La collana «Fare l'Europa» viene pubblicata contemporaneamente da cinque editori:

C.H. Beck, Monaco - Basil Blackwell, Oxford
Crítica, Barcellona - Laterza, Roma-Bari
Editions du Seuil, Parigi

I volumi della collana sono pubblicati anche da:
Arbeiderspers (Agon), Amsterdam - Presença, Lisbona - Ellinika Grammata, Atene - Atlantisz, Budapest - Archa, Bratislava - Krag, Varsavia - Baltos lankos, Vilnius - AFA, Istanbul - Saemulgyul, Seùl - Heibonsha, Tokyo - LIK, Sofia - Lidové Noviny, Praga - Polirom, Iasi - Založba/*cf, Ljubljana - Literatür Yayincilik, Istanbul - CLIO, Belgrado - Symposium, San Pietroburgo

PAOLO GROSSI

L'EUROPA DEL DIRITTO

EDITORI LATERZA

Chiarimenti preliminari

1. *Equivoci su Europa e diritto: Europa*

Poiché, in questo volume, si seguirà l'itinerario del diritto in un territorio geografico-storico chiamato convenzionalmente Europa e poiché il destinatario delle nostre pagine non è un giurista né tanto meno uno storico del diritto, bensì un lettore sprovvisto di specifiche competenze, è opportuno subito fare i conti con lui, sgombrando il passo da alcuni fraintendimenti, possibili se non probabili.

Europa. L'antichità classica e post-classica, tenendo da parte il confronto fra grecità e 'barbarie' asiatica del secolo V a.C., conobbe una frammentazione di realtà politiche differenziatissime, raccolte poi e inglobate, lentamente ma continuativamente, nella grande realtà romana, unitaria e a carattere universale. Di Europa si può, pertanto, parlare solo quando, col dissolversi di questa, cominciò a prender forma un territorio, geografico ma soprattutto storico/culturale/religioso, che, con alterne vicende, attraverso anche divisioni assai nette al suo interno, giungerà faticosamente all'attuale Unione Euro-

pea, una struttura politica ancora in costruzione e con dei confini – almeno a Oriente – tuttora mobili e provvisorii. Insomma, si può parlare di dimensione europea soltanto nelle esperienze medievale, moderna e post-moderna (nella quale siamo ancora immersi).

Sono necessarie alcune ulteriori precisazioni.

Il sostantivo «Europa» ha nel corso del Medioevo un contenuto esclusivamente geografico. È con l'Umanesimo, è con Enea Silvio Piccolomini e con Erasmo da Rotterdam che assume il significato di un complesso di valori spirituali e culturali, avviando un filone riflessivo che trova più tardi la sua pienezza nel lineamento di un'autentica 'république littéraire' tratteggiato da Voltaire; è con Machiavelli che si inaugura, invece, il disegno di una Europa come terra di libertà politiche avverso un'Asia dominata dal dispotismo, disegno che avrà respiro e sviluppo peculiarissimi durante il Settecento nelle diagnosi di un principe cólto come Federico di Prussia e nelle acute percezioni di Montesquieu.

Avendo lucida coscienza di un emergere e montare di motivazioni complesse che, lentissimamente, fanno di un'area geografica qualcosa di qualitativamente diverso; avendo lucida coscienza che dimensione politica e dimensione culturale non procedono nello stesso cammino e che le percezioni unitaristiche degli intellettuali restano sogno e miraggio, troppo spesso smentite da un assetto politico dove permangono – fino alle nostre spalle e, ohimè!, ancora oggi – frontiere, separazioni, lacerazioni; avendo lucida coscienza di tutto ciò, noi ci porremo dinnanzi un oggetto e uno scopo ben precisi: seguire, tra medievale moderno post-moderno, una dimensione della storia generalmente trascurata, quella giuridica; una dimensione che, pur immersa nella globalità del divenire storico, ha una sua autonomia, che ha talvolta grossi legami con il potere politico e gli è sottomessa, ma che, soprattutto nelle manifestazioni della pratica quotidiana e della riflessione scientifica, ha la forza e la capacità di percorrere strade proprie.

Seguiremo legislatori, giudici, scienziati, semplici uomini di affari in una vicenda segnata da una perenne dialettica fra localismo/particolarismo e universalismo, dove il diritto rivela il suo carattere di realtà affiorante alla superficie della quotidianità dalle radici profonde di una civiltà e pertanto capace di esprimerla nella sua cifra più genuina; rivelando altresì – in grazia di questa capacità – la possibile sua autonomia dalle scelte contingenti del potere politico. E, proprio perché il tema nostro è 'Europa del diritto', sarà innanzi tutto la tensione dialettica tra particolare e universale, tra frammentazioni statuali e respiro trans-nazionale, ad orientarci.

Abbiamo detto *diritto*, ed è ora su questa nozione che bisogna sostare per evitare possibili equivoci. Il nostro lettore avrà in cuor suo identificato *diritto* e *legge*, e non riuscirà assolutamente a capire la possibilità di autonomia dalle centrali politiche e ad afferrare tutta la ricchezza di questa troppo spesso fraintesa nozione.

2. *Equivoci su Europa e diritto: diritto*

È vero! Equivoci rischiosissimi si annidano nella nozione di *diritto*, anche perché troppo spesso, nella cultura e nella educazione europee, gli si è dato risalto minimo e il lettore di questo libro potrebbe non avere gli strumenti per apprezzarlo in tutto il suo autentico spessore. Il diritto, infatti, soprattutto a chi vive nell'Europa continentale con alle spalle la civiltà moderna, appare legato indissolubilmente al potere, al potere supremo, a quello politico, e appare espressione di quel potere. Appare, quindi, come un comando che viene dall'alto, come *legge*, voce autorevole e autoritaria del titolare della sovranità.

Il diritto è indubbiamente anche questo: per esempio – all'interno di uno Stato moderno, che ha la necessità di disciplinare una società assai complessa – può esprimersi pure (e, forse, prevalentemente) in un insieme di atti legislativi generali, ma sarebbe scorretto e falsante identificare in quelle leggi l'interezza del fenomeno giuridico; il quale, nella sua essenza, più che *potere* è *ordinamento*, è la stessa società che si auto-organizza percependo certi valori storici, disegnando su di essi alcune regole e osservandole nella vita quotidiana.

Vogliamo cioè sottolineare al nostro lettore che il diritto, anche se le sue manifestazioni più vistose sono in solenni atti legislativi, appartiene alla società e quindi alla vita, esprime la società più che lo Stato, è il tessuto invisibile che rende ordinata la nostra esperienza quotidiana, consentendo la convivenza pacifica delle reciproche libertà. È, insomma, identificabile in un vero autosalvataggio della società.

Questo emerge chiaramente oggi, quando è in crisi proprio la statualità del diritto, il suo immedesimarsi in un sistema di leggi degli Stati, visione che fu dei nostri padri (e che noi studieremo nella seconda parte del volume), ma che constatiamo insufficiente a ordinare una società globale (quella odierna) in cui Stato e Stati contano sempre meno come produttori di diritto.

Consapevoli di tutto questo, cercheremo, nelle pagine che seguono, di non deporre mai un osservatorio ampio sì da dominare l'interezza del paesaggio giuridico. Se il diritto è esperienza, lo storico/giurista è il primo a dover rifiutare di limitarsi a una contemplazione di atti autoritarii che non ne restituiscono la immagine effettiva, la sola che preme allo storico. Noi non dimenticheremo mai che il diritto non appartiene alla sola superficie della società, ma che è, al contrario, come più sopra si accennava, realtà *radicale*, cioè connessa alle radici profonde di quella; non dimenticheremo mai che, prima di essere un comando, il diritto è una mentalità, esprime cioè un costume e lo ordina, esprime i valori di una civiltà e – ordinandola – la salva.

Per questo, senza trascurare le sue connessioni con il potere, dedicheremo una prevalente attenzione al diritto che ordina la vita quotidiana dei privati e che siamo soliti chiamare oggi «diritto privato», perché è lì la fisiologia del diritto sorpresa in un tessuto di vendite locazioni donazioni, di testamenti, di appropriazioni di beni, di rapporti di lavoro, di imprese agrarie commerciali industriali, cioè di istituti che permettono la mia pacifica convivenza con quella degli altri.

3. *La storia del diritto come storia di esperienze giuridiche*

V'è la necessità di un ultimo chiarimento preliminare. Il nostro cammino è lungo: più di millecinquecento anni; un cumulo di date e di dati che rischiano di soffocarci se non li organizziamo in guisa metodologicamente corretta. Hanno – Medioevo, modernità e post-modernità – una visione uniforme del diritto, della sua genesi e del suo esprimersi, tanto da consigliare di vedere quei millecinquecento anni come un *continuum* che corre ininterrotto? O constatiamo visioni diverse, se non addirittura opposte?

È quest'ultima conclusione che, ai nostri occhi, ci si mostra in tutta evidenza. A una siffatta convinzione non può pertanto che conseguire il tentativo di identificare i varii – e diversi, e peculiari – vólti che il diritto assume nell'accumulo plurisecolare, perché solo facendo ciò, arriveremo a storicizzare il nostro materiale storico-giuridico, non seppellendo e soffocando le singole originalità in un antistorico appiattimento.

L'elementare criterio metodologico che faremo nostro è comparare e distinguere sulla base delle dissonan-

ze che registriamo nel divenire storico, dissonanze che ci rivelano diversi modi di percepire, concepire, vivere il diritto, che ci rivelano diverse *esperienze giuridiche* con tratti di forte e incisiva peculiarità. Il riferimento a 'esperienze giuridiche' ha il significato di sottolineare una elementare ma spesso trascurata verità: che il diritto è scritto sulla pelle degli uomini, è – come si diceva qualche rigo più sopra – dimensione della vita quotidiana, è scritto nella concretezza dei fatti della vita prima che in leggi, in trattati internazionali, in opere scientifiche. Da questo osservatorio ampio le scansioni del nostro lungo percorso si palesano, per l'appunto, in tre esperienze giuridiche, 'Medioevo', 'modernità', post-modernità', contrassegnate da questi elasticissimi confini temporali: dai secoli IV/V al XIV; dal secolo XIV agli inizii del secolo XX; dagli inizii del secolo XX con un itinerario che è tuttora in corso e di cui oggi, anno 2006, non siamo in grado di vedere il compimento.

Tre esperienze giuridiche: tre civiltà storiche ben differenziate sotto il profilo giuridico, che ci propongono tre diverse visioni e realizzazioni del diritto. Non un itinerario continuo, ma piuttosto tre momenti di forte discontinuità, tre momenti che appaiono allo storico del diritto come tre maturità di tempi da contemplare e decifrare nel più pieno rispetto delle loro autonome fondazioni; tre maturità di tempi che si manifestano – ciascuna – con un ideario, un vocabolario, uno strumentario tecnico di intensa tipicità, e pertanto insofferenti ad essere indebitamente mescolate e confuse.

L'esaltazione di queste tipicità sarà il non facile cómpito che ci proponiamo, convinti che sarà questo l'unico modo concreto per essere utili al nostro lettore nel suo processo di comprensione.

I
Radici medievali

che è anche frammentatissimo, giacché ciascuna consuetudine è anche specchio di esigenze e interessi di gruppi particolari o di ristretti àmbiti locali.

Il nuovo ordine giuridico è all'insegna del particolarismo, è cioè un ordine che non può né vuole soffocare le pretese che salgono dal particolare e a cui l'incompiutezza del potere politico consente di vivere e di svilupparsi in tutta la loro vitalità. In grazia di un virulento atteggiamento rei-centrico, le singole terre, fornite di un loro vigoroso magnetismo giuridico, attraggono e assorbono le mille regole consuetudinarie fino a farle diventare una qualità fondiaria al pari della diversa vegetazione che variamente le riveste.

È ineccepibile pensare a un viaggiatore che, passando da una valle all'altra, non trovi mutato il solo paesaggio agrario ma altresì quello giuridico di impronta consuetudinaria. E le fonti storiche documentano in modo eloquente questa esuberante frammentazione parlando diffusamente di *consuetudo regionis, consuetudo loci, consuetudo terrae, consuetudo fundi, consuetudo casae,* quasi a mostrarci che gli usi, scritti sulla terra, con una compenetrazione assolutamente capillare, arrivano a particolarizzare e, in qualche modo, isolare non già una regione, ma addirittura un'azienda agraria dall'altra.

In questo contesto, si può ben capire che spetti un ruolo fondamentale come fonte del diritto, ossia come strumento che permette la sua identificazione e manifestazione a livello sociale, non già a un soggetto troppo distante e distaccato come il principe ma a chi, immerso nel luogo, fosse conoscitore e interprete delle istanze localistiche fissate nella consuetudine.

Protagonista della nostra esperienza giuridica è infatti non il legislatore, non lo scienziato, ma il notaio, un uomo di prassi. Il notaio: un personaggio che non sa nulla di scienza giuridica, che sa di diritto quel tanto che gli è stato insegnato in qualche scuola professionale e che è

quanto basta per le modeste bisogna del momento; che, ispirandosi al buonsenso, riesce a conciliare le richieste delle parti con la nascosta ma incombente realtà usuale del luogo.

Silenziosamente, dimessamente, la pratica notarile non crea ma dà forma concreta e anche una sufficiente veste tecnico-giuridica a figure di cui l'esperienza ha necessità nella quotidiana lotta per la sopravvivenza. Come vedremo tra poco, sarà soprattutto il terreno tutto nuovo del diritto agrario (pressoché ignoto al diritto romano) a mettere a prova la versatilità e positività del notaio proto-medievale; il campo dei contratti agrari, di cui si ha una urgenza disperata, darà piena misura di questo protagonismo notarile.

1.6. *La appartatezza del legislatore*

E il principe? E i molti principi, che governano spesso duramente la massa dei sudditi? Che dall'alto del loro potere sono in grado di emanare norme generali e autorevoli infischiandosi del pullulare consuetudinario; che, per di più, hanno in mano la temibile arma della coazione? La domanda – puramente retorica, perché vi abbiamo già sostanzialmente risposto nelle pagine precedenti – ci serve per avviarci a dare maggiore svolgimento al tema/problema di quella che noi abbiamo creduto di qualificare come incompiutezza del potere politico, una mentalità profonda che diventa effettività storico-giuridica.

Quella che a noi sembra l'attribuzione primaria e tipizzante per un sovrano moderno – il produrre diritto, il fare leggi, il proporsi innanzi tutto come legislatore – non riceveva una medesima percezione nella coscienza collettiva proto-medievale (noi potremmo tranquillamente scrivere: medievale). Il principe si esalta, invece,

all'interno di quella coscienza come giudice, come il gran giustiziere del suo popolo, con una latitudine potestativa che arriva fino all'effusione del sangue, alla dominanza sulla vita e sulla morte dei sudditi.

E le fonti religiose, politologiche, filosofiche non mancano di sottolineare la virtù massima che si chiede a un principe, virtù che è in connessione diretta con la sua attribuzione tipica: l'essere *aequus*, ossia essere realizzatore di equità, dove equità ha il contenuto specifico di una giustizia modellata sulla natura delle cose. Nella lettura e nella interpretazione della natura il principe si garantisce due risultati: vi trova i canoni sicuri per l'amministrazione di una giustizia veramente equa; vi legge il diritto, che le consuetudini hanno potuto decantare grazie al decorso del tempo.

Il potere del principe è e sarà per tutta la vicenda medievale *iurisdictio*, un potere complesso dove centrale è la potestà giudiziale, ma dove – secondaria – sta anche la potestà di *ius dicere* nel significato specifico di «dire il diritto», di manifestarlo ai sudditi. Il principe, infatti, sa di dover fare i conti con una costituzione consuetudinaria, che non soltanto egli non ha contribuito a creare, ma che avvolge nelle sue spire tanto lui quanto l'ultimo dei suoi sudditi.

Si dirà: ma, tra le fonti giuridiche proto-medievali, appaiono non pochi testi legislativi redatti da questo o quel monarca, o dalla sua cancelleria. Verissimo: i re visigoti in Spagna, quelli longobardi in Italia, i re e, poi, gli imperatori franchi hanno una produzione legislativa non irrisoria. Ma esaminiamola bene: queste *leges*, questi *edicta* appaiono prender forma da un ampio universo di *mores*, di costumanze immemorabili, che i monarchi non osano scalfire e in cui continuano a restare immersi.

Nessuna superbia creativa da parte del monarca, il quale si limita a manifestare con la sua *lex scripta* quanto è già contenuto nella *lex non scripta* osservata spontaneamente dalla comunità. In questa mentalità proto-medievale la nozione di *lex* si colora in modo specialissimo: tra *lex* e *consuetudo* non v'è quell'abisso concettuale che il legalismo/formalismo moderno vi ha sopra costruito: la *consuetudo* è una legge in potenza e la legge è una consuetudine debitamente redatta per iscritto, certificata e sistemata.

Un'ultima considerazione va fatta sui contenuti: spesso si tratta di leggi sparse con contenuti specifici e occasionali, o di raccolte di leggi di monarchi precedenti, o di testi riadattati del tardo diritto romano; e spesso hanno per oggetto temi di grosso rilievo pubblico collegati all'esercizio del supremo potere pubblico sul territorio (un esempio italiano: il diritto penale e di famiglia contenuto nel vasto *Edictum Langobardorum* emanato dal re Rotari nell'anno 643; un esempio relativo ai re e agli imperatori franchi: i loro atti normativi, i cosiddetti *Capitularia*, prodotti intensamente durante il lungo regno/impero di Carlo Magno tra fine Settecento e primo Ottocento, si concentrano sulle norme regolanti l'amministrazione pubblica e soprattutto i rapporti fra potere politico e potere ecclesiastico).

1.7. *Le soluzioni giuridiche della vita quotidiana di una società agraria*

Affinché i discorsi generali sin qui fatti non corrano il rischio di diventar generici nell'animo del novizio e per coerenza con quanto abbiamo detto all'inizio (e cioè che, centrato il nostro obbiettivo nel diritto come mentalità giuridica, si sarebbe dovuto privilegiare lo sguardo sui rapporti privati), caliamo nella vita quotidiana, nelle soluzioni e scelte che la regolano, per colmare il quadro e dargli concretezza. Ci interessano, pertanto, i rapporti contrattuali che collegano i soggetti privati nella lenta di-

namica di una realtà economica abbastanza stagnante, ma ancor di più le soluzioni giuridiche al rapporto uomo/beni – e particolarmente uomo/terra – essenziale in una civiltà fondamentalmente agraria. Per dare forza a quanto esporremo, si ricorrerà allo strumento comparativo per la sua singolarissima capacità di esaltare le discontinuità; nel nostro caso, alla comparazione con le scelte del diritto romano còlte nel suo messaggio più genuino, messaggio che può condensarsi in un forte controllo della dimensione giuridica, pensata e risolta come funzionale alla stabilità dell'ordinamento politico. Siamo, cioè, all'opposto delle nostre conclusioni sulla nuova esperienza giuridica medievale. Converrà passare, dunque, ad una istruttiva valutazione comparativa.

I Romani vollero la realtà contrattuale dominata da un rigoroso principio di *tipicità*: ai privati venivano proposti dei *tipi* contrattuali, ossia dei modelli pre-fabbricati, offrendo piena tutela solo nella eventualità di un'adozione ristretta entro il nòvero di quelli (per esempio, compravendita, locazione, mutuo, e così via).

La pratica negoziale proto-medievale è, invece, all'insegna della *atipicità*; né poteva che esser così in una civiltà giuridica tanto profondamente consuetudinaria. L'uso aborrisce dalla modellistica rigida; i suoi stampi sono duttili e mutevoli, con un affidamento totale alle intuizioni del notaio e alla buona fede delle parti. Ben spesso la volontà delle parti contraenti era solo formalmente libera: immerse nelle spire di uno stringente universo consuetudinario, esse si rimettevano ai contenuti di cui gli usi si facevano portatori e che il notaio non mancava di segnalare. Si deve anche aggiungere che gli schemi contrattuali escogitati dalla prassi erano ben spesso latissimi e si riducevano a dei contenitori formali capaci di poter ricevere nel loro seno i contenuti consuetudinarii più diversi nella loro estrema variabilità da luogo a luogo.

Un pari controllo mostra il territorio geloso del rapporto uomo/beni, uomo/terra; geloso perché la civiltà romana, in tutto il suo millenario svolgersi, è sempre stata accanitamente proprietaria, cioè fondata sulla proprietà privata individuale, con una funzione di questa che esorbitava dalla dimensione puramente economica per acquisire una dimensione squisitamente politica. Il sistema romano dei cosiddetti diritti reali, cioè concernenti il rapporto uomo/*res*, si assomma nel *dominium*, che è il legame di appartenenza vincolante strettamente la cosa a un soggetto privilegiato, e che si riduce a una volontà potestativa sulla cosa rispettata e tutelata dallo Stato nella sua indipendenza e libertà.

Allo Stato romano preme dare rilievo a un istituto assurto al rango di *fundamentum rei publicae*, cerca di limitare al minimo i condizionamenti derivanti dalla convivenza con altri cittadini, e riduce le situazioni di fatto sulla cosa – contatto fisico, uso, godimento – a circostanze giuridicamente irrilevanti. Ci possono essere contatti fisici, usi, godimenti della cosa da parte di soggetti non proprietarii ma non avranno rilievo giuridico né offuscheranno la pienezza dei poteri del proprietario. È in questa cultura che nasce l'opposizione fra *dominium* e *detentatio*, fra proprietà e detenzione, fra il pieno potere sulla cosa previsto e tutelato dal diritto e il semplice rapporto di fatto, il semplice *tenere* la cosa; e nasce la sterilizzazione giuridica di ogni detenzione. In questa cultura antropocentrica l'attenzione è per il titolare formale (che, magari, non ha mai messo piede sulla sua terra) e non per coloro che, a vario titolo, hanno invece familiarità con la terra (per esempio, un coltivatore legato al proprietario da un rapporto di locazione e considerato semplice detentore).

È ovvio che tutto ciò si capovolga nella nuova cultura reicentrica, dove manca il burattinaio che controlla tutti i fili e dove l'ordine giuridico – intimamente consuetu-

dinario – dà un grosso rilievo alla fattualità. Certi fatti economici – uso, godimento, esercizio –, anche il semplice fatto materiale di una familiarità fisica con un bene, lasciano il limbo della irrilevanza e pretendono una loro presenza e incidenza a livello del diritto; soprattutto quando la durata ha reso *effettive* queste situazioni di fatto. E noi sappiamo che la grande regola costituzionale non è la *validità*, cioè la corrispondenza a un modello generale autoritario, bensì l'*effettività*.

Si aggiunga il mutamento nell'osservatorio da cui si guarda il mondo fisico e sociale, che non è più il soggetto ma la cosa; con il risultato di un mondo esaminato da sotto in su. E le cose non sono più il terreno calpestato da un soggetto sovrano, ma una realtà vivente da leggere e rispettare nelle sue oggettive pretese, tanto più che ad esse sono legati i fatti vitali della coltivazione, della produzione, del sostentamento della comunità.

Se il diritto romano è prevalentemente diritto civile, è cioè imperniato su un soggetto economicamente neutro, neutro perché astratto, che è il *civis*, il cittadino, il diritto proto-medievale è prevalentemente *diritto agrario*, cioè imperniato sui fatti economici fondamentali della coltivazione e della produzione, e su soggetti economicamente connotati quali allevatori, coltivatori, boscaioli; ed è tutto teso non certo al culto del proprietario formale (che pur c'è e resta), ma allo scopo di una maggiore e migliore produzione agraria, scopo in nome del quale si possono chiedere sacrificii anche rilevanti al titolare catastale del bene.

Sotto un profilo tecnico-giuridico le conclusioni che spiccano sono le seguenti: l'ordine giuridico valorizza le situazioni di effettività sulla terra, soprattutto se connesse all'esercizio della impresa agraria; appare inutilizzabile l'opposizione concettuale romana fra proprietà e detenzione; molte situazioni di concessionarii rivolte al miglioramento della terra nella lunga durata si èlevano

di per sé a situazioni para-dominative con un latente ma costante dissanguamento della posizione giuridica del proprietario formale. La prassi giuridica, con le sue povertà tecniche, con le sue figure rozzamente scolpite, è pròdromo delle conquiste che, nella maturità medievale, una consapevole scienza giuridica realizzerà con successo.

1.8. *La Chiesa Romana durante il primo millennio: genesi e sistemazione del diritto canonