *Saggi di storia del diritto penale lombardo (secc. XVI-XVIII)*, Milano, LED Edizioni Universitarie, 1994, pp. 11-59.

⁽⁵⁾ LUCCHESI, *Il ritratto*, cit., p. 157. Si rinvia a questo saggio per le puntuali indicazioni bibliografiche sui vari giuristi presenti, con le loro opere, nella biblioteca di Francesco Righetti.

⁽⁶⁾ Come dimostra A. SANTANGELO CORDANI, *La giurisprudenza della Rota romana nel secolo XIV*, Milano, Giuffrè, 2001.

⁽⁷⁾ Fra i primi a sollevare qualche perplessità R. SAVELLI, *Tribunali, 'decisiones' e giuristi: una proposta di ritorno alle fonti*, in *Origini dello Stato: processi di formazione statale in Italia tra medioevo ed età moderna*, a cura di G. Chittolini, A. Molho, P. Schiera, Bologna, il Mulino, 1994, pp. 397-421.

sono di grand' autorità » (8). Così come una figura forse meno nota del cardinale venosino — ma di certo non un 'carneade' ai suoi tempi — quale quella di Pietro Cavallo (9), rinomato 'giureconsulto di Stato' in Toscana e criminalista esperto, escludeva dallo stringente principio giustiniano per cui « *exemplis non esse iudicandum* » gli esempi di qualche « *Summi Iudicis, veluti Praefecti Praetorio, vel Senatus* » per concludere che « *Exemplis iudicandum est, quando ea sunt alicuius supremi Magistratus* » (10). Tribunali supremi, dunque, nel senso che le loro pronunce erano di ultima istanza e come tali non potevano essere revocate da alcun altro corpo giudicante né dal Principe in persona. Viene allora fuori un'idea di supremazia in certa misura speculare a quel non avere alcuno al di sopra di sé che segna la lunga vicenda del potere sovrano nell'Occidente europeo, dalle *civitates superiores non recognoscentes* nel tardo Medioevo fino alla proposta relativamente moderna di Bodin. Si possono anzi agilmente rintracciare, spaziando dalle *Decisiones* del napoletano Matteo D'Afflitto (11) fino al *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani (12), affermazioni per cui il sovrano *superiorem non recognoscens* poteva giudicare in tutta equità e coscienza, dunque non assecondando l'ordine normativo, ma, di riflesso, altrettanto poteva osare il supremo Tribunale dello Stato.

Per alcuni di questi consessi poi, come i *Parlements* francesi e taluni Senati in Italia, tale supremazia, lungi dal restare circoscritta alle prerogative strettamente giurisdizionali, si traduceva in una reale compartecipazione al potere normativo del Principe, esternata me-

(8) G.B. DE LUCA, *Il dottor volgare ovvero il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale e municipale nelle cose più ricevute nella pratica*, Roma, 1673, vol. I, Proemio, Cap. VIII. Cfr. sul punto M. ASCHERI, *I grandi tribunali*, in *Il pensiero giuridico italiano: dal Medioevo all'età contemporanea*, Roma, Istituto Enciclopedia Italiana Treccani, 2015, pp. 87-96.

(9) Cfr. D. EDIGATI, *Cavallo, Pietro*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, a cura di I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletta, Bologna, il Mulino, 2013, pp. 499-500.

(10) PETRI CABALLI *Consilia decisiva in civilibus causis*, Florentiae 1625, tomo II, cons. 128, nn. 312-321.

(11) MATTHAEI DE AFFLICTIS *Decisiones Sacri Regii Neapolitani Consilii*, Lugduni 1608, dec. 120.

(12) TIBERII DECIANI *Tractatus criminalis*, Venetiis 1590, lib. II, Cap. XIV, n. 19.

dante procedure di interinazione o registrazione dei suoi atti, senza tralasciare la trama davvero fitta e intricata degli *iura naturalia* ⁽¹³⁾: strumento efficacissimo nel depurare la sostanza volontaristica di motupropri e rescritti principeschi con il richiamo continuo ora al diritto naturale o divino ora al diritto delle genti o persino alla consuetudine, evocata « proprio per impedire o ritardare il processo di monopolio politico della produzione normativa » ⁽¹⁴⁾. Tanto sottili i confini — se poi di questi è verosimile parlare — fra Principe e giudici appunto supremi che, per alcuni di loro, non era in fondo così anomalo accreditare la propria giurisprudenza al rango di legge — « vim legis habeat » — sempre che si fosse conformata — di nuovo — alla *consuetudo iudicandi* invalsa in un dato Grande Tribunale.

Nate o comunque rimodellate dai sovrani per assecondarne propositi via via più concreti di accentramento, queste corti, anche e soprattutto in ragione della loro superiorità, finivano senza dubbio per agire al tempo stesso come una via di fuga dagli intendimenti principeschi fino ad incarnare, in realtà precise, un compatto contropotere. Ciò, al netto della difficoltà ancora circolante ad ammettere un assolutismo a più voci — non di rado, sopra uno stesso territorio, operavano più Tribunali supremi — come pure della radicata convinzione a far coincidere il potere dei Principi con quello innanzitutto di legiferare, le rende effettivamente un oggetto storiografico ambiguo, oltre che ostico.

2. Perdoni il lettore l'esordio 'visivo' di queste note, tanto inusuale quanto senz'altro efficace, in virtù anche del nesso intimo che lega la fantasia al diritto ⁽¹⁵⁾, nel mostrare come la parte quantitativamente più cospicua della cultura giuridica nella prima età moderna fosse quella di indirizzo pratico-forense. A cominciare proprio dalla giurisprudenza dei Grandi Tribunali, al centro di un

⁽¹³⁾ Ancora insuperato G. GORLA, « *Iura naturalia sunt immutabilia* ». *I limiti al potere del principe nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVII*, in *Diritto e potere nella storia europea*, Firenze, Olschki, 1982, vol. II, pp. 629-684.

⁽¹⁴⁾ I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 68.

⁽¹⁵⁾ Il rinvio d'obbligo è a P. GROSSI, *La fantasia nel diritto*, in « *Quaderni fiorentini* », XV (1986), pp. 589-592.

volume collettaneo che la Edinburgh University Press ha recentemente pubblicato sotto la direzione editoriale di Guido Rossi: iniziativa invero scaturita da un precedente incontro di studi organizzato, nel maggio del 2018, dal Centre for Legal History presso la facoltà giuridica della stessa università scozzese.

Correvano gli anni '70 e '80 dello scorso secolo quando un comparatista dalla spiccata sensibilità storica quale Gino Gorla intercettava nella scarsa frequentazione della fonte *'decisiones'* da parte degli storici una lacuna tanto grande quanto imperdonabile. Insoddisfazione mista a curiosità, cominciavano allora i primi tentativi di riempimento affidati con puntualità a saggi, relazioni, appunti, ipotesi, schemi: 'materiali semilavorati' come lo stesso Gorla amava definirli che, sebbene provvisoriamente composti per un noto volume ⁽¹⁶⁾, erano invero anticipazioni divulgate con urgenza in prospettiva di una sintesi complessiva varie volte annunciata e purtroppo mai realizzata. Si trattò di uno stimolo comunque sufficiente perché, all'incirca negli stessi anni, tutta una nuova generazione di storici del diritto allora impegnati a restituire un volto a quel moderno troppo a lungo offuscato dal calassiano rinascimento giuridico medievale, volgesse finalmente lo sguardo ai Grandi Tribunali d'Antico Regime. Così, nel 1972 Ugo Petronio pubblicava il suo lavoro sul Senato di Milano. Intanto, nel 1976 Raffaele Ajello, reduce da una prima impegnativa ricerca sulla riforma giudiziaria e legislativa nel regno di Napoli, dava alle stampe *Arcana juris*: autentico manifesto per un'intera scuola di studiosi particolarmente versata, anche in tempi recenti, nello scavo e nella restituzione della decisionistica meridionale, filtrata studiando la complessa evoluzione dei rapporti fra autorità politica e ceto togato. Eppure, nonostante il pionieristico repertorio sulla dottrina e la giurisprudenza forense di Mario Ascheri, poi confluito in una fortunata silloge apparsa nel 1989 ⁽¹⁷⁾, e nonostante un significativo incontro di studio organizzato, l'anno dopo a Macerata, fra gli altri,

⁽¹⁶⁾ G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981.

⁽¹⁷⁾ M. ASCHERI, *Tribunali, giuristi e istituzioni dal medioevo all'età moderna*, Bologna, il Mulino, 1989.

da Mario Sbriccoli ⁽¹⁸⁾, ancora nel 1994, durante quel Convegno di Chicago impegnato a riscrivere le origini della statualità moderna in Italia, uno specialista della Rota genovese come Rodolfo Savelli, lamentava lo stadio d'insufficienza delle ricerche ⁽¹⁹⁾. Nel frattempo, peraltro, sono apparsi diversi altri lavori su *Senati e Rote* ⁽²⁰⁾. Né un bilancio altrettanto appagante sembra offrire il panorama internazionale delle ricerche ⁽²¹⁾.

Il volume in questione certo non colma la 'grande lacuna'. Né consapevolmente pretende di farlo. Non per questo, però, l'iniziativa perde di pregio. Tutt'altro. Stretti fra studi sempre più a larghissimo spettro, di natura globale o coloniale, e all'opposto da ricerche di taglio regionale e locale, i diversi contributi qui raccolti, con le potenzialità della comparazione diacronica e con approcci anche molto diversi fra loro, tornano a sollecitare gli studiosi intorno ad una problematica tanto cruciale quanto a tutt'oggi trascurata o, comunque, poco rappresentata, se non altro nei termini di una resa concettuale generalmente condivisa e convincente. Specialmente per l'Italia, poi, ha senz'altro pesato la sottovalutazione che a lungo ha accompagnato la *scientia iuris* di tale periodo, in linea con un sottofondo 'decadentista' comune agli studi di storia generale: quel paradigma dell'eccezione, fra primato e appunto decadenza, finalmente in fase di consapevole ripensamento ⁽²²⁾.

La problematica che il volume solleva è compendiabile in un interrogativo all'apparenza semplice: « what role did law courts have in the development of early modern law in different parts of Europe? ». Che poi significa domandarsi: « how did early modern law develop? ». Riflettere criticamente su un tema di tale impegno significa, anzitutto, sfatare quella grande narrazione ancora imperante nella letteratura specialmente in lingua inglese, dunque con

⁽¹⁸⁾ *Grandi tribunali e rote nell'Italia di antico regime*, a cura di M. Sbriccoli, A. Bettoni, Milano, Giuffrè, 1993.

⁽¹⁹⁾ SAVELLI, *Tribunali, 'decisiones' e giuristi*, cit.

⁽²⁰⁾ Impossibile elencarli tutti in questa sede. Si può fare utile rinvio alla ricca bibliografia in appendice al volume in esame (pp. 260-294).

⁽²¹⁾ Lo rileva puntualmente, anche qui con le opportune segnalazioni bibliografiche, il curatore Guido Rossi nella sua premessa (p. IX).

⁽²²⁾ Cfr. *L'Italia come storia. Primato, decadenza, eccezione*, a cura di F. Benigno, E.I. Mineo, Roma, Viella, 2020.

maggiore diffusione e impatto, che racconta la prima età moderna come l'epoca del giusnaturalismo. « Somehow encouraged by the legal humanism and foreshadowed by the Salamanca School, the Age of Natural Law brought order to the chaotic [...] approach of the epigones of Bartolus, paving the way for the first wave of codification » (23). Una ricostruzione certamente elegante, ma che proprio per vizio di raffinatezza, sembra poco incline a catturare la specificità delle vicende concrete, « to cross the muddy river of reality ».

Come qualunque opera di decostruzione, anche questa postula la messa a punto di uno strumentario concettuale nuovo, se non alternativo alle categorie consuete e consunte. Più che condivisibile risulta la scelta di evocare la stagione dell'*usus modernus Pandectarum*, accantonando però fin da subito la declinazione strettamente localistica di quella formidabile esperienza, circoscritta a Germania e Olanda. Salvo che per taluni tratti unici e inconfondibili — su tutti lo *Aktenversendung* germanico — « some of the main features usually ascribed to the *usus modernus* may be found in many other parts of Europe » (24). Anzi, proprio la larga circolazione fra Sei e Settecento della letteratura olandese-tedesca intitolata all'*usus modernus Pandectarum* e la sua penetrazione persino in quell'Italia degli antichi Stati a forte tendenza bartolista, genera e nutre i vari diritti patri europei.

Il diritto patrio, quale anticamera del diritto moderno, esprime lo stadio più avanzato, se non ultimo, di un intricato fenomeno trasversale alle varie realtà — se non altro a quelle un tempo ricomprese fra le *terrae Imperii* — di diversificazione dello *ius commune* basato principalmente, ma non solo, sul testo romano interpretato: secondo una felice intuizione palesata già nel 1939 da Francesco Calasso (25) e, in anni più recenti, ripresa e in parte rivista da Italo Birocchi (26). Proprio tale supposta trasversalità rende

(23) Lo scrive di nuovo Rossi proprio al principio della sua *Preface*, p. VII.

(24) Ivi, p. VIII.

(25) Cfr. F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 121-122.

(26) Si veda soprattutto *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, a cura di I. Birocchi, A. Mattone, Roma, Viella, 2006, in part. pp. 17-71.

senfato e coerente parlare di un « *usus modernus europaeus* », di un retroterra giuridicamente comune, per certi versi accostabile a quel « mondo civile comunicabile » tante volte evocato dal cardinal De Luca nei suoi scritti, a segnare un cosmopolitismo di nuova foggia rispetto a quello autenticamente medievale ⁽²⁷⁾. O che riporta alla memoria quei passi del celebre discorso del 1747 propedeutico al *Codice delle leggi municipali della Toscana* dove Pompeo Neri descriveva il Granducato come una terra giuridicamente non autosufficiente, ma provincia di una patria più ampia — una patria cosmopolitica di raggio europeo — incardinata nel diritto romano ⁽²⁸⁾. In altre parole, il diritto patrio vigente nelle aree di cui il volume restituisce qui una sorta di mappatura giurisdizionale, non è altro che un diritto derivante dalla specifica utilizzazione — e in tal senso modernizzazione — forense in ciascuna regione europea — salvo eccezioni, su tutte quella inglese — del *Corpus iuris civilis* e del suo, talvolta inscindibile, robusto apparato dottrinale, fatto di glosse, commenti, *consilia*, trattati. Utilizzazione forense o, per meglio dire, al crocevia fra sapere teorico e pratica giudiziaria, che poi rappresenta la nota essenziale proprio dell'*usus modernus Pandectarum*, ben visibile in opere come il *Commentarius ad Pandectas* dell'olandese Johannes Voet ⁽²⁹⁾.

Non sorprende, dunque, che Mathieu Pinault, annoverabile assieme con Jacques Pollet, fra i maggiori decisionisti legati al Parlamento fiammingo, nella sua *Recueil d'arrêts notables du parlement de Tournay*, desse un forte risalto al diritto romano. Persino in una provincia periferica come quella delle Fiandre, terra di frontiera a lungo contesa fra corona di Francia e domini asburgici, dove anche dopo il loro insediamento, le istituzioni regie francesi comunque continuavano a convivere con le consuetudini locali, lo *ius commune*

⁽²⁷⁾ Una suggestiva analisi si legge in G. GORLA, *Unificazione 'legislativa' e unificazione 'giurisprudenziale'*, in *Id.*, *Diritto comparato*, cit., pp. 652-703, in part. pp. 668-673.

⁽²⁸⁾ Così L. MANNORI, *Un'« istessa legge » per un'« istessa sovranità »*. *La costruzione di una identità giuridica regionale nella Toscana asburgo-loreense*, in *Il diritto patrio*, cit., p. 365.

⁽²⁹⁾ Ne parla Philip Thomas nel suo saggio *Legal Fragmentation in the Dutch Republic during the Seventeenth and the Eighteenth Centuries*, pp. 202-221, in part. p. 210.

era sfruttato dalla corte suprema « as an instrument for reinforcing or consolidating the particular local or regional legal culture »⁽³⁰⁾. Analogamente nella vicina Francia del Parlamento parigino, Jean Papot evocava una suggestiva « écharpe Française » con cui letteralmente avvolgere il diritto romano « to complete the law inherited from Rome by parliamentary 'jurisprudence' and royal laws »⁽³¹⁾.

Uno scenario non tanto dissimile è stato rintracciato, su ben altre latitudini, in Scozia, nel periodo immediatamente precedente la sua annessione al Regno Unito di Gran Bretagna (1706). Mentre le prime raccolte di *decisiones* risalenti al secolo XVI — celebre quella di John Sinclair — sembrano seguire pedissequamente gli stilemi del *mos italicus*, i decisionisti più maturi sviluppano, viceversa, un approccio maggiormente critico verso il testo romano, non tanto nella direzione puramente storico-filologica indicata dal *mos gallicus*, quanto piuttosto nel segno di quel fecondo intreccio fra scienza erudita e prassi giudiziaria stimolato dall'*usus modernus Pandectarum*. Un vero e proprio *usus modernus Scoticanus*, con una sua evoluzione afferrabile per paradigmi progressivi ma, soprattutto, con una sua gradazione interna di fonti sufficientemente precisa e affidabile, modellata su un noto passo del Digesto dove il giurista Giuliano « had observed that when *scriptae leges* were unavailable, recourse should be taken to *quod moribus et consuetudine inductum est*, failing which to *quod proximum et consequens ei est*, failing which to the law *quo Urbs Roma utitur...* »⁽³²⁾; con ampio spazio dunque al testo romano e, prim'ancora, a quello che altrove è stato definito « ricorso alla *lex alii loci* »⁽³³⁾.

Una diversificazione dello *ius commune* a tinte meno vivaci sembra, invece, caratterizzare la parte meridionale dei Paesi Bassi,

(30) È il tema oggetto del saggio a più mani di Géraldine Cazals, Sabrina Michel e Alain Wiffels, *Law Reports of the Parliament of Flanders and their Authority in the Parliament's Practice*, pp. 1-28, in part. p. 28.

(31) Così Isabelle Storez-Brancourt nel suo contributo *The Parliament of Paris and the Making of the Law at the Beginning of the Eighteenth Century*, pp. 184-201, in part. p. 190.

(32) Ne tratta John D. Ford nel suo saggio *Paradigms of Authority in the College of Justice in Scotland*, pp. 29-49, in part. pp. 42-43.

(33) G. GORLA, *Il ricorso alla legge di un 'luogo vicino' nell'ambito del diritto comune europeo*, in *Id.*, *Diritto comparato*, cit., pp. 619-649.

ossia il Belgio. Lì, la prolungata assenza dal secolo XVI in avanti, di un'autorità politica che mirasse a « reinforce central government and consolidate political unity through a greater degree of legal uniformity » pare non stimolasse nei giuristi una vocazione sufficientemente forte a sviluppare, flettendo in senso particolare il testo romano, « a common Belgian legal tradition ». Ciò porta a descrivere « the Belgian usus modernus » come « a weak form of ius commune ». Non mancarono, tuttavia, autori con ben altra sensibilità e inventiva tale da riferirsi, fin dall'intitolazione delle loro opere, ad un « Belgian law »: dalla *Notitia iuris belgici* di Franciscus Zypaeus alle *Practicarum quaestionum rerumque in supremis Belgarum curiis actarum et observatarum decisiones* di Paul van Christijnen⁽³⁴⁾.

Certo, anche per questo una simile chiave di lettura sconta qualche criticità davanti a talune realtà che, senza dover necessariamente valicare la Manica, sembrano aver avuto poco o nulla a che fare con lo *ius commune*. È il caso, in particolare, della Polonia dove, fra i tanti tentativi volti a consolidare i vari diritti locali, fallirono proprio quelli — su tutti la *Sigismundina* del 1551 — maggiormente ispirati al diritto romano, « which had been hardly used by the town courts »⁽³⁵⁾. Ciò, però, non deve essere percepito come un elemento di demerito dal lettore, invitato del resto fin dalle prime pagine a confrontarsi con un'Europa complessa e plurale, dove qualunque pretesa di uniformità porterebbe solo a « replace one broad narrative with the next ». Il punto è un altro: « the role of law courts in the making of the usus modernus across Europe, while hardly uniform, is more consistent than is often thought »⁽³⁶⁾.

3. Il passo successivo è domandarsi se questi Grandi Tribunali abbiano semplicemente rappresentato un veicolo, sia pure privilegiato, di adattamento dello *ius commune* alle varie realtà particolari oppure se le loro pronunce esprimessero effettivamente una fonte

⁽³⁴⁾ Così Alain Wiffels nel suo contributo *Law Reports as Legal Authorities in Early Modern Belgian Legal Practice*, pp. 222-244, in part. pp. 243-244.

⁽³⁵⁾ Si veda il saggio di Maciej Mikula, *Iura scripta and Operae iurisperitorum in Municipal Courts of the Kingdom of Poland (Sixteenth to Eighteenth Centuries)*, pp. 122-136, in part. p. 135.

⁽³⁶⁾ Così Rossi nella sua *Preface*, pp. X-XI.

autonoma di diritto, di per sé capace di creare *ius novum*, con autorità tale da incidere, disciplinandole, su quelle relazioni inter-soggettive prescelte da pressoché tutti i saggi, ad eccezione di quello ‘polacco’ viceversa incentrato sulla criminalistica ⁽³⁷⁾. Nella lettura invalsa da Gorla ⁽³⁸⁾ in avanti, le pronunce sistemate nelle apposite raccolte concordano nel riconoscere la vincolatività, ora assoluta ora solo tendenziale, per ciascun Tribunale supremo, della *consuetudo iudicandi* lì invalsa attraverso criteri vari, su tutti, quello ‘meraviglioso’ delle *binae iudicaturae*: un meccanismo formativo collaudato, pare per la prima volta ma la questione resta controversa, dalla decisionistica napoletana di Matteo D’Afflitto e Vincenzo de Franchis ⁽³⁹⁾. Dalle stesse pronunce si ricaverebbe la vincolatività, viceversa necessaria, della *consuetudo iudicandi* osservata in una data corte suprema nei confronti dei tribunali provinciali o periferici in quanto giurisdizioni inferiori. Infine, i giudici dei Grandi Tribunali, con le loro raccolte, avrebbero nel lungo periodo surclassato la precedente letteratura consiliare, aprendo un divario profondo e quasi incolmabile fra dottrina e prassi, a chiaro ed esclusivo vantaggio di quest’ultima.

Ora, l’interrogativo se tali pronunce vadano apprezzate come fonti di produzione o molto più banalmente come fonti di interpretazione di un diritto esistente, è più che mai legittimo soprattutto di fronte a contesti singolari quale quello castigliano. Lì, diversamente da Aragona e dai domini spagnoli in Italia — Milano e Napoli — le raccolte di *decisiones* non sembrano conoscere particolare fortuna. Eccettuate quelle pubblicate nel Seicento da Juan Bautista de Larrea e José Vela de Oreña — fra l’altro professori a Salamanca prima che

⁽³⁷⁾ Scelta lodevole, atteso che davvero poco si conosce delle *decisiones* a contenuto penale, per non parlare poi del genere, peraltro cardinale fra Cinque e Seicento, delle *practicae criminales* su cui si veda, oltre alle fondamentali intuizioni di Mario Sbriccoli, L. GARLATI, *Per una storia del processo penale: le Pratiche criminali*, in « Rivista di Storia del diritto italiano », 89 (2016), pp. 71-109.

⁽³⁸⁾ Fondamentale G. GORLA, *I tribunali supremi degli stati italiani fra i secoli XVI e XIX quali fattori della unificazione del diritto nello stato e della sua uniformazione fra stati*, in Id., *Diritto comparato*, cit., pp. 543-617.

⁽³⁹⁾ Critici G. VALLONE, *Le decisiones di Matteo d’Afflitto*, Lecce, Milella, 1988; M.N. MILETTI, *Stylus iudicandi. Le raccolte di decisiones del Regno di Napoli in età moderna*, Napoli, Jovene editore, 1998.

magistrati — l'una apprezzata « as a good guide for understanding the differences between *ius commune* and Castilian law », l'altra ascrivibile più forse al genere delle *questiones forenses*, incontrano maggiore plauso i commentari alla legislazione locale, a cominciare dalle *Leyes de Toro* (1505): « a collection of eighty-three laws dealing mostly with property and inheritance and, as such, the very basis of private law in Castile until the Civil Code ». Eppure, quando già sul finire del secolo XV la *Chancillería*, con duplice sede a Valladolid e a Granada, assurge a vertice dei Grandi Tribunali nella regione, i giuristi castigliani non tardano, sulle orme di Matteo D'afflitto, a sostenere che le *Chancillerías* — altrimenti dette *Audiencias* — partecipassero della stessa *plenitudo potestatis* del sovrano, ne fossero in sostanza una sua diretta emanazione. Condizione tale per cui i loro giudici, contrariamente a quelli delle corti inferiori vincolati alla *communis opinio doctorum*, si diceva potessero pronunciarsi « like God on earth and according to their conscience, going even beyond the statutes ». Giudicare « secundum conscientiam » significava che tali giudici non solo non erano obbligati a motivare le loro sentenze, ma non erano neppure tenuti a dare conto di eventuali mutamenti nella loro stessa giurisprudenza, in aderenza al principio per cui chi fa le leggi non ne è vincolato. Venivano, pertanto, a mancare le condizioni essenziali perché potesse entrare in circolo anche solo l'idea di un precedente vincolante. Alla fine, « precedents are but 'favorable presumptions' to be changed with good reasons only. That was the basis for the *arbitrium iudicis* in Castile »⁽⁴⁰⁾. Né in generale si richiedeva di più. Questo tipo di precedente serviva anzitutto nella misura in cui conferiva alla corte suprema che lo confezionasse autorevolezza e forza: era pur sempre la singola corte a definire e tramandare i requisiti necessari a formare un orientamento consolidato, con due o più giudicati conformi. D'altro canto la stessa corte difficilmente ne avrebbe accettato fino in fondo la parallela funzione di limite: quel tanto bastasse a contenere il ricorso all'arbitrio o comunque ai poteri equitativi senza dover ogni volta perdersi nella defatigante ricerca della *communis opinio*, ma non al

⁽⁴⁰⁾ Ne tratta Javier García Martín nel suo saggio *Legal Authorities in Castilian Courts' Practice: Decisiones and Consilia to study the Arbitrium Iudicis*, pp. 50-83, in part. pp. 62-63, 71.

punto da precludere ipotesi di *revirement*. L'impressione è che la ricerca del prestigio, anche politico, venisse prima di qualunque legittima aspettativa di decisioni conformi ⁽⁴¹⁾.

Decisamente affine — forse anche per la peculiare condizione politico-istituzionale — è la vicenda del Senato di Milano, (auto)legittimato a « iudicare tamquam Deus ». Gli *arcana iuris* che ne circondavano l'attività giurisdizionale impediscono di leggere la sua giurisprudenza quale fonte di produzione: « it was not 'inventing' new laws, but rather adapting the substantive and procedural laws in force on a case-by-case basis ». Certo, i giudici delle corti inferiori erano tenuti a conformarsi alla prassi osservata in Senato. Tuttavia, « the practice remained valid only for as long as the Senate wanted it to. When the circumstances changed, so too did the Senate's interpretation » ⁽⁴²⁾. Del resto, neppure i *Parlements* francesi « did not make decisions based on a *stare decisis* principle, but precisely according to their interpretation of the customs » ⁽⁴³⁾.

Viceversa, in Portogallo, i giudici della *Casa da Suplicação* rispondevano ad un preciso obbligo istituzionale, regio, di motivare le loro pronunce: un po' come accadeva, in Italia, per la Rota fiorentina, fin dal 1502. Eppure, anche questa giurisprudenza era pressoché inaccessibile dal momento che non circolavano raccolte ufficiali. Circolavano semmai, e con straordinaria fortuna ben oltre i confini lusitani, raccolte composte su iniziativa privata da rinomati giureconsulti gravitanti in qualche modo intorno alla corte suprema, in particolare le *Decisiones Supremi Senatus Lusitaniae* di Antonio da Gama e le *Practicarum observationum sive decisionum Supremi Senatus Regni Lusitaniae* di Jorge de Cabedo. Tuttavia, di rado queste sillogi si affidavano completamente alla giurisprudenza autoctona o a quella di altri Grandi Tribunali, preferendo di gran lunga attingere anche ad altre forme di letteratura teorico-pratica: *consilia*, *allega-*

⁽⁴¹⁾ Illustra ottimamente questa 'ambiguità' BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, cit., pp. 92-93.

⁽⁴²⁾ Così Annamaria Monti nel suo contributo *Under the Legal Authority of the Senate of Milan (Sixteenth to Seventeenth Centuries)*, pp. 137-149, in part. p. 149. Per una lettura più ampia, si rinvia al suo *Iudicare tamquam deus. I modi della giustizia senatoria nel Ducato di Milano tra Cinque e Seicento*, Milano, Giuffrè, 2003.

⁽⁴³⁾ Lo rileva Brancourt nel suo già citato saggio, p. 192.

tiones, resolutiones forenses. Quindi, è « the close relationship between case law and practical literature, both immersed in a concept of authority strong enough to inhibit a clear separation between them as sources of law independent of each other » a fare la differenza « in the making of private law » (44).

Lo stesso intreccio fra sfera teorica e dimensione pratica tocca il cuore del Sacro Romano Impero: non solo patria d'elezione, assieme all'Olanda, dell'*usus modernus Pandectarum*, ma anche sede di quel Tribunale Camerale Imperiale che tanta parte ebbe nella 'recezione' del testo romano. Diversamente dalla lettura un po' edulcorata offertane da un osservatore contemporaneo quale Herman Conring — che peraltro giurista non era — nel *De origine iuris Germanici* del 1643, neppure questo Grande Tribunale motivava le sue pronunce. E quando cominciarono a circolare le prime decisioni a stampa, queste si limitavano ad indicare profili strettamente procedurali, ma tacendo sulla *ratio* dei provvedimenti. Più che alle pronunce, bisogna di nuovo prestare ascolto al discorso indiretto registrato da tutta quella *Entscheidungsliteratur* articolata in *observationes* e *relationes*. In definitiva, « the judgments — the bare results — did not play such a big role [...] The most important result is the internal discussion within the legal literature of the time. Practitioners and professors wrote their books, and this very specific mixture of forensic practice and learned treatises formed the well-known German style of the *Usus modernus pandectarum* ». Intreccio fra giurisprudenza dotta e giurisprudenza pratica che raggiunge forse qui il migliore punto di coagulo nell'istituto tipicamente germanico dell'*Aktenversendung*: « the dispatching of the records from the law court that was hearing the case to a law faculty for a — non-binding yet authoritative — opinion » (45). E così pure nelle Province Unite, sede del Gran Consiglio, a modellare il diritto romano-olandese, e quindi ad armonizzare fra loro legislazione e costumanze locali, diritto romano e diritto naturale, furono soprat-

(44) Così Gustavo César Machado Cabral nel suo contributo *Legal Authorities in the Making of Portuguese Private Law: Emphyteusis and Majorat in Practical Literature*, pp. 98-121, in part. p. 121.

(45) Ne tratta Peter Oestmann nel suo saggio *The Imperial Chamber Court and the Development of the Law in the Holy Roman Empire*, pp. 150-167, in part. p. 156.

tutto, oltre al Grozio dell'*Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleertheit*, i migliori interpreti dell'*usus modernus Pandectarum*, da Voet a Bynkershoek, costanti frequentatori della prassi osservata in una corte suprema anch'essa restia a motivare ⁽⁴⁶⁾.

Un contenuto ma significativo squarcio aperto su talune giurisdizioni inferiori tradisce in parte l'idea di una loro cogente conformazione al 'precedente' dei Grandi Tribunali. Così, nelle città polacche, è soprattutto la recente letteratura territorialmente orientata dei vari Groicki, Damhouder, Lipski, Carpozov con qualche curiosa incursione nei testi del milanese Claro che, filtrata dalle varie corti municipali — su tutte quella di Cracovia — contribuisce a modernizzare, specialmente sul versante delle pratiche punitive, uno *ius municipale polonicum* ancora fortemente radicato in quel *ius Teutonicum* composto in massima parte dal diritto di Magdeburgo e dallo Specchio dei Sassoni. Analogamente nelle corti provinciali svedesi, giudici 'rustici' — De Luca avrebbe detto 'pettorali' — si sentono molto più a loro agio, non con « both legal scholarship and legal practice of the high courts », ma con il diritto statutario derivato dalle antiche costumanze medievali ⁽⁴⁷⁾.

4. A lettura ultimata si può senz'altro ribadire l'efficacia persuasiva dello spunto concettuale di fondo. L'idea di evocare l'esperienza dell'*usus modernus Pandectarum*, basata sullo scambio continuo fra teoria e prassi giudiziaria, ma al tempo stesso di sprovvincializzarla e dilatarla — operazione plausibile aderendo alla larga circolazione conosciuta da quel modello —, di passare dunque da un *usus modernus Pandectarum* ad un vero e proprio *usus modernus europaeus* quale contenitore interpretativo tendenzialmente trasversale, restituisce con maggiore forza l'emersione dei tanti diritti patri europei. Non è un caso che pure nell'Italia del Settecento, qui presente solo con la realtà del Ducato milanese, il lemma 'Gius patrio' si insinui con coscienza moderna nel discorso giuridico

⁽⁴⁶⁾ Così Thomas nel suo già citato saggio.

⁽⁴⁷⁾ Lo spiega Heikki Pihlajamäki nel suo contributo *Legal Authorities in the Seventeenth Century Swedish Empire*, pp. 168-183, in part. p. 183. Sui giudici pettorali, fondamentale, non solo per la specifica realtà portoghese, A.M. HESPANHA, *Savants et rustiques. La violence douce de la raison juridique*, in « Ius commune », X (1983), pp. 1-48.

allorché autori con inclinazioni neoumanistiche entrino in contatto, oltre al giusnaturalismo di Grozio e Pufendorf, con la letteratura olandese-tedesca tenuta in qualche modo a battesimo dalla fondamentale opera di Samuel Strik. Personaggi come un Gian Vincenzo Gravina a Roma, o un Celestino Galiani a Napoli, o ancora un Giuseppe Averani a Pisa, quest'ultimo punto di riferimento autorevole tanto per un Hendrik Brenkman allora impegnato a studiare il manoscritto pisano delle *Pandette*, quanto per Bynkershoek e Noodt, che proprio al giurista fiorentino si rivolgono per dirimere una loro disputa accademica ⁽⁴⁸⁾. E sempre nella vicenda fiorentina vicina a chi scrive, quella che può definirsi la fase di costruzione razionale del 'patrio', destinata a sfociare nei noti tentativi di codificazione, su tutti quello di Pompeo Neri, difficilmente sarebbe partita senza l'apporto di quella letteratura che, recuperata e valorizzata dalla metodologia neoumanistica, finalmente consentiva di inserire un patrimonio giuridico autoctono certo esistente da tempo ma ancora su basi fragili e frammentarie entro la cornice definita di un diritto romano rivisitato in chiave razionalistica, con un'attenzione ai tempi e ai modi di formazione del *Corpus iuris* ma soprattutto al suo uso attuale. Uso attuale che solo le aule di giustizia erano in grado di registrare.

E infatti lo stesso *usus modernus Pandectarum* si avvantaggia in fondo di un discorso che stavano portando avanti, almeno dal primo Cinquecento, i Grandi Tribunali: impegnati nella diversificazione, in molte parti d'Europa, del patrimonio sapienziale della tradizione medievale. Un discorso portato avanti non tanto direttamente attraverso le loro pronunce, pressoché inaccessibili — la maggior parte di queste corti, come si è detto, non motivava e perciò non circolavano resoconti ufficiali (c.d. 'records') — quanto piuttosto attraverso le raccolte private (c.d. 'reports') di *decisiones*: un genere letterario nuovo, di grande impatto che già faceva della saldatura fra dottrina e prassi giudiziaria il proprio punto di forza ⁽⁴⁹⁾. Nella stessa

⁽⁴⁸⁾ Sul Neoumanesimo italiano, cfr. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, cit., pp. 317-391. Su Averani, si veda almeno E. SPAGNESI, *Il diritto*, in *Storia dell'Università di Pisa*, Pisa, Edizioni Plus, 2000, I, pp. 250-252.

⁽⁴⁹⁾ Spunti validi in F. DI CHIARA, *Le raccolte di decisiones. I supremi tribunali del Regnum Siciliae*, Palermo, Palermo University Press, 2017, in part. pp. 7-37.

coscienza dei contemporanei — testimone De Luca ⁽⁵⁰⁾ — la *decisio* restava un atto stragiudiziale che non coincideva con la sentenza ma che da quella muoveva quale presupposto irrinunciabile, anche solo a sfruttare la credibilità e la terzietà dell'organo giudicante, per poi sviluppare un discorso originale e autonomo, quindi dottrinale, solo in parte teso a divulgare le motivazioni, altrimenti oscure, delle pronunce rese dai Grandi Tribunali.

Al cuore della *decisio*, dunque, stava non tanto il caso concreto quanto le innumerevoli citazioni di *auctoritates* — da qui il titolo del volume — che supportavano la costruzione dottrinale edificata dal curatore, a regola un giurista legato ad un supremo Tribunale, come giudice o come avvocato. Espressione di un genere versatile, la *decisio* si mostra molto spesso come un impasto di *consilia*, *allegations*, *vota* di componenti il singolo collegio giudicante. Di conseguenza, più che superare il *consilium*, la *decisio* pare invece inglobarlo fino ad assorbirne la tecnica discorsiva tripartita in *pro-contra-solutio*. Con raccolte così congegnate, i giudici dei Grandi Tribunali venivano a rappresentare un punto di raccordo affidabile e certo per ordinamenti plurali: quasi la direzione d'orchestra di una vivifica danza interpretativa che, con il « consentimento del foro » ⁽⁵¹⁾, desse tempo e ritmo, distinguendo ciò che vigeva da ciò che non vigeva, ciò che aveva — appunto — *auctoritas* da ciò che non ne aveva in un dato contesto regionale o statale. Partecipavano così in maniera determinante, ora cooperando ora confliggendo con le altre forze sociali — in *primis* con i Principi — a quella ricerca dell'ordine che, tesa fra razionalismo e volontarismo, caratterizza la prima età moderna dei multipli ma affini scenari europei.

Valorizzando la dimensione soprattutto dottrinale della decisionistica, questo approccio in parte nuovo consente pure di rivedere la proposta, risalente a Gorla, di leggere la circolazione europea

⁽⁵⁰⁾ DE LUCA, *Theatrum veritatis ac Justitiae*, Lugduni, 1697, t. XV, *De iudicis*, Disc. XIV, f. 45, n. 15.

⁽⁵¹⁾ Nella suggestiva espressione di Francesco Forti, sostenitore, benché crepuscolare, di una « via toscana al diritto comune ». Cfr. A. LANDI, *Tra diritto comune e codice civile. Francesco Forti e il problema dell'interpretatio nella Toscana della Restaurazione*, in Id., *Storia giuridica per futuri giuristi. Temi e questioni*, Torino, Giappichelli, 2015, in part. pp. 197-201.

delle raccolte e le reciproche citazioni giurisprudenziali come la chiara vocazione, parallela alla funzione istituzionale di unificare il diritto entro il singolo Stato, a uniformare altresì il diritto fra Stati, inseguendo quasi la creazione di un diritto comune europeo sovra-statuale. Invero i riferimenti alle pronunce straniere erano percepiti dai giudici delle stesse corti supreme non come precedenti vincolanti né tanto meno come leggi obbligatorie, bensì come — appunto — autorità dottrinali la cui capacità di persuasione era proporzionata al maggiore o minore grado di corrispondenza fra la cosa giudicata e la *ratio*. Quasi a voler dare l'impressione che quelle sentenze fossero non il precipitato di chissà quale *voluntas* formale o men che mai dell'arbitrio politico, ma sempre il frutto della ragione: che poi voleva dire diritto romano quale *ratio scripta* o comunque un diritto naturale positivizzato attraverso l'uso giurisprudenziale ⁽⁵²⁾.

In questi termini la tendenza alla regionalizzazione poteva benissimo convivere con quella, solo apparentemente opposta, alla europeizzazione. Scartata qualunque effettiva attitudine omologante, difficilmente dimostrabile, quello che sembra profilarsi è sì un vero e proprio *usus fori* transnazionale, ma consapevolmente incardinato sopra un complesso di citazioni legato al metodo autoritativo del diritto comune. Un *usus modernus europaeus* in sostanza, dove le *auctoritates* promananti da ordinamenti diversi vincolavano non sul piano istituzionale o politico ma su quello eminentemente dottrinale, giacché ad essere recepita non era la fonte in sé legislativa o giurisprudenziale, bensì il percorso dottrinale a quella sotteso, tassello di una *communis opinio* indifferente a limiti di natura territoriale ⁽⁵³⁾. Al tempo stesso, però, la decisionistica si mostra specchio di un diritto comune che dal Cinquecento si regionalizza ponendo le premesse per la successiva nascita dei diritti patri. Anzi, l'idea di uno *ius commune* che, in molte parti d'Europa, si diversifica attraverso il colloquio fra teoria e prassi sollecitato dall'*usus modernus Pandectarum* e, prim'ancora, dalle *decisiones* dei Grandi Tribunali consenti-

⁽⁵²⁾ Cfr. sul punto, anche per la critica alle tesi di Gorla, BROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, cit., pp. 86-91.

⁽⁵³⁾ Dell'intreccio fra *decisio* e *communis opinio*, « quasi che l'una rafforzi l'altra e viceversa », parla G.P. MASSETTO, *Sentenza (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLI, Milano, 1989, in part. pp. 1206-1208.

rebbe, altresì, di smussare un po' di più la supposta insularità dell'esperienza inglese: ordinamento senza dubbio a base eminentemente giurisprudenziale ma dove ricerche recenti hanno potuto saggiare il peso non indifferente del formante dottrinale ⁽⁵⁴⁾. Oltretutto il principio dello *stare decisis*, nella sua forma compiuta, sarebbe giunto a maturazione solo durante il secolo XIX ⁽⁵⁵⁾. Prima, e cioè a partire dal Cinquecento, l'Inghilterra certo — complice l'invenzione della stampa — si muove verso un grado di affidabilità maggiore di quello allora possibile « in a purely customary system » e pensa di rintracciarlo « in the authoritative status of decided cases ». Eppure, forse per la singolare influenza esercitata dalla *Topica* di Nicolaas Everaerts — neanche a dirlo, giurista olandese, presidente di varie corti supreme — l'autorità di un caso deciso veniva intesa « in the sense that it could be used in a subsequent legal argument ». Ma, « unlike a statute, it was not a necessary authority and was not determinative ». Ciò significa che « later courts should, in principle, follow cases when similar facts arose, but they were not absolutely bound to do so » ⁽⁵⁶⁾.

Sarebbe ingiusto e pretestuoso pretendere da questo volume quel di più che solo una paziente e scrupolosa campionatura delle pronunce manoscritte a tutt'oggi disseminate nei vari archivi potrebbe restituire: un lavoro, incoraggiato da molti degli autori, che si dovrà pur intraprendere, laddove ancora possibile ⁽⁵⁷⁾. Senza dubbio anche per merito dei saggi rapidamente scorsi, prendendo a prestito una suggestiva immagine di Gorla, « i lineamenti del disegno e alcune figure » si mostrano con maggiore nitidezza rispetto al recente passato. E si spera « possano servire all'opera del generale restauro del mosaico » ⁽⁵⁸⁾. Un mosaico, quello dei Grandi Tribu-

⁽⁵⁴⁾ Cfr. D. FREDA, *La dottrina dei Lawyers. Le raccolte di giurisprudenza nell'Inghilterra dei Tudor*, Napoli, Satura, 2009.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. D. FREDA, *Stare decisis? Il giudice assediato nell'Inghilterra dell'Ottocento*, in « Quaderni fiorentini », XL (2011), pp. 470-551.

⁽⁵⁶⁾ Così David J. IBBETSON nel suo saggio *Law Reporting, Authority and Precedent: the Common Law Paradigm*, pp. 84-97, in part. pp. 94-96.

⁽⁵⁷⁾ Annamaria Monti ricorda, ad esempio, come l'archivio del Senato di Milano sia andato quasi del tutto distrutto durante i bombardamenti della Seconda Guerra mondiale.

⁽⁵⁸⁾ GORLA, *I tribunali supremi*, cit., p. 568.

nali, che ha per tessere tutti quei libri teorico-pratici del genere dei testi esibiti da Francesco Righetti nel suo ritratto: simboli e segni senz'altro del potere del giurista — controcanto al potere normativo di un Principe pure supremo giustiziere — ma prim'ancora della ricca complessità di un pensiero giuridico moderno che, dissodato anche grazie alla tenacia intellettuale di Paolo Grossi, resta in non piccola parte da decifrare.

EMANUELE STOLFI

LAW AND LITERATURE, LAW IN LITERATURE,
LITERATURE FOR LAW(YERS)

(A proposito di Donato CARUSI, *Sua maestà legge? Tre secoli di potere, diritto e letteratura*, Firenze, Olschki, 2022)

1. Non solo mode culturali. — 2. Alla ricerca del titolo. — 3. Un cantiere aperto.

1. *Non solo mode culturali.*

Spesso percepito come un fenomeno d'importazione — ennesimo tributo a quanto viene da oltre Oceano —, il 'Law and Literature Movement' sta conoscendo da tempo, anche in Italia, ampia fortuna. E non solo per le ricerche che, pur nella loro estrema eterogeneità, gli sono riconducibili e che da vari decenni si sono infittite, ma anche per gli incontri di studio e le iniziative scientifiche ⁽¹⁾, sino agli appositi insegnamenti oggi impartiti nei corsi di laurea ⁽²⁾ e poi nell'offerta formativa proposta per giudici e avvocati.

Come ogni tendenza, essa meriterebbe di essere esaminata storicamente, senza indulgere in entusiasmi eccessivi — quasi fosse la formula magica in grado di esorcizzare la « sindrome del cantuccio » che incombe (oltre che sullo storico del diritto, come ci ha

⁽¹⁾ Ne era già nutrito il quadro fornito da M.P. MITTICA, *Diritto e letteratura in Italia. Stato dell'arte e riflessioni sul metodo*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 39, 2009, 1, p. 286 e ss.

⁽²⁾ Sia pure con approcci alquanto variegati, anche in ragione della differente tipologia dei docenti. Vi torneremo più avanti, al § 3. Circa l'importanza del momento didattico, è stato giustamente osservato che « l'innovazione della quale può davvero riconoscersi ai primi animatori del *Law and Literature Movement* la paternità consiste nell'aver aperto alla riflessione su 'diritto e letteratura' uno spazio specifico nei programmi di istruzione universitaria »: D. CARUSI, *Sua maestà legge? Tre secoli di potere, diritto e letteratura*, Firenze, Olschki, 2022, p. 7.

insegnato Paolo Grossi) sul giurista in genere —, ma neanche abbandonarsi a censure o scatti d'insofferenza. Certo potrebbe osservarsi che il fenomeno non è poi così inedito, e che le sue prime attestazioni neppure si collocano esclusivamente in area nordamericana (3). Anche nel mondo di 'civil law', Italia inclusa (4), certi interessi da tempo sono stati tutt'altro che estranei ai cultori del diritto (anche positivo) — alcuni dei quali, e dei più attrezzati, mossi dalla convinzione che, proprio perché « il problema del diritto è problema di ogni uomo », nel condensarne i termini « possiamo ancor prima che ai dotti ricorrere ai saggi e, ancor prima che agli studiosi, ai poeti » (5).

Né ovviamente il nesso fra diritto e letteratura può risolversi in una sorta di evasione erudita, tale da comprimere e sacrificare la cifra tecnica che del primo è ineludibile, per affogarlo nel *mare magnum* di un fenomeno intellettuale pressoché sconfinato. Quale che sia la prospettiva assunta — lo studio del diritto *come* letteratura oppure delle sue tracce *nella* letteratura medesima (6) —, si tratta di

(3) Ben lo dimostrano, ad esempio, le ricognizioni di A. SANSONE, *Diritto e letteratura. Un'introduzione generale*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 1 e ss.; MITTICA, *Diritto e letteratura*, cit., part. p. 275 e ss.; CARUSI, *Sua maestà legge?*, cit., part. pp. 6 e ss., 337 e ss., tutti con bibl.

(4) Sin dai contributi di Ferruccio Pergolesi (1927) e Antonio D'Amato (1936). Ampia disamina di questi e altri studi — inclusi alcuni di carattere storico-giuridico, a partire almeno da Emilio Costa — in SANSONE, *Diritto e letteratura*, cit., p. 4 e ss. Cfr. anche MITTICA, *Diritto e letteratura*, cit., part. pp. 277-278.

(5) Così in apertura di uno dei contributi italiani più interessanti dal nostro punto di vista: T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, I, Torino, Utet, 1960, p. 107 e ss. Per una sua rilettura cfr., da ultimo, E. DICCIOTTI, *La produzione del diritto tramite l'interpretazione e la responsabilità politica dell'interprete nel pensiero di Tullio Ascarelli*, in *Su Ascarelli*, a cura di S. Pagliantini e C. Pasquariello, Torino, Giappichelli, 2021, p. 119 e ss.

(6) Queste le due declinazioni che, sempre in America, sono state da tempo individuate, distinguendo 'Law as Literature' e 'Law in Literature'. Utili ragguagli, non solo bibliografici, in SANSONE, *Diritto e letteratura*, cit., part. p. 77 e ss.; E. CANTARELLA, *Premessa*, in *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, a cura di E. Cantarella e L. Gagliardi, Milano, Led, 2007, p. 9 e ss.; MITTICA, *Diritto e letteratura*, cit., part. pp. 276, 282 e ss. Da ultimo cfr. CARUSI, *Sua maestà legge?*, cit., p. 337 e ss., attento anche a un'ulteriore versione, che può denominarsi di 'Law of Literature' (egli vi dedica spazio già alla p. 169 e ss., relative a varie questioni giuridiche della storia dell'editoria), ma che evidentemente ci conduce piuttosto lontano.

tutt'altro che di un *divertissement* (7). Le lenti del giurista (per usare ancora un'espressione cara a Grossi) non sono meno necessarie che nel lavoro più tradizionale. Solo che esse dovranno essere inforcate, in questo caso, per accostarsi a fonti usualmente frequentate da altri studiosi, le quali perciò esigono l'acquisizione di molteplici competenze e la disponibilità a muoversi su terreni di frontiera, a cavallo fra discipline (8). Dunque, né 'nuovismi' succubi delle mode, né scorciatoie ingannevoli per chi invece dovrebbe essere introdotto nella severa specificità del diritto.

Ma se quest'ultimo è sempre, nella sua essenza, risposta all'esigenza d'ordine sollevata dall'umana convivenza, e al contempo espressione culturale — per cui la lingua e le pratiche discorsive assumono una valenza assolutamente costitutiva (9) —, perché stupirsi che corrano innumerevoli interazioni fra esso e la letteratura, lì dove (10) « delle parole è l'ombra, la trasparenza, il peso »? E come sorprendersi se lo storico del diritto (di qualsiasi epoca) sarà, anche in quest'ambito, capace di una salutare relativizzazione: così da mostrare, fra le altre cose, come fra certi saperi non sempre siano esistite le barriere che la contemporaneità ha eretto, facendocene percepire come necessarie e quasi ovvie? Egli avrà anzi l'occasione di misurarsi con stagioni e generi della letteratura in cui trovare

(7) Pressoché in questi termini MITTICA, *Diritto e letteratura*, cit., p. 299.

(8) È anche questa, in definitiva, « una sfida alla divisione fra le culture », come recita l'emblematico sottotitolo di F. GALGANO, *Il diritto e le altre arti*, Bologna, Editrice Compositori, 2009 (di cui in particolare si vedano, su « diritto e letteratura », la p. 25 e ss.). Possiamo scorgervi uno dei (non pochi) percorsi praticabili da chi intenda reagire alla « barbarie dello specialismo » oggi imperante — ma la formula, risalente a Ortega y Gasset, già ricorre più volte in Emilio Betti: cfr. E. STOLFI, *De elegantia philosophi iuris*, in « Quaderni fiorentini », 51 (2022), pp. 693-694 e nt. 20.

(9) Una suggestiva valutazione del rapporto fra diritto e parole — traendo spunto da un'osservazione del *Glossario* di Carl Schmitt (« costantemente ti accorgi di essere in balia di parole. Ogni potere è comando, ogni comando è parola [...] non abbiamo altro veicolo che la parola ») — è in N. IRTI, *I 'cancelli delle parole' intorno a regole, principi, norme*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, pp. 7 e ss., part. 40 e ss. Acuti rilievi, muovendo dal sottotitolo di un mio libro (ma andando ben oltre i suoi meriti), anche in F.M. DE SANCTIS, *Interpretare, argomentare, deliberare nella crisi dello Stato contemporaneo*, in « Quaderni fiorentini », 49 (2020), p. 729.

(10) Diremmo col Neruda richiamato da CARUSI, *Sua maestà legge?*, cit., p. 431.

formulati proprio i grandi interrogativi che incombono sulla coscienza di ogni giurista.

Ne ho fatto personale esperienza cercando di inoltrarmi, senza appunto abdicare a una prospettiva storico-giuridica, nel laboratorio tragico del V secolo a.C. ⁽¹¹⁾. La duplice peculiarità — di quella forma poetica e del diritto attico ⁽¹²⁾ — non impedisce affatto di cogliere l'emersione di questioni di fondo con cui mai abbiamo smesso di confrontarci, e in modo spesso non meno angosciato. Dalla natura ambivalente del potere, sempre sul punto di degenerare in tirannide o di dar corpo all'incubo della guerra civile — due motivi onnipresenti, non a caso, tanto in teatro quanto nell'immaginario pubblico ateniese —, alle irrisolte criticità della democrazia e dell'uso della parola (in grado di persuadere e conciliare, ma anche soverchiare e irretire). Dal fondo cupo di violenza e terrore in cui si specchiano gli assetti istituzionali — ma dal quale essi neppure possono completamente prescindere — alla ricerca di univoci criteri che definiscano la responsabilità dell'individuo, quale anello di una catena attraverso la quale le colpe si trasmettono e dilatano. Dall'incapacità delle disposizioni dettate dalla compagine pubblica a esaurire l'orizzonte normativo alla difficile composizione fra la tutela del bene comune e la salvaguardia di specifici interessi.

Peraltro, ciò che ho rivendicato come una peculiarità del mio oggetto d'indagine lo è forse meno di quanto allora pensassi. Mi è infatti occorso di sottolineare come occuparsi di Eschilo, Sofocle ed Euripide, nella visuale che qui interessa, non si esaurisca affatto in una rassegna dei loro riferimenti, più o meno espliciti, a questo o quell'istituto giuridico allora in vigore (la linea di lavoro più ricorrente nelle non molte indagini condotte da cultori dei diritti antichi), ma dovesse aprirsi a un'interrogazione più radicale: quindi al modo — pur storicamente determinato, inutile dirlo, e perciò mai omolo-

⁽¹¹⁾ Cfr., da ultimo, E. STOLFI, *La giustizia in scena. Diritto e potere in Eschilo e Sofocle*, Bologna, il Mulino, 2022, nonché ID., *La democrazia a teatro. Scene di voto nella tragedia greca*, in « *Specula iuris* », 1 (2021), 2, p. 5 e ss. e ID., *Di chi è la colpa? Note attorno a volontà e responsabilità individuale nella tragedia greca*, in « *Studi Senesi* », 133 (2021), p. 327 e ss., tutti con altra bibl.

⁽¹²⁾ Per le ragioni che ho provato a chiarire in STOLFI, *La giustizia in scena*, cit., p. 15 e ss.

gabile al nostro ⁽¹³⁾ — in cui quei poeti portavano alla luce i nodi irrisolti, e forse irrisolvibili, che solleva la disciplina di una comunità. Se rimango convinto che questa sia una prestazione tipica, per certi versi ineguagliabile e inesauribile, di quella « macchina per fabbricare perplessità » ⁽¹⁴⁾ che fu la scena tragica dell'Atene democratica, mi domando se qualcosa di simile, mutato quel che è da mutare, non valga anche per le successive espressioni letterarie, almeno le più alte. Mi chiedo cioè se, anche in riferimento ad esse (e tralasciando la prospettiva del 'Law as Literature', qui meno pertinente), lavorare su 'Law in Literature' non significhi comunque, in modo quasi inevitabile, scandagliare quanto di più perturbante quella prosa o poesia d'autore consegna alla sensibilità del giurista — ove non s'acquieti nella contemplazione del nudo dato normativo, ieri od oggi vigente.

Se la letteratura è probabilmente il mezzo più efficace per cogliere il disordine della vita, non è forse proprio chi sia professionalmente vocato alla costruzione e custodia dell'ordine (o almeno di *un* ordine) ⁽¹⁵⁾ il primo a esserne chiamato in causa, quasi il suo destinatario privilegiato — apparentemente il più lontano e dissimile, eppure il più intimamente coinvolto? In questo senso credo di dover vincere la fascinazione che il teatro antico ha esercitato su di me, e convenire che — fermo restando lo spazio che alle sue

⁽¹³⁾ Esempiare il caso delle tragedie ancor oggi più frequentate dai giuristi (ma spesso senza troppi scrupoli filologici né un'adeguata contestualizzazione): l'*Oresteia* da un lato e l'*Antigone* dall'altro. Se a proposito della trilogia eschilea si rivela davvero troppo semplicistico interpretarla nel senso di un lineare e univoco progresso, che esalti la transizione dalla vendetta al processo (o, ancor peggio, al diritto), altrettanto inattendibili risultano gli sforzi di immettere nel testo di Sofocle conflitti — fra legge naturale e legge positiva, normativa orale e scritta, *ius* e *lex*, morale e diritto, 'disobbedienza civile' e 'ragion di Stato' — che in realtà gli sono affatto estranei, o almeno li configurati in tutt'altri termini. Posso ora rinviare, rispettivamente, a STOLFI, *La giustizia in scena*, cit., part. pp. 39 e ss. e 201 e ss., ove ho cercato di mostrare come proprio lo sforzo di recuperare l'originaria semantica di quelle opere non ne attenui, ma semmai arricchisca, il rilievo per chi rifletta sulla dimensione più intima e problematica del giuridico.

⁽¹⁴⁾ Secondo la formula di Barel ripresa da F. OST, *Mosè, Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*, trad. it. Bologna, il Mulino, 2007, p. 179.

⁽¹⁵⁾ Efficace CARUSI, *Sua maestà legge?*, cit., p. 414: « quanto il poeta è un destabilizzatore, chi si occupa di diritto è un funzionario dell'ordine », il che però « non evoca necessariamente un ideale reazionario ».

testimonianze non può essere negato da chi si occupi di ‘Law in Literature’⁽¹⁶⁾ — anche in riferimento a molta produzione posteriore converrebbe muoversi in una logica un po’ diversa. Potremmo chiamarla di ‘Literature for law’, o più propriamente ‘for lawyers’.

2. *Alla ricerca del titolo.*

E se invece di un giurista a fruire della letteratura, in modo quasi compulsivo, fosse un’altra figura, ancor più di lui istituzionalmente deputata ad assicurare stabilità e disciplina — che so, il sovrano di un grande paese geloso delle sue tradizioni, a cominciare dalla stessa monarchia? È l’eventualità, dai non pochi risvolti problematici, che immagina Alan Bennet in *The Uncommon Reader*. Un libriccino lieve e godibile, il cui andamento a tratti monocorde è ampiamente compensato da una conclusione folgorante. Ma il finale che qui preme richiamare non è il suo, bensì quello (ove è appunto menzionato Bennet) del ponderoso volume che è alla base di queste considerazioni, e mi ha fornito non pochi spunti anche per il ripensamento — dal ‘Law in Literature’ alla ‘Literature for lawyers’ — che ho appena sommariamente esposto.

Donato Carusi è un civilista che da alcuni anni accompagna all’indagine attorno a temi più o meno consueti nella sua disciplina (dal contratto illecito e le obbligazioni *ex lege*, ad esempio, al ‘biotestamento’) un’attività di ricerca e insegnamento su ‘Diritto e Letteratura’. In *Sua maestà legge?* offre un denso affresco storico di quel binomio, dal tardo diritto comune (se preferiamo, dai tempi di *Gargantua e Pantagruelle* e del *Don Chisciotte*) quasi ai giorni nostri. Un’opera di sintesi, dall’ampio respiro: sarei tentato di dire una ‘Gesamtdarstellung’, se ciò non rischiasse di apparire anacronistico

⁽¹⁶⁾ Cosa, del resto, avvertita da tempo in area anglofona. Cfr. ad esempio T. ZIOLKOWSKI, *The Mirror of Justice. Literary Reflections of Legal Crises*, Princeton, University Press, 1997, part. p. 20 e ss.; M. ARISTODEMOU, *Law & Literature. Journeys from Her to Eternity*, Oxford, University Press, 2000, part. p. 64 e ss.; D. ALLEN, *Greek Tragedy and Law*, in *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, ed. by M. Gagarin and D. Cohen, Cambridge, University Press, 2005, p. 374 e ss.

in un tempo, come l'attuale, che non smette di celebrare l'esaurirsi delle 'grandi narrazioni' (17).

Ma più che l'approccio, di per sé non banale e anzi inconsueto (18), interessa ora il titolo. Riguardo ad esso, così come a molti di quelli adottati per i capitoli e i paragrafi, l'autore preferisce senz'altro la forza suggestiva alla trasparenza dell'indicazione: diciamo pure il gusto evocativo, e tutto letterario, alla rigorosa precisione tipica del giurista. Se non vi fosse il punto interrogativo, avremmo anzi il sospetto di una voluta ambiguità — omografica, benché non omofonica, e sintattica —, col terzo vocabolo suscettibile di essere inteso come sostantivo (la 'legge', modernamente concepita come sovrana, e perciò qualificata « sua maestà ») oppure quale terza persona del verbo 'leggere'. Peraltro, trattandosi di una domanda, il secondo sembrerebbe senz'altro il significato da preferire.

Ma la conferma è data da un sapiente ordito intertestuale, che svela trattarsi di una tacita citazione. In nessun luogo del libro di Carusi, infatti, torna quell'interrogativo, né tantomeno è rivelata l'esistenza di una fonte da cui sia ricavato. Occorre attendere l'ultima pagina dell'ultimo capitolo (prima dell'appendice di *Bibliografia e pretesti* che lo chiude, come nel caso di quelli precedenti) per trovare un indizio: la menzione, come anticipato, del romanzo di Bennet. Un colpo degno di Umberto Eco, il quale solo alla fine del suo romanzo più fortunato, come noto, ne lasciava comprendere il titolo, riportando un verso (19) risalente a Bernardo Morliacense: *stat rosa pristina nomine, nomina nuda tenemus*.

Carusi, tuttavia, si spinge anche oltre. Menziona Bennet, quasi invita alla sua lettura. Ma è unicamente da quest'ultima, e quando siamo ormai nella seconda metà del libro, che ricaviamo la nostra espressione. Si tratta del passaggio in cui il vecchissimo Sir Claude

(17) Il che ovviamente vale per la storiografia in genere, e non solo per quella giuridica, né deve essere assunto come un dato scontato o privo di alternative. Ho cercato di esporre le ragioni della mia cautela in E. STOLFI, *Zwischen Gesamtdarstellungen und „Microhistoire“*. *Einige Bemerkungen über die heutige italienische Rechtsgeschichtsschreibung*, in « Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte », 42 (2020), 3-4, pp. 243 e ss., part. 249 e ss.

(18) Vi tornerò al § 3.

(19) Almeno secondo una delle due versioni esistenti: ma questo lo apprendiamo ancora più tardi, dalle *Postille* a *Il nome della rosa*.

— al servizio dei re d’Inghilterra sin dagli anni di Giorgio V — chiede a Sir Kevin, segretario privato di Elisabetta II: « Sua Maestà legge? E che male può farle? » (20). Senza un’esplicita e puntuale citazione, ma fornendoci gli elementi per risalirvi, è come se il nostro autore c’inducesse a prendere molto sul serio queste parole, farne quasi una chiave interpretativa per il proprio testo. Per una sorta di ‘ironia tragica’ (21), la seconda non costituisce affatto una domanda retorica, come vorrebbe chi la pronunzia. E ciò sia nell’economia del racconto di Bennet, sia — cosa che ora maggiormente interessa — rispetto alla ricognizione di Carusi. Il suo titolo svela, in una simile prospettiva, una polisemia ben più ricca del possibile, e un po’ trito, gioco di parole cui alludevo.

La letteratura ha un impatto sul potere (gli « fa del male », eventualmente), dunque anche su strutture e uomini che danno regole ai consociati? È davvero in grado di distogliere dalle liturgie del governo, inducendo a interpellare la cifra più autentica dell’umano, in una meditazione che dall’attività (almeno in apparenza) passiva della lettura transita non di rado in quella propositiva di una propria e intima scrittura (come appunto accade alla regina di Bennet)? Ha realmente ripercussioni destrutturanti, o almeno critiche, sull’ordine costituito e le sue gerarchie, così da potersi riverberare anche sulle decisioni adottate a livello giuridico? Difficile, naturalmente, dare un’unica e perentoria risposta, evitando il rischio di qualche romantica sopravvalutazione. Nella storia (soprattutto) moderna e contemporanea, tuttavia, non può negarsi l’esistenza di problematiche che romanzieri e poeti hanno saputo cogliere, ponendole con forza all’attenzione dell’opinione pubblica, assai prima che esse trovassero qualche risposta — graduale e prudente, quando non esitante — nelle innovazioni del legislatore e nell’impegno dei giuristi (22).

(20) Si veda A. BENNET, *La sovrana lettrice*, trad. it. Milano, Adelphi, 2007, p. 72.

(21) Nel senso in cui siamo soliti parlarne per i tragediografi antichi, e in particolare per Sofocle: STOLFI, *La giustizia in scena*, cit., p. 257 e ss. ove bibl.

(22) Esempio quanto, in riferimento a « letteratura e condizioni di lavoro » nel XIX secolo, osserva CARUSI, *Sua maestà legge?*, cit., p. 107 e ss.: autori quali Dickens e Zola « hanno mostrato [...] come l’attribuzione a tutti gli uomini della stessa, piena capacità contrattuale [...] non sia una garanzia di generale felicità e possa facilmente metter capo a crudeli soprusi ». Proprio dalle loro pagine emerge — con una nettezza che solo successivamente, e con molta più fatica, si riproporrà in alcuni giuristi — come

La questione, però, è forse ancor più generale e profonda, sganciata da specifiche contingenze sociali. Essa si lega proprio a una prestazione essenziale della letteratura: lo scavo inesausto circa l'esistenza dell'uomo — nella sua disperante solitudine come nella sua sempre complessa relazione con gli altri consociati —, il suscitare domande prima che additare soluzioni, portare alla luce tratti antinomici che sgomentano e inquietano, quali nessun culto dell'ordine o del progresso può elidere né pienamente superare. E se davvero *omne ius è hominum causa constitutum* ⁽²³⁾, anche in questo senso — oltre che in quello, prettamente formativo, a cui si riferisce Carusi nella *Premessa* — comprendiamo come « la letteratura sia un insostituibile fattore di promozione del diritto » ⁽²⁴⁾.

3. *Un cantiere aperto.*

È qui possibile illustrare appena qualche tratto del libro in questione. Un testo a suo modo 'ibrido', che interseca generi diversi: l'autore stesso dichiara subito di avere sempre avuto « la certezza che non si trattasse di un manuale », ma semmai di proporre « un discorso dalle aspirazioni blandamente didattiche » ⁽²⁵⁾.

Sua maestà legge?, allora, offre anche un'occasione per riflettere sullo statuto dell'insegnamento di 'Diritto e letteratura', con la bibliografia che può supportarla. Una materia che potremmo dire atipica, in quanto sfuggita (almeno per ora) a ogni incasellamento burocratico. Come nel modello americano, essa conserva i tratti aperti e fluidi di un 'Movement', senza soffrire l'angustia dell'attribuzione a un unico settore disciplinare. Chi ha interesse ed energie per dedicarvisi, potrà — ove riscontri, presso colleghi e discenti, un terreno propizio per la sua attivazione — tentare questa piccola avventura. Nessuno, voglio sperare, vi vedrà un terreno da coloniz-

l'eguaglianza (formale) conquistata nell'età del decollo delle borghesie europee, e allora tanto osannata, possa rivelarsi null'altro che una delle grossiane « mitologie giuridiche della modernità ».

⁽²³⁾ Come, alla fine del III secolo d.C., affermava Ermogeniano in un celebre passo, conservato in *Digesto* 1.5.2.

⁽²⁴⁾ Così CARUSI, *Sua maestà legge?*, cit., p. XIII.

⁽²⁵⁾ Cfr. CARUSI, *Sua maestà legge?*, cit., pp. XIII-XIV.

zare, in cui cioè ‘piantare la bandiera’ prima di altri, per poi magari rivendicare l'*appeal* del corso impartito.

Nella mia prospettiva, il mancato inquadramento istituzionale è assai più un vantaggio che un inconveniente cui porre rimedio. Favorisce l'eterogeneità degli approcci, il coinvolgimento di professori dal diverso profilo disciplinare ⁽²⁶⁾, le loro opportunità di interazione (fino alla possibile, e anzi auspicabile, contitolarità dell'insegnamento, come talora accade), la destinazione a una platea mista di studenti di Giurisprudenza e di Lettere. L'esigenza di un approccio intersettivo è *in re ipsa*, negli stessi temi da affrontare: benissimo, dunque, che si proietti sul tipo di docenti coinvolti e nella libertà dei loro programmi. Si tratta, in definitiva, di un cantiere aperto: spazio di dialogo e sperimentazioni, in cui la cultura giuridica può veramente scoprirsi cultura *tout court*, ma anche valorizzare forti elementi di unitarietà fra le sue molte anime, proprio grazie al confronto con l'altro, cioè misurandosi con la letteratura. Dirà il tempo, se davvero non si tratta di una moda effimera, se il 'movimento' potrà assumere tratti più univoci.

Che manchi un'ortodossia cui votarsi, neppure a livello didattico, personalmente non mi scandalizza affatto — e non credo solo perché a mia volta tacciato di 'eterodosso' per le indagini verso cui inclino. Questo ovviamente non equivale a un'assoluta indifferenza per i diversi approcci praticabili. Il metro su cui valutarli dovrà essere però solo quello della serietà del lavoro, della sua significatività *sub specie iuris*, della fecondità delle suggestioni che sia possibile ricavarne — senza che costituisca un discrimine il tipo di fonti frequentate, l'arco cronologico coinvolto, le materie giuridiche con cui si instaurano le più strette connessioni o la forma della disamina, dispiegata sull'arco di secoli oppure concentrata nell'approfondimento di pochi testi.

Da quest'ultimo punto di vista, come anticipato, il libro di Carusi propone un taglio ben definito, e tutt'altro che usuale. Oltre trecento anni di storia vi vengono ripercorsi integrando una duplice prospet-

⁽²⁶⁾ Lo conferma, effettivamente, un rapido sguardo alle sedi italiane ove è attivato il nostro insegnamento, di volta in volta affidato a penalisti, filosofi del diritto, civilisti (come appunto con Carusi a Genova), comparatisti, storici del diritto medievale e moderno oppure dei diritti antichi (è il caso di chi scrive, a Siena).

tiva: da un lato, quella degli snodi giuridici che l'hanno scandita, ovviamente a ridosso di eventi politici e dinamiche sociali; dall'altro, quella della letteratura che vi si è sviluppata. Un disegno ambizioso, dietro al quale affiora (soprattutto sul secondo versante) una massa impressionante di letture, di cui spesso non si rinuncia a riprodurre ampi squarci (27) — la loro frequenza, e lunghezza, può a tratti disturbare, ma arricchisce la varietà degli scenari: in fondo, il volume è anche un'antologia, o se preferiamo, ancor più di altri, un 'libro di libri'. Sarebbe davvero ingeneroso, di fronte a un itinerario di tale respiro, cavillare sulle scelte compiute. Ciascuno, secondo i propri gusti, potrebbe indicare autori e scritti meritevoli di uno spazio maggiore o minore, e dunque trovare ingiustificate certe omissioni, oppure troppo rapide o al contrario eccessivamente dettagliate alcune pagine di Carusi. E questi avrebbe ben ragione di replicare con la battuta di cui si servì Tolkien a fronte delle critiche, di segno diverso se non opposto, suscitate da *Il signore degli anelli*. Essendone il lettore più severo, egli riconosceva che la propria opera avesse molti difetti, ma si proponeva di « passarli sotto silenzio, eccetto uno che è stato notato anche da altri: il libro è troppo corto » (28).

Più rilevanti, soprattutto nell'ottica di una discussione attorno alle modalità didattiche di 'Diritto e letteratura', sono forse altre possibili riserve. Penso in primo luogo al carattere piuttosto istituzionale — diciamo pure, esso sì, 'manualistico' — della ricostruzione storica, e anche storico-giuridica, che fa da sfondo all'intera vicenda. Un'opzione in certa misura imposta dall'economia del discorso, ma che non sempre si smarca da stereotipi un po' consunti (29), e dunque conduce

(27) Davvero cospicuo l'« indice cronologico delle opere letterarie dalle quali sono stati riportati estratti »: CARUSI, *Sua maestà legge?*, cit., pp. 455-458.

(28) Così nella *Prefazione* alla seconda edizione inglese: J.R.R. TOLKIEN, *Il Signore degli Anelli. La Compagnia dell'Anello*, trad. it. Milano, Bompiani, 2005¹⁹, p. 27.

(29) O sfocia comunque in affermazioni che, in varia misura, possono suscitare perplessità. Mi limito a ricordare quanto Carusi osserva (p. 47) circa la « netta demarcazione tra i concetti di proprietà e di sovranità » che sarebbe stata tracciata (solo) con la Rivoluzione e il Code Napoléon, così da sancire « l'idea moderna di proprietà privata, che reca in se stessa una drastica limitazione ». Osservazioni entrambe discutibili, stante l'evidente simmetria che allora sovranità e proprietà conservarono, se non accentuarono, sul piano di macrosoggettività statale e microsoggettività dell'individuo (una figura astratta e universale, che in realtà assumeva i tratti pressoché immancabili del proprietario, con

a smarrire qualcosa della dimensione critica che la sensibilità letteraria consente invece di guadagnare. Per non parlare dell'idea di 'potere' che, sin dal trinomio del sottotitolo, è tante volte evocata, ma quasi sempre per alludere a ciò contro cui si leva (o almeno può levarsi) la voce della letteratura: un polo dialettico tendenzialmente da identificare in ben precise strutture politiche, laddove sappiamo (da Foucault in poi) di doverci misurare proprio con la sua 'deterritorializzazione', seguendo le tracce delle composite interazioni che intrattiene anche col sapere. Talora, poi, neppure appare univoco e immediato il nesso fra certi riferimenti giuridici e il contesto letterario. Così è ad esempio, almeno per me ⁽³⁰⁾, riguardo alle notazioni dedicate all'art. 12 delle 'Preleggi', incastonate fra *Alice nel paese delle meraviglie* e una battuta di Karl Kraus ⁽³¹⁾.

« limitazioni » piuttosto modeste, né proprio inedite), e considerato anche l'autentico « palinsesto giuridico » (nel senso di P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, p. 99 e ss.) che abbiamo imparato a scorgere nella disciplina napoleonica delle situazioni reali. Ma penso anche a quanto sostenuto (in *Sua maestà legge?*, cit., p. 290) circa « l'uso misurato », nella codificazione civile del 1942, di « clausole generali » — laddove sarebbe come minimo da considerare lo spazio notoriamente ben più cospicuo, rispetto al testo previgente, che ottennero buona fede ed equità (per non parlare della 'meritevolezza di tutela' cui si riferisce, senza corrispondenza nell'art. 1103 c.c. 1865, una disposizione nevralgica quale l'attuale art. 1322 c.c.), e sempre con implicazioni tutt'altro che neutre, almeno nel disegno originario.

⁽³⁰⁾ A prescindere, naturalmente, dal giudizio che possa nutrirsi riguardo alla disposizione che stiamo per ricordare. Temo in effetti che, per quanto a mia volta ho scritto circa l'art. 12 delle 'Preleggi' (cfr. E. STOLFI, *Quantum datur. Note in tema di interpretazione « diffusa »*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, II, Milano-Padova, Wolters Kluwer-Cedam, 2016, p. 1346 e ss. e ID., *Gli attrezzi del giurista*, cit., pp. 128-129, 233, entrambi con bibl.), anch'io sarei posto da Carusi fra chi, gravemente sbagliando, lo « vituperava come un parto dell'autoritarismo » (così in *Sua maestà legge?*, cit., p. 415). Non escludo, naturalmente, di avere errato o almeno ecceduto nei toni, peraltro in ricca e autorevole compagnia. Non riesco tuttavia a condividere l'entusiasmo che, all'estremo opposto, quell'articolo desta nel nostro autore. E trovo davvero riduttivo quanto egli sostiene (pp. 415-416 nt. 4) a proposito della diversa formulazione adottata nel 1942 in tema di *analogia iuris*, col richiamo ai « principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato » che venne a sostituire quello, del 1865, ai « principi generali di diritto ». Un'evidente serrata statualista, dai toni quasi gentiliani, che mi guarderei dal considerare un « rinvio [che] si rivela al giudizio politico, se non ineccepibile, quasi del tutto innocuo ».

⁽³¹⁾ Si veda CARUSI, *Sua maestà legge?*, cit., pp. 412-416. Un cenno alle « Disposizioni sulla legge in generale » del 1942 è già a p. 290, ove è segnalato che i professori impegnati nella riforma « riuscirono a ottenere » che esse venissero « anteposte al

Più in generale, viene da chiedersi se un simile sforzo di sintesi non sia in qualche misura prematuro, a fronte di un lavoro di analisi che — non dico da parte dell'autore, dal quale sarebbe esigibile solo in minima parte, ma dall'insieme di quelli che egli chiama « giusletteraturisti »⁽³²⁾ — è spesso appena agli inizi. Carusi stesso ha condotto altrove un altro genere di ricerca, interamente dedicata a un solo autore⁽³³⁾. Qui segue il modello pressoché opposto: rinuncia all'indagine in profondità pur di rievocare e intrecciare il maggior numero di scritture, seguirne a grandi linee le tappe (stimate) salienti, suggerirne confronti, più o meno puntuali, con le coeve trasformazioni sociali e giuridiche. Prima ancora che un personale esercizio d'interpretazione — che pure, immancabile, presiede già alla cernita delle opere su cui sostare —, il libro di Carusi è un 'invito alla lettura', in senso tutt'altro che metaforico. Un costante e documentatissimo appello a frequentare direttamente romanzi e racconti, facendosene una propria idea, guidati dalla nussbaumiana 'intelligenza delle emozioni': nella convinzione che questo più di tutto possa aprire la mente, anche del giurista.

Un'educazione alla libertà (e dunque responsabilità) intellettuale, che è forse l'insegnamento più fecondo che ci lascia il volume, al di là di qualche rilievo critico a cui può prestarsi, e anche ciò che è legittimo attendersi da ogni corso di 'Diritto e letteratura'.

codice ». Peraltro, un simile modo d'esprimersi rischia forse di suscitare fraintendimenti, inducendo (soprattutto qualche studente) a pensare che analoghi precetti mancassero nella codificazione anteriore — cosa ovviamente non vera, ché anzi alcune disposizioni affondavano in una tradizione ancor più risalente: un classico, circa l'articolo richiamato alla nt. precedente, rimane G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale)*, in « Foro Italiano », 1969, p. 112 e ss.

⁽³²⁾ Cfr. ad esempio CARUSI, *Sua maestà legge?*, cit., pp. 338 e 358.

⁽³³⁾ Si veda soprattutto *Che farò quando tutto brucia? Una lettura politico-giuridica di António Lobo Antunes*, Pisa, Pacini, 2019. Sullo scrittore portoghese Carusi torna rapidamente in *Sua maestà legge?*, cit., pp. 435 e 451. Qui egli gustosamente diffida dal leggere il suo libro precedente « chiunque non abbia prima fatto esperienza diretta » dei romanzi di Lobo Antunes: vivida testimonianza di quella specie di 'mobilitazione alla lettura' di cui si dirà fra un attimo, nel testo.

Testimonianze

PIETRO COSTA

BARTOLOMÉ CLAVERO:
UNO STORICO 'MILITANTE' (*)

Ho accolto l'invito degli amici e colleghi dell'Università di Siviglia con gratitudine e con emozione: con gratitudine, perché vedo in questo invito la generosa intenzione di porre l'accento sulla vicinanza, culturale e ideale, fra Firenze e Siviglia, e con emozione, perché il nostro incontro sottolinea un'assenza difficile da accettare per tutti noi. E ad accentuare il senso della perdita contribuisce il ricordo della festa organizzata, appena pochi anni fa, nel settembre del 2017, per celebrare i settanta anni di Bartolomé Clavero.

Clavero (Pipo, per tutti noi) ci manca e continuerà a mancarci e proprio per questo è essenziale l'operazione della memoria. È la memoria l'unico strumento che abbiamo per impedire che l'assenza divenga un vuoto incolmabile. È la memoria che permette di trasformare la lontananza in vicinanza e rende possibile la continuazione di un dialogo. In questa prospettiva, Pipo è vicino e presente, perché egli è stato e continua a essere, per tutti e per ciascuno, un importante, ineludibile termine di confronto.

Sono soprattutto i colleghi e gli allievi di Pipo che possono offrire l'immagine più completa della sua personalità e della sua opera. La mia testimonianza ha inevitabilmente una portata minore, se non altro a causa della mia localizzazione (geograficamente e linguisticamente) lontana. Certo, ad avvicinarmi, idealmente se non materialmente, a Pipo hanno sempre concorso due elementi: in primo luogo, l'interesse che suscitavano in me gli scritti che a ritmo incalzante uscivano dal suo attivissimo e innovativo laboratorio

(*) Intervento tenuto presso l'Università di Siviglia, il 15 dicembre 2022, in occasione del Acto Homenaje a Bartolomé Clavero.

intellettuale; e, in secondo luogo, il rapporto che egli aveva stretto con Paolo Grossi fino dagli anni Settanta.

Clavero amava definirsi un 'autodidatta'. Conviene però intendersi sul significato di questa affermazione. Egli poteva dirsi autodidatta in quanto, in una Spagna ancora franchista e in una storiografia giuridica ancora egemonizzata da Alfonso García Gallo, la sua sistemazione accademica non era stata né facile né certa. E autodidatta poteva dirsi anche in un senso più profondo, in quanto la sua indipendenza di pensiero, la sua insofferenza verso qualsiasi dogma passivamente accettato lo costringevano a cercare una strada propria, accogliendo (dalla vita come dai libri) le più diverse suggestioni e rielaborandole creativamente. Egli però, se pure rifiutava il principio di autorità, non respingeva la *auctoritas* di studiosi da lui apprezzati non in quanto accademicamente influenti, ma in quanto culturalmente stimolanti. Erano questi gli studiosi che egli indicava come suoi 'Maestri'; e per Pipo i Maestri così intesi sono stati, se non sbaglio, due: Francisco Tomás y Valiente e Paolo Grossi.

In più occasioni (e in particolare nella bella intervista uscita sul « Forum Historiae Iuris » nel 2008 a cura di Fernando Martínez e Alejandro Agüero) Pipo dichiara di aver veduto in Paolo Grossi un suo Maestro: con Grossi — scrive Pipo — « entablé una relación discipular » e ho considerato per molto tempo — continua Pipo — come miei « vademécumes » due suoi libri, la *Locatio ad longum tempus* e *Un altro modo di possedere*.

Clavero, Tomás y Valiente e Grossi: personaggi diversissimi fra loro e tuttavia uniti da relazioni di stima che andavano al di là dell'età e della posizione accademica e avrebbero trovato, per così dire, la loro consacrazione dopo la tragica scomparsa di Tomás y Valiente. A Tomás y Valiente, infatti, Clavero dedicherà un'approfondita 'biografia intellettuale' e la pubblicherà nel 1996 proprio nella Biblioteca del Centro di Studi per la storia del pensiero giuridico moderno diretto da Paolo Grossi.

Quale fosse il terreno di incontro fra Clavero e Grossi è facilmente comprensibile: il *mare magnum* delle società europee fra medioevo e prima età moderna. Come avventurarsi in questo mare? È una domanda sulla quale entrambi si interrogavano. Ed erano ormai maturi i tempi per prendere le distanze dalla *vulgata* che proiettava all'indietro nel tempo lo Stato nazionale dominante nel

secolo XIX e parlava disinvoltamente di uno 'Stato medievale'. Grossi si muoveva in questa direzione, implicita nei suoi giovanili lavori medievistici (per l'appunto nella *Locatio ad longum tempus* apprezzata da Pipo) e poi pienamente sviluppata nel *L'ordine giuridico medievale*, del 1995; e Pipo costruisce tutta la sua imponente ricognizione della società di antico regime individuando, come perno e punto di equilibrio di quella società, non lo 'Stato', ma la fitta trama normativa e ordinamentale dello *ius commune*: una trama che Pipo considerava addirittura una 'infrastruttura', una struttura portante, della società di antico regime. E conviene ricordare che anche un altro grande amico dei « Quaderni fiorentini », Antonio Hespanha (anch'egli perduto e pur sempre di nuovo ritrovato nel ricordo e nell'ammirazione degli amici ed estimatori) si muoveva, negli stessi anni, in una direzione analoga. E proprio Antonio Hespanha era uno di quei compagni di viaggio che Pipo ricordava come importanti per la sua impresa intellettuale: un'impresa che — come egli amava ripetere — non era un'esplorazione solitaria, ma era un'avventura comunitaria.

Da questa audace peregrinazione nel mare delle società di antico regime escono opere di grande spessore e impatto. Mi limito a ricordare il contributo forse più celebre: *Antidora. Antropologia catòlica de la economia moderna*, pubblicato anch'esso nella Collana diretta da Paolo Grossi nel 1991. *Antidora*, e i tanti scritti che Pipo ha dedicato all'analisi delle società che chiamo (per intenderci) di antico regime, sono divenuti punti di riferimento obbligati, acquisizioni imprescindibili per chiunque voglia conoscere la soggiacente antropologia (come amava dire Pipo) di quelle società, le loro strutture profonde: strutture capaci di resistere ai mutamenti superficiali, strutture di 'lunga durata', che costringono a spostare molto avanti nel tempo il transito di tante società europee dal regime 'antico' a una piena e conclamata 'modernità'.

Quali erano le radici dell'interesse di Pipo nei confronti delle società premoderne? Conviene forse evocare a questo proposito il suo interesse, emozionale e intellettuale, nei confronti dell'alterità, nei confronti di ciò che è lontano e diverso. Il mondo premoderno era un mondo 'altro', non riconducibile e assimilabile alla nostra forma di vita, ai nostri giudizi e pregiudizi. Proprio per questo esso offriva un'indiretta conferma che un altro modo di vivere e convi-

vere era possibile; e che quindi il presente, se compreso nella sua precisa storicità, non era un bunker privo di finestre e di vie di uscita. Le vie di uscita esistevano, dovevano esistere: ed era urgente trovarle.

È questa urgenza che sospinge il giovane, o giovanissimo, Clavero a guardare al passato, a interrogare la storia, a trarre da essa sollecitazioni a cambiare le regole del gioco. Prende forma un profilo che a me sembra caratteristico dell'intera parabola intellettuale ed esistenziale di Pipo: l'intreccio, la reciproca implicazione, fra passione e intelligenza, fra la passione 'militante' e il giudizio critico. La storiografia, per Pipo, non è l'espressione di una distaccata e sorridente curiosità: il suo sguardo non è lo sguardo di Montaigne, lo sguardo di un viaggiatore interessato alla straordinaria varietà delle forme di vita. Pipo è mosso da una pressione interiore, da un'urgenza esistenziale che, da un lato, lo induce a individuare le fratture, le discontinuità del processo storico e, dall'altro lato, gli impone di elaborare ciò che egli chiamava una 'filosofia critica della storia'.

E la modernità? All'analisi della trionfante modernità Pipo si dedicherà in fasi successive del suo itinerario di ricerca. Da questo punto di vista, il suo percorso è analogo a quello di tanti storici del diritto (in Italia e in numerosi altri paesi): proprio negli anni Sessanta-Settanta la storiografia giuridica, tradizionalmente concentrata sullo studio dello *ius commune*, veniva scoprendo i territori, fino ad allora trascurati, della modernità e dei connessi trionfi dello Stato, dei codici, delle costituzioni. Grossi stesso, che era stato uno dei sostenitori della necessità di estendere l'analisi storico-giuridica alle società moderne e contemporanee, aveva dedicato i suoi anni giovanili allo studio dell'esperienza giuridica medievale. Allo stesso modo, Pipo andrà oltre lo studio delle società premoderne e affronterà, con immutabile passione e inesauribile vigore, la storia dell'Occidente moderno e contemporaneo, spingendosi fino al nostro presente.

Certo, Pipo non amava la modernità: non era un apologeta del suo destino 'magnifico e progressivo', per usare le espressioni amaramente ironiche di Giacomo Leopardi. La modernità non era per Pipo una casa confortevole e accogliente, come non lo era per Paolo Grossi: il loro atteggiamento nei confronti della modernità era, prima che un giudizio intellettuale, uno stato d'animo (e, come tale,

contribuiva ulteriormente alla loro sintonia). Occorre però subito respingere un possibile fraintendimento: né Pipo né Grossi provavano una qualche nostalgia nei confronti del 'mondo che abbiamo perduto': sarebbe assurdo attribuire loro ingenuità o reazionarie aspirazioni a un 'ritorno al medioevo'. Non solo: sarebbe anche improprio intendere il loro pensiero come espressione del *new medievalism*, che sottolinea l'analogia fra il premoderno e il postmoderno, facendo leva sul fatto che in entrambe le epoche esisteva un ordine giuridico senza lo Stato: nel medioevo, perché lo Stato non era ancora stato inventato, e nella postmodernità, perché in essa lo Stato, indebolito dalla globalizzazione, perdeva la sua 'moderna' centralità.

Pipo non idealizza la società premoderna, ma non per questo vuole cadere in una qualche apologia della modernità. È essenziale per lui continuare a perseguire l'obiettivo di una comprensione critica della storia anche quando l'oggetto dell'analisi è la civiltà occidentale nella fase della sua piena modernità. Come raggiungere questo obiettivo? La modernità promette di costruire un mondo migliore e pretende di essere un'acquisizione 'definitiva', l'esito di un processo orientato verso il meglio: appunto verso un destino 'magnifico e progressivo'. Comprendere criticamente la modernità implica allora per Pipo mettere impietosamente a confronto l'apparenza e la realtà, le dichiarazioni programmatiche e la loro implementazione, i diritti e gli interessi e assumere questo confronto come la stessa condizione di senso della narrazione storiografica. Norberto Bobbio, studiando la democrazia dei moderni, aveva elencato la lunga serie di ciò che egli aveva chiamato le 'promesse non mantenute' della democrazia. Sono le 'promesse non mantenute' dell'Occidente che inducono Pipo, da un lato, a vivere in prima persona ciò che potremmo chiamare, con Charles Taylor, « the malaise of modernity » e, dall'altro lato e di conseguenza, a denunciare il carattere intrinsecamente contraddittorio della civiltà moderna-occidentale.

Non so se echi di questo stato d'animo possano essere rintracciati nella riflessione storico-costituzionale di Pipo: una riflessione cui egli ha dedicato molte energie, da solo e nel quadro della grande impresa collettiva intitolata alla *Historia cultural e institucional del Constitucionalismo en España (y América)* da lui diretta insieme a

Marta Lorente. Mi sembrano comunque percepibili gli effetti della « malaise of modernity » nell'imponente serie di saggi e opere monografiche che Pipo ha dedicato a un tema di capitale importanza: il tema dei diritti dei popoli indigeni.

È di fronte ai disastri umanitari provocati dalla colonizzazione (non dimentichiamo le pagine dedicate da Pipo al tema del genocidio) che la contraddizione intrinseca alla civiltà occidentale emerge in tutta la sua drammatica e deflagrante evidenza. Pipo si muove in un'ottica non lontana dai *Postcolonial studies*, pur conservando la sua consueta indipendenza di giudizio ed evitando la fastidiosa gergalità di molti testi della letteratura 'postcolonial'. In quest'ottica (che chiamo, per comodità, 'postcolonial'), la colonizzazione non è un evento fra i tanti nella storia dell'Occidente o un incidente di percorso dell'inarrestabile 'progresso', ma è l'orizzonte stesso entro il quale l'intera modernità si forma e si compie. È un'ottica che ci costringe a guardare in controluce la civiltà cui apparteniamo, sbarrando la strada non solo a datate o interessate apologie, ma anche a indulgenti o distratte narrazioni storiografiche ancora fedeli al mito dell'«innocenza» dell'Occidente.

Gli studi dedicati da Pipo alla condizione dei popoli extraeuropei (in particolare latino-americani) nell'orizzonte della colonizzazione si impongono per l'importanza dei risultati raggiunti. È stato un privilegio per i « Quaderni Fiorentini » ospitare molti di essi. Certo, Pipo è stato un collaboratore assiduo e costante dei 'Quaderni' (è difficile trovare un volume della rivista che non accolga qualche suo intervento, sempre puntuale, documentato e spesso polemico) e i suoi saggi ospitati nei Quaderni rispecchiano l'intera gamma dei suoi interessi scientifici (tanto per fare un solo esempio, sono molto affezionato al saggio *La máscara de Boecio*, pubblicato nel periodo della mia direzione dei Quaderni e dedicato alla distinzione fra 'persona' e 'individuo'). È però anche vero che il tema dei popoli indigeni e della colonizzazione è stato sempre più presente nei saggi pubblicati nella rivista fiorentina da Pipo negli ultimi anni.

È difficile trovare uno storico del diritto che abbia dedicato un'attenzione così acuta e un impegno così prolungato ai diritti dei popoli indigeni nell'orizzonte della colonizzazione. La scelta di questo tema non è casuale, ma è profondamente coerente con la visione storiografica e la personalità complessiva di Pipo. Influiscono

su questa scelta molti elementi. È possibile che i popoli indigeni attirassero l'attenzione di Pipo già soltanto in quanto portatori di culture 'altre', lontane e diverse dalla nostra, testimoni di una alterità ancora più radicale dell'alterità con la quale Pipo era venuto in contatto studiando l'Occidente premoderno. Decisivo però era il fatto che la cultura, e l'esistenza stessa, dei popoli indigeni erano state investite dalla distruttiva violenza dell'appropriazione coloniale.

Studiare i popoli indigeni nell'orizzonte della colonizzazione assumeva allora per Pipo valenze diverse e intrecciate. Era entrare in contatto con alterità radicali, ma era anche dare ascolto all'esigenza di contrastare le sopraffazioni del potere e assumere il punto di vista della vittima. Era studiare realtà lontane nel momento della loro più drammatica fragilità. Era, infine, mettere a fuoco il punto di massima criticità e di più aperta contraddizione della storia occidentale: proprio nel periodo in cui nei paesi europei la 'lotta per i diritti' cominciava a ottenere qualche successo e prendevano forza l'idea e i tentativi di realizzazione di uno Stato di diritto, di uno Stato sottoposto al diritto, il colonialismo raggiungeva il suo acme e governava milioni di individui esercitando un potere sfrenato e riducendo i diritti (*soi-disant*) universali a un privilegio riservato agli europei.

Il dominio brutale esercitato nelle colonie e i diritti umani celebrati nella metropoli: le Dichiarazioni dei diritti, se considerate dal punto di vista dei popoli colonizzati, appaiono soltanto promesse non mantenute. Pipo instaura un confronto impietoso: il confronto fra il trionfalismo universalistico dei diritti umani (a partire dalla loro prima formulazione negli anni della Rivoluzione francese) e le oscure e penose realtà della schiavitù, dell'espropriazione coloniale, della distruzione di intere civiltà. È in questa prospettiva che Pipo tendeva a vedere nella storia della modernità occidentale l'ininterrotto svolgimento della medesima retorica auto-celebrativa: una retorica che usava prima la religione cristiana e poi i sacri principi del costituzionalismo liberale semplicemente per affermare la supremazia etico-storica della civiltà occidentale.

Non è possibile, qui e ora, prendere in considerazione e discutere i singoli aspetti del grande affresco storiografico claveriano. Preme piuttosto sottolineare, conclusivamente, l'importanza,

nell'itinerario euristico e umano di Pipo, dello studio del passato coloniale: un osservatorio ideale per guardare, vorrei dire dal basso e dal di fuori, la civiltà moderna, denunciarne le altisonanti promesse e procedere alla decostruzione del costituzionalismo liberale. Non solo: è stata proprio la sua profonda conoscenza del processo coloniale e dei popoli indigeni a rendere possibile la sua partecipazione al Foro permanente sulle questioni indigene (organo consultivo del Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite) e a permettergli di raggiungere un obiettivo per lui importante: superare la distanza fra il sapere storiografico e le istituzioni, fra la teoria e la prassi.

Per Pipo, infatti, la storiografia non aveva un carattere meramente contemplativo, non rispondeva soltanto alla necessità di conoscere e di capire, ma era uno strumento indispensabile per la critica del presente, era essa stessa un discorso impegnato e 'militante'. Un'espressione eloquente di questa sua visione è un'opera singolare e apparentemente eccentrica, ma in realtà perfettamente coerente con il suo itinerario complessivo: la *Memoria histórica familiar*. Questa opera, come dichiara il suo titolo (*El árbol y la raíz*), è dedicata alla ricerca delle proprie radici e potrebbe quindi risolversi nella rievocazione di ricordi individuali e famigliari: potrebbe essere una memoria privata, una 'piccola storia' distinta dalla 'grande storia'. È però vero il contrario. La memoria si converte in storiografia, la 'piccola storia' è un punto di concentrazione e insieme di propagazione della 'grande storia' e la storia ('grande' e 'piccola') è un dramma che parla di noi perché ha fatto di noi ciò che siamo (ciò che non siamo, ciò che avremmo potuto essere). E non è un caso, credo, che venga pubblicato, in stretta sequenza cronologica con questo sofferto e, talvolta, lacerante esercizio 'autobiografico', un libro dedicato al *La amnesia constituyente*: un libro che non è memoria privata o famigliare, bensì è l'analisi storica e la critica militante di una recentissima congiuntura costituzionale e che tuttavia prosegue, su un piano diverso ma contiguo, l'appassionata e dolente ricostruzione di un passato, personale e collettivo, difficile da dimenticare e difficile da ricordare.

La storiografia per Pipo Clavero non era un gioco: era impegno e dolore, comprensione razionale e passione 'militante'. Non era un lusso per pochi o un innocuo *divertissement*: contribuiva in modo

rilevante alla formazione di una coscienza collettiva che si tenesse lontana dalla barbarie sempre incombente e reclamasse le condizioni di una convivenza più umana. Non è più con la sua viva voce che Pipo può trasmetterci la sua passione 'militante'. Possiamo però ritrovarla in ognuno dei suoi scritti e, attraverso di essi, trattenerne il ricordo e farne tesoro per ripensare, insieme a Pipo, il nostro passato e il nostro presente.

Ragguagli fiorentini

ATTIVITÀ DEL CENTRO DI STUDI PAOLO GROSSI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO
NELL'ANNO ACCADEMICO 2021-2022

In conformità al nuovo Statuto del Centro di studi Paolo Grossi per la storia del pensiero giuridico moderno, approvato dal Consiglio di Amministrazione e dal Senato accademico dell'Università degli Studi di Firenze nel settembre del 2022, sono stati nominati i nuovi organi del 'Centro' per il quinquennio 2023-2027: il Direttore; il Consiglio di Direzione e il Consiglio Scientifico.

Il Consiglio di Dipartimento di scienze giuridiche, nella seduta del 16 dicembre 2022 ha nominato Direttore del 'Centro' il prof. Giovanni Cazzetta e come componenti del Consiglio di Direzione i professori Paolo Cappellini, Irene Stolzi, Federico Bambi, Vittoria Barsotti, Giovanni Tarli Barbieri.

Nella riunione del 12 gennaio 2023 il Consiglio di Direzione ha nominato come componenti del Consiglio scientifico del Centro i professori Pietro Costa, Luca Mannori e Bernardo Sordi (il Direttore e i membri del Consiglio di Direzione vi appartengono di diritto) e ha rinnovato per il quinquennio 2023-2027 a Giovanni Cazzetta il mandato di Redattore dei « Quaderni fiorentini ».

Il Consiglio scientifico del Centro di studi, nella sua riunione del 1° febbraio 2023, ha approvato unanime — su proposta del Direttore dei Quaderni — l'ingresso nel Consiglio di Redazione della rivista di tre Colleghi, professori ordinari di Storia del diritto medievale e moderno, Giovanni Rossi (Università di Verona), Raffaele Volante (Università di Padova), Michele Pifferi (Università di Ferrara). Nella stessa riunione è stato deliberato l'ingresso nel Consiglio scientifico dei Quaderni dei professori Alejandro Agüero (Universidad Nacional de Córdoba — Argentina); Carlos Herrera (Directeur du Centre de philosophie juridique et politique — Cergy Paris Université); Tamar Herzog (Harvard Law School), Stefano Mannoni (Università di Firenze).

Sono state gradite ospiti del Centro di studi Paolo Grossi per la storia del pensiero giuridico moderno Natália de Souza Ferreira e Kemily Loch (dal 1 ottobre al 30 novembre 2022), Ana Vitória Vanzin Mendes, Dábine Caroene Capitano e Dagliê Colaço (dal 1 dicembre 2022 al 28 febbraio 2023), studentesse del corso di Master in Giurisprudenza dell'Universidade Federal de Santa Catarina (Brasile) che

hanno svolto un periodo di soggiorno di ricerca presso il Centro nell'ambito dell'accordo di cooperazione firmato fra i Rettori dell'Università di Firenze e dell'Universidade Federal de Santa Catarina.

È stato pubblicato il volume LI (2022) dei « Quaderni fiorentini », numero miscelaneo con saggi di Bernardo Sordi, Tommaso Greco, Mattia Volpi, Maria Sole Testuzza, Francesco Serpico, Dolores Freda, Giovanni Cazzetta, Raffaele Volante, Adrian J. Cabrera Bibilonia, Katalin Egresi, Carmelita Camardi, Francesco Macario, Giuseppe Vettori, Andrea Simoncini, Paolo Cappellini e Paolo Grossi.

Nella 'Biblioteca' del Centro sono stati pubblicati i volumi 130, *What is European in European private law? Che cosa c'è di europeo nel diritto privato europeo?*, a cura di Hans-Wolfgang Micklitz e Giuseppe Vettori; 131, Giandomenico Dodaro, *Giuliano Vassalli tra fascismo e democrazia. Biografia di un penalista partigiano (1915-1948)*; 132, Stefano Malpassi, *La « democrazia economica » americana. Alla ricerca di un ordine giuridico del mercato, tra cultura individualistica e tentazioni corporativistiche (1919-1939)*; 133, Lorenzo Serafinelli, *U.S. Law Schools. Una visione alternativa della formazione del giurista negli Stati Uniti*; 134, *Pluralismo giuridico. Itinerari contemporanei*, Atti dell'incontro di studi — Firenze, 20-21 ottobre 2022, a cura di Paolo Cappellini e Giovanni Cazzetta; 135, Domenico Siciliano, « *Defensive Aufklärung* »: *il conflitto tra filosofia, politica e giurisprudenza nell'Articolo segreto per la Pace perpetua di Immanuel Kant*; 138, Giacomo Pace Gravina, *La terra e il codice: l'enfiteusi*.

Il Centro ha finanziato il rinnovo di un assegno di ricerca su *Costruzione dello Stato e trasformazioni del penale nella Firenze tra Repubblica e Principato (XV-XVI sec.)*, anche mediante ulteriori finanziamenti esterni su bandi competitivi.

Nell'ambito delle attività di cofinanziamento del Progetto 'Dipartimenti di Eccellenza 2018-2022', il Centro partecipa all'erogazione di una borsa di dottorato aggiuntiva annuale su tematiche che contribuiscano alla realizzazione della prima delle tre aree di sviluppo previste dal Progetto: 'La dimensione europea e transnazionale degli studi giuridici'.

La borsa copre il triennio dell'attività del Dottorato e allo stato sono ancora in corso i finanziamenti relativi ai seguenti argomenti di tesi di dottorato (suddivisi per cicli): XXXVI ciclo (*Le figure del pluralismo nel Novecento europeo: tra multiculturalismo e interculturalità*); XXXVII ciclo (*Tra umanitarismo e utilitarismo. Le ideologie penalistiche dell'Illuminismo giuridico italiano e le loro influenze sulla legislazione degli Stati pre-unitari*).

Il 20 e 21 ottobre 2022 si è svolto presso la sede del Centro a Villa Ruspoli il convegno *Pluralismo giuridico: itinerari contemporanei*. Sono intervenuti Tommaso Greco, *Il problema (della scienza) del diritto e le vie del pluralismo*; Marcello Verga, *Imperi, antichi Stati italiani e pluralismo giuridico*; Fabio Dei, *Razionalità e relativismo nell'antropo-*

logia giuridica; Thorsten Keiser, *Pluralismo e diritto del lavoro*; Ricardo Sontag, *Ordine domestico e ordine statale nel Brasile del XIX secolo: la disciplina degli schiavi*; Massimo Meccarelli, *Il laboratorio storiografico brasiliano e il pluralismo giuridico visti dall'Europa: problemi e opportunità*; Cristina Nogueira da Silva, *Gli Indígena e gli « usi e costumi » nelle colonie africane (1914-1961)*; Cristiano Paixão, *Pluralismo in gioco: le dispute sulla democrazia costituzionale brasiliana*; Carla Faralli, *Pluralismo e teoria generale del diritto*; Massimo Luciani, *La Costituzione e il pluralismo*; Enzo Cannizzaro, *Il pluralismo nell'ordine internazionale*; Michele Graziadei, *Frontiere, legal transplants, comparazioni: le vie del diritto e l'incontro del pluralismo*; Nicolò Lipari, *Gli approdi pluralistici del diritto civile*.

A conclusione del convegno si è svolta la cerimonia di intitolazione a Paolo Grossi del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno, alla quale sono intervenuti Alessandra Petrucci, Rettrice dell'Università di Firenze, Silvana Sciarra, Presidente della Corte Costituzionale, Giuseppe Betori, Cardinale Arcivescovo di Firenze, Paolo Cappellini, Direttore del Centro, Andrea Simoncini, Direttore del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Firenze, Paola Lucarelli, Presidente della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Firenze, seguiti dalla relazione di Pietro Costa, *Paolo Grossi: il sapere giuridico come istituzione*.

Il 10 marzo 2023, sempre presso la sede di Villa Ruspoli, si è tenuta una giornata di studi in memoria di Maurizio Fioravanti intitolata *Lo Stato costituzionale: radici e prospettive*. Dopo i saluti istituzionali portati da Giovanni Tarli Barbieri, Prorettore Vicario dell'Università di Firenze, e da Diana Toccafondi, Presidente della Fondazione Cassa di Risparmio di Prato, sono intervenuti Massimiliano Gregorio, Stefano Mannoni, *Un ricordo. Introduzione ai lavori*; Bernardo Sordi, *Stato e costituzione: la prospettiva storica*; Gustavo Zagrebelsky, *Lo Stato costituzionale: radici e prospettive*. Luigi Blanco, Luca Mannori e Lorenzo Ornaghi hanno discusso su *Lo Stato e le tipologie statuali*; Clara Álvarez, Marco Fioravanti, Luigi Lacché e Anna Gianna Manca su *Dalla costituzione cetuale alla costituzione liberale*; Armin von Bogdandy, Giovanni Bisogni, Gustavo Gozzi, Olivier Jouanjan, Sara Lagi e Fulco Lanchester su *La costituzione democratica*; Paolo Caretti, Mario Dogliani, Paolo Pombeni e Nello Preterossi su *Lo Stato costituzionale e le sue trasformazioni*. Enzo Cheli ha svolto le *Considerazioni di sintesi*.

TOMO I

GIOVANNI CAZZETTA, « <i>La nominazione delle cose</i> » <i>Sapere giuridico e forme dell'esperienza (Pagina introduttiva)</i>	1
---	---

MODELLI E DIMENSIONI: STORICITÀ DEL DIRITTO E DIALOGO CON I GIURISTI

CARLO FANTAPPIÈ, <i>Le influenze del cattolicesimo fiorentino e del diritto canonico nell'opera di Paolo Grossi</i>	27
PIETRO COSTA, <i>Il diritto come 'esperienza giuridica' la filosofia di Capograssi nello specchio della storiografia grossiana</i>	67
TOMMASO GRECO, <i>Sul diritto come ordinamento. Paolo Grossi in dialogo con Santi Romano</i>	95
FRANCESCO SAVERIO NISIO, <i>Situazioni di Grossi</i>	117
FRANCESCO M. DE SANCTIS, <i>Paolo Grossi. Con noi</i>	155
BALDASSARE PASTORE, <i>Diritto complesso. Il contributo di Paolo Grossi alla teoria delle fonti</i>	175
UMBERTO BRECCIA, <i>Una continua ricerca della vera forza del diritto nelle riflessioni sul pensiero giuridico</i>	197
ANTONIO IANNARELLI, <i>Metodo e contenuto del diritto agrario nel dialogo di Grossi con gli agraristi</i>	207
ORLANDO ROSELLI, <i>La dimensione giuridica come dimensione costituzionale</i> . . .	231
PAOLO CAPPELLINI, <i>Gli 'Ultimi', Felice Balbo e la fine della modernità. Ipotesi su Paolo Grossi</i>	257

L'OFFICINA DELLO STORICO I

Ripensare il medioevo

CLAUDIA STORTI, <i>Il medioevo del diritto di Paolo Grossi: un lungo itinerario tra storia e attualità</i>	299
FRANCESCO MIGLIORINO, <i>Lotta per il riconoscimento: la reputazione, la fama, le dicerie, la rinomanza nella costruzione dell'identità</i>	329
GIACOMO PACE GRAVINA, <i>Studenti, maestri, libri: storie di comunità nel 'laboratorio sapienziale' del medioevo</i>	355
CARLOS PETIT, <i>Medioevo del denaro En busca de las «Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie» de Paolo Grossi</i>	381
MICHELE PIFFERI, <i>Dalla casistica alle regole: la normativizzazione della responsabilità penale tra medioevo ed età moderna</i>	401

Ripensare la modernità

AURELIO CERNIGLIARO, <i>Sul 'legno lieve' di Baldo tra le rapide della modernità</i> . . .	427
DIEGO QUAGLIONI, « <i>Un pensiero assai più radicale, oseremmo dire più moderno</i> ». <i>Teologia, politica e diritto in Paolo Sarpi</i>	461
TAMAR HERZOG, <i>Modernization and Empire: How Did We Get Here?</i>	481
CLARA ÁLVAREZ, <i>Repensar la modernidad desde la posmodernidad. Paolo Grossi entre la premodernidad y la transmodernidad</i>	499
GIUSEPPE DUSO, <i>Una nuova 'invenzione' per un nuovo costituzionalismo?</i>	533
LUCA MANNORI, <i>Regime del tempo e ruolo del moderno nel percorso di Paolo Grossi</i>	557

TOMO II

L'OFFICINA DELLO STORICO II

La Codificazione e l'« assolutismo giuridico »

PIO CARONI, <i>Da dove l'assolutismo giuridico non fu mai di casa</i>	583
JEAN-LOUIS HALPÉRIN, <i>L'absolutisme juridique de la codification est-il relatif?</i> . .	609
STEFANO SOLIMANO, <i>Assolutismi, codificazione civile e Wirkungsgeschichte nel XIX secolo</i>	631
RAFFAELE VOLANTE, <i>Una scandalosa proprietà</i>	663

Un 'secolo lungo': il Novecento giuridico

ALBERTO SPINOSA, <i>Il Novecento dei principi</i>	687
GIOVANNI CHIODI, <i>Civilisti alla ricerca dei segni del tempo: sguardi sul Novecento giuridico di Paolo Grossi</i>	711
FERDINANDO MAZZARELLA, <i>Storicismo, realismo, solidarismo. La lezione « ever-siva » di Cesare Vivante</i>	733
LAURA MOSCATI, <i>Stile fiorentino. La facoltà giuridica e le osservazioni ai progetti del Codice civile del 1942</i>	759
IRENE STOLZI, <i>Storicizzare la modernità: le comunità intermedie nel pensiero di Paolo Grossi</i>	785
MARCO NICOLA MILETTI, <i>Oltre la muraglia: la lezione di Paolo Grossi alla prova del penale</i>	813

LA « POS-MODERNITÀ »

Costituzione e società

LUIGI LACCHÉ, <i>La mèta di un lungo viaggio: società, diritto, costituzione</i>	841
--	-----

- LORENZO ORNAGHI, *Società, stato e costituzione nei « sommovimenti » della politica pos-moderna* 861
- GIOVANNI TARLI BARBIERI, « *C'era una volta l'Università in Italia* ». Paolo Grossi e l'autonomia (negletta) degli atenei alla prova dei principi costituzionali 883

Il problema della legalità

- BERNARDO SORDI, *Un garantismo di segno nuovo: diritto e legge nel crepuscolo dell'assolutismo giuridico* 913
- ANGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Ley, juez, discrecionalidad: consideraciones generales y algunas enseñanzas del derecho de los Estados Unidos* 941
- SEBASTIÁN MARTÍN, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Orígenes políticos del control de constitucionalidad* 965
- MASSIMO LUCIANI, *Paolo Grossi, la Costituzione e le due legalità* 995

Interpretatio e unità dell'ordine plurale

- THOMAS DUVE, *El jurista como inventore en la Edad Media y la « postmodernidad »? La teoría histórica del derecho de Grossi, su problemática y su significado para una historia del derecho más allá de la modernidad* 1013
- RICARDO MARCELO FONSECA, *O florentino no além mar: a 'tradução' das ferramentas de Paolo Grossi numa ordem jurídica não europeia* 1035
- MARIA ROSARIA FERRARESE, *Uno storico « militante »: Paolo Grossi e il suo immaginario giuridico* 1061

LETTURE

- L'arcipelago del diritto, Lezioni per i futuri naviganti*, In ricordo del decennale della Cattedra Galante Garrone, a cura di Massimo Vogliotti, Torino, 2022 (MARCO NICOLA MILETTI) 1089
- John Baker, *English Law Under Two Elizabeths. The Late Tudor Legal World and the Present*, Cambridge, 2021 (LORENZO PACINOTTI) 1096
- Lucien Jaume, *L'éternel défi. L'Etat et les religions en France des origines à nos jours*, Paris, 2022 (STEFANO MANNONI) 1102
- Stefano Malpassi, *La « democrazia economica » americana. Alla ricerca di un ordine giuridico del mercato, tra cultura individualistica e tentazioni corporativistiche (1919-1939)*, Milano, 2022 (ALBERTO TORINI) 1108
- Carlos Petit, *Otros códigos. Por una historia de la codificación civil desde España*, Madrid, 2023 (GIOVANNI CAZZETTA) 1113
- Emanuele Stolfi, *La giustizia in scena. Diritto e potere in Eschilo e Sofocle*, Bologna, 2022 (FAUSTO GIUNTA) 1122

A PROPOSITO DI...

- MATTEO BOZZON, *L'invenzione della società europea. Democrazia sovranazionale e diritto pubblico* (A proposito di A. von Bogdandy, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts*) 1131
- FRANCESCO GAMBINO, *Diritto e Arte tra unità e distinzione delle attività umane. Le radici della ricerca interdisciplinare* (A proposito di *LawArt, Rivista di Diritto, Arte, Storia — Journal of Law, Art and History*) 1155
- LUCIA RE, *Tocqueville e noi* (A proposito di Mattia Volpi, *Il suddito democratico. Libertà e uguaglianza nel pensiero giuridico-politico di Tocqueville*, Modena, 2021). 1169
- GIANLUCA RUSSO, *Rileggendo la storia dei Grandi Tribunali, fra decisionistica e usus modernus Pandectarum* (A proposito di *Authorities in Early Modern Law Courts*) 1197
- EMANUELE STOLFI, *Law and literature, law in literature, literature for law(yers)* (A proposito di Donato Carusi, *Sua maestà legge? Tre secoli di potere, diritto e letteratura*, Firenze, 2022) 1217

TESTIMONIANZE

- PIETRO COSTA, *Bartolomé Clavero: uno storico 'militante'* 1233

RAGGUAGLI FIORENTINI

- Attività del Centro di studi Paolo Grossi per la storia del pensiero giuridico moderno nell'anno accademico 2021-2022.* 1245

I collaboratori del « Quaderno » 52

CLARA ÁLVAREZ ALONSO

Catedrática de Historia del Derecho — Investigadora de la Cátedra de Historia Constitucional Martínez Marina

MATTEO BOZZON

Borsista di ricerca — *Istituto Italiano per gli Studi Filosofici*

UMBERTO BRECCIA

Prof. Emerito di Diritto civile — Università di Pisa

PAOLO CAPPELLINI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

PIO CARONI

Prof. Emeritus — Universität Bern

GIOVANNI CAZZETTA

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

AURELIO CERNIGLIARO

Prof. Emerito di Storia del diritto medievale e moderno — Università Federico II di Napoli

GIOVANNI CHIODI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Milano-Bicocca

PIETRO COSTA

Prof. Emerito di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

FRANCESCO M. DE SANCTIS

Prof. Emerito di Filosofia del diritto — Università Suor Orsola Benincasa di Napoli

GIUSEPPE DUSO

Prof. Ordinario di Filosofia politica — Università di Padova

THOMAS DUVE

Director — Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory

CARLO FANTAPPIÈ

Prof. Ordinario di Diritto canonico e Diritto ecclesiastico — Università di Roma III

MARIA ROSARIA FERRARESE

Prof.ssa Ordinaria di Sociologia del diritto — Università di Cagliari

RICARDO MARCELO FONSECA

Professor de História do direito, Reitor — Universidade Federal do Paraná (UFPR)

FRANCESCO GAMBINO

Prof. Ordinario di Diritto civile — Università di Macerata

FAUSTO GIUNTA

Prof. Ordinario di Diritto penale — Università di Firenze

TOMMASO GRECO

Prof. Ordinario di Filosofia del diritto — Università di Pisa

JEAN-LOUIS HALPÉRIN

Prof. d'Histoire du droit — École normale supérieure, Paris

TAMAR HERZOG

Monroe Gutman Professor of Latin American Affairs — Harvard University

ANTONIO IANNARELLI

Prof. Ordinario di Diritto agrario — Università di Bari

LUIGI LACCHE`

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Macerata

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

Prof. Emérito de Derecho civil — Universidad de Sevilla

MASSIMO LUCIANI

Prof. Emerito di Istituzioni di diritto pubblico — Università « La Sapienza » di Roma

STEFANO MANNONI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

LUCA MANNORI

Prof. Ordinario di Storia delle istituzioni politiche — Università di Firenze

SEBASTIÁN MARTÍN

Profesor Contratado Doctor de Historia del derecho y de las instituciones — Universidad de Sevilla

FERDINANDO MAZZARELLA

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Palermo

FRANCESCO MIGLIORINO

Già Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Catania

MARCO NICOLA MILETTI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Foggia

LAURA MOSCATI

Prof.ssa Ordinaria di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Roma « La Sapienza »

FRANCESCO SAVERIO NISIO

Prof. Associato di Filosofia del diritto — Università di Foggia

LORENZO ORNAGHI

Già Prof. Ordinario di Scienza politica — Università Cattolica del Sacro Cuore

GIACOMO PACE GRAVINA

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Messina

LORENZO PACINOTTI

Dottore di ricerca di Teoria e Storia dei Diritti Umani — Università di Firenze

BALDASSARE PASTORE

Prof. Ordinario di Filosofia del diritto — Università di Ferrara

CARLOS PETIT

Catedrático de Historia del derecho — Universidad de Huelva

MICHELE PIFFERI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Ferrara

DIEGO QUAGLIONI

Già Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Trento

LUCIA RE

Prof.ssa Associata di Filosofia del diritto — Università di Firenze

ORLANDO ROSELLI

Già Prof. Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico — Università di Firenze

GIANLUCA RUSSO

Assegnista di ricerca in Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

STEFANO SOLIMANO

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Milano
« Cattolica »

BERNARDO SORDI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

ALBERTO SPINOSA

Prof. Associato di Storia del diritto medievale e moderno — Università della Tuscia

EMANUELE STOLFI

Prof. Ordinario di Diritto romano e diritti dell'antichità — Università di Siena

IRENE STOLZI

Prof.ssa Ordinaria di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

CLAUDIA STORTI

Già Prof.ssa Ordinaria di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Milano
Statale

GIOVANNI TARLI BARBIERI

Prof. Ordinario di Diritto costituzionale — Università di Firenze

ALBERTO TORINI

Professore a contratto di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Roma
LUMSA

RAFFAELE VOLANTE

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Padova

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 Gén y 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) - Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli), due tomi in 8°, p. 1562
Vol. 37 (2008), 8°, p. 744
Vol. 38 (2009) - I diritti dei nemici, due tomi in 8°, p. 1956
Vol. 39 (2010), 8°, p. 946
Vol. 40 (2011) - Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1174

- Vol. 41 (2012), 8°, p. 940
 Vol. 42 (2013), 8°, p. 804
 Vol. 43 (2014) - Autonomia. Unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1144
 Vol. 44 (2015), due tomi in 8°, p. 1262
 Vol. 45 (2016), 8°, p. 778
 Vol. 46 (2017) - Giuristi e Stato sociale, due tomi in 8°, p. 1060
 Vol. 47 (2018), 8°, p. 816
 Vol. 48 (2019), 8°, p. 840
 Vol. 49 (2020), 8°, p. 914
 Vol. 50 (2021) - Il pluralismo giuridico: paradigmi ed esperienze. Cinquant'anni di 'Quaderni fiorentini', due tomi in 8°, p. 1014
 Vol. 51 (2022), 8°, p. 788
 Vol. 52 (2023) - Il diritto come forma dell'esperienza. Per Paolo Grossi, due tomi in 8°, p. 1256

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 OCCIDENTALE
 Trad. di Alessandra Maccioni
 (1981), 8°, p. 465

- 10 Gioele Solari, **SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO**
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259
- 11/12 **CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO**
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527
- 13 **LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE**
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, **LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO**
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124
- 15 Emanuele Castrucci, **TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »**
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, **I SOGGETTI E LE NORME**
(1984), 8°, p. IV-204
- 17 Paolo Cappellini, **SYSTEMA IURIS**
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8°, p. XII-638
- 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. Pubblicistica 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
- 81 Andrea Marchisello, *LA RAGIONE DEL DIRITTO*
Carlantonio Pilati tra cattedra e foro nel Trentino del tardo Settecento
(2008), 8°, p. XXIV-532
- 82 Bartolomé Clavero, *GENOCIDE OR ETHNOCIDE, 1933-2007*
How to make, unmake, and remake law with words
(2008), 8°, p. VIII-268
- 83 Paolo Grossi, *TRENT'ANNI DI PAGINE INTRODUTTIVE*
Quaderni fiorentini 1972-2001
(2009), 8°, p. XXVIII-252

- 84 Aldo Sandulli, **COSTRUIRE LO STATO**
La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)
(2009), 8°, p. XVIII-324
- 85 **DIRITTI E LAVORO NELL'ITALIA REPUBBLICANA**
Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008
A cura di Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta
(2009), 8°, p. IV-306
- 86 Pio Caroni, **LA SOLITUDINE DELLO STORICO DEL DIRITTO**
(2009), 8°, p. VI-252
- 87 Federigo Bambi, **UNA NUOVA LINGUA PER IL DIRITTO - I**
Il lessico volgare di Andrea Lancia nelle provvisori fiorentine del 1355-57
(2009), 8°, p. IV-816
- 88 Mario Sbriccoli, **STORIA DEL DIRITTO PENALE E DELLA GIUSTIZIA**
Scritti editi e inediti (1972-2007)
Tomo I (2009), 8°, p. XVI-722
Tomo II (2009), 8°, p. IV-723-1338
- 89 Arturo Carlo Jemolo, **LETTERE A MARIO FALCO**
Tomo II (1928-1943)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2009), 8°, p. IV-512
- 90 Sabino Cassese, **IL DIRITTO AMMINISTRATIVO: STORIA E PROSPETTIVE**
(2010), 8°, p. X-576
- 91 Marco Sabbioneti, **DEMOCRAZIA SOCIALE E DIRITTO PRIVATO**
La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)
(2010), 8°, p. XXXVIII-682
- 92 Condorcet, **DICHIARARE I DIRITTI, COSTITUIRE I POTERI**
Un inedito sulla dichiarazione dei diritti dell'uomo
A cura di Gabriele Magrin
Edizione del manoscritto a cura di Mercurio Candela
(2011), 8°, p. VI-190
- 93 **DIRITTI INDIVIDUALI E PROCESSO PENALE NELL'ITALIA REPUBBLICANA**
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 12-13 novembre 2010
A cura di Daniele Negri e Michele Pifferi
(2011), 8°, p. VI-442
- 94 Rodolfo Savelli, **CENSORI E GIURISTI**
Storie di libri, di idee e di costumi (secoli XVI-XVII)
(2011), 8°, p. XXXIV-410
- 95 **ALESSANDRO GIULIANI: L'ESPERIENZA GIURIDICA FRA LOGICA ED ETICA**
A cura di Francesco Cerrone e Giorgio Repetto
(2012), 8°, p. VI-848
- 96 Carlo Nitsch, **IL GIUDICE E LA LEGGE**
Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo
Novecento
(2012), 8°, p. X-342
- 97 Rodrigo Míguez Núñez, **TERRA DI SCONTRI**
Alterazioni e rivendicazioni del diritto alla terra nelle Ande centrali
(2013), 8°, p. X-360

- 98 Enrico Finzi, "L'OFFICINA DELLE COSE"
Scritti minori
A cura di Paolo Grossi
(2013), 8°, p. LXII-212
- 99 Michele Pifferi, L'INDIVIDUALIZZAZIONE DELLA PENA
Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento
(2013), 8°, p. IV-336
- 100 Paolo Grossi, SCRITTI CANONISTICI
A cura di Carlo Fantappiè
(2013), 8°, p. XLVI-314
- 101 Massimiliano Gregorio, PARTE TOTALE
Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento
(2013), 8°, p. XIV-440
- 102 Emanuele Somma, JUGE NATUREL E ORDINAMENTO GIUDIZIARIO
FRANCESE (1790-1795)
(2013), 8°, p. VI-166
- 103 DALLA COSTITUZIONE "INATTUATA" ALLA COSTITUZIONE "INATTUALE"?
Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 24-25 gennaio 2013
A cura di Giuditta Brunelli e Giovanni Cazzetta
(2013), 8°, p. VIII-430
- 104 STORIA E DIRITTO
Esperienze a confronto
Atti dell'incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei *Quaderni fiorentini*
Firenze, 18-19 ottobre 2012
A cura di Bernardo Sordi
(2013), 8°, p. VI-506
- 105 Michael Stolleis, STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA
II. Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione 1800-1914
(2014), 8°, p. XVIII-766
- 106 Paolo Grossi, NOBILTÀ DEL DIRITTO
Profili di giuristi - II
(2014), 8°, p. XII-334
- 107 Irene Stolzi, LE INCHIESTE PARLAMENTARI
Un profilo storico-giuridico (Italia 1861-1900)
(2015), 8°, p. XXVIII-328
- 108 GIUSTIZIA PENALE E POLITICA IN ITALIA TRA OTTO E NOVECENTO
Modelli ed esperienze tra integrazione e conflitto
a cura di Floriana Colao, Luigi Lacchè e Claudia Storti
(2015), 8°, p. X-536
- 109 Giulio Abbate, «UN DISPOTISMO ILLUMINATO E PATERNO»
Riforme e codificazione nell'India britannica (1772-1883)
(2015), 8°, p. VIII-312
- 110 Piero Bellini, SUGLI USITATI PARADIGMI DELLA CANONISTICA OSSERVANTE
Considerazioni dissenzienti d'un canonista trasgressivo
(2016), 8°, p. VIII-284

- 111 Ferdinando Mazzarella, UN DIRITTO PER L'EUROPA INDUSTRIALE
Cultura giuridica ed economia dalla Rivoluzione francese al Secondo Dopoguerra
(2016), 8°, p. X-346
- 112 ATTUALITÀ E STORIA DELLE CIRCOSTANZE DEL REATO
Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità
a cura di Roberto Bartoli e Michele Pifferi
(2016), 8°, p. VI-334
- 113 Maria Sole Testuzza, "IUS CORPORIS, QUASI IUS DE CORPORE DISPONENDI"
Il *tractatus de potestate in se ipsum* di Baltasar Gómez de Amescúa
(2016), 8°, p. IV-370
- 114 Alberto Spinosa, "CIVILI IN DIVERSISSIMO MODO"
Modello napoleonico e tradizioni giuridiche nazionali nell'Italia dell'Ottocento
(2017), 8°, p. XVIII-278
- 115 Raffaele Volante, LA SOSTITUZIONE DEGLI EFFETTI NEGOZIALI NEL
DIRITTO COMUNE CLASSICO
(2017), 8°, p. VI-192
- 116 Federigo Bambi, SCRIVERE IN LATINO, LEGGERE IN VOLGARE
Glossario dei testi notarili bilingui tra Due e Trecento
(2018), 8°, p. IV-370
- 117 Valerio Torreggiani, STATO E CULTURE CORPORATIVE NEL REGNO UNITO
Progetti per una rappresentanza degli interessi economici nella riflessione inglese
della prima metà del XX secolo
(2018), 8°, p. IV-282
- 118 Maurizio Fioravanti, LA COSTITUZIONE DEMOCRATICA
Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo
(2018), 8°, p. VIII-494
- 119 Francesco Saverio Nisio, LUCIEN LÉVY-BRUHL
Filosofia, scienze sociali, giustizia
(2019), 8°, p. VIII-796
- 120 Costantino Mortati, LA COSTITUZIONE DI WEIMAR
Con un saggio introduttivo di Maurizio Fioravanti
(2019), 8°, p. XXII-110
- 121 SINDACATI E DIRITTO DEL LAVORO TRA DITTATURE E DEMOCRAZIE
NELL'EUROPA MEDITERRANEA E LATINA DEL XX SECOLO
a cura di Irene Stolzi
(2019), 8°, p. VI-312
- 122 Paolo Passaniti, IL DIRITTO CANGIANTE
Il lungo Novecento giuridico del paesaggio italiano
(2019), 8°, p. XVI-246
- 123 Philipp Lotmar, LA GIUSTIZIA E ALTRI SCRITTI
a cura di Iole Fargnoli e Luca Nogler
(2020), 8°, p. XXII-358
- 124 Paolo Grossi, IL DIRITTO CIVILE IN ITALIA FRA MODERNO E POSMODERNO
Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico
(2021), 8°, p. XII-170

- 125 Francesco Migliorino, *LETTURE CORSARE DI TULLIO ASCARELLI*
Penalisti e criminologi da Weimar al Terzo Reich
(2021), 8°, p. X-194
- 126 Floriana Colao, *UN DIRITTO PER L'AGRICOLTURA*
Itinerari giuridici-economici nella Toscana dell'Ottocento
(2021), 8°, p. XXXII-126
- 127 Franco Gaetano Scoca, *RISORGIMENTO E COSTITUZIONE*
(2021), 8°, p. XII-630
- 128 Gustav Radbruch, *FILOSOFIA DEL DIRITTO*
(2021), 8°, p. LXXII-234
- 129 Gianluca Russo, *GOVERNARE CASTIGANDO*
Le origini dello Stato territoriale fiorentino nelle trasformazioni del penale (1378-1478)
(2021), 8°, p. XXXII-362
- 130 *WHAT IS EUROPEAN IN EUROPEAN PRIVATE LAW?*
CHE COSA C'È DI EUROPEO NEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO?
a cura di Hans-Wolfgang Micklitz e Giuseppe Vettori
(2022), 8°, p. XXXIV-368
- 131 Giandomenico Dodaro, *GIULIANO VASSALLI TRA FASCISMO E DEMOCRAZIA*
Biografia di un penalista partigiano (1915-1948)
(2022), 8°, p. XXXVI-402
- 132 Stefano Malpassi, *LA «DEMOCRAZIA ECONOMICA» AMERICANA*
Alla ricerca di un ordine giuridico del mercato, tra cultura individualistica e
tentazioni corporativistiche (1919-1939)
(2022), 8°, p. VI-424
- 133 Lorenzo Serafinelli, *U.S. LAW SCHOOLS*
Una visione alternativa della formazione del giurista negli Stati Uniti
(2023), 8°, p. XXVI-362
- 134 *PLURALISMO GIURIDICO*
Itinerari contemporanei
Atti dell'incontro di studi - Firenze, 20-21 ottobre 2022
A cura di Paolo Cappellini e Giovanni Cazzetta
(2023), 8°, p. IV-316
- 135 Domenico Siciliano, «DEFENSIVE AUFKLÄRUNG»: *IL CONFLITTO TRA*
FILOSOFIA, POLITICA E GIURISPRUDENZA NELL'ARTICOLO SEGRETO
PER LA PACE PERPETUA DI IMMANUEL KANT
(2023), 8°, p. X-208
- 136 Piero Fiorelli, *LA TORTURA GIUDIZIARIA NEL DIRITTO COMUNE*
Ristampa inalterata con Prefazione dell'Autore settant'anni dopo
In corso di stampa
- 137 Alberto Predieri, *LINEAMENTI DELLA POSIZIONE COSTITUZIONALE DEL*
PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI
Ristampa inalterata con Prefazione di Giuseppe Morbidelli e
Introduzione di Augusto Barbera
(2023), 8°, p. XXII-164
- 138 Giacomo Pace Gravina, *LA TERRA E IL CODICE: L'ENFITEUSI*
(2023), 8°, p. XIV-126

€ 95,00
I DUE TOMI
024221254



Des. A. Pontecorvoli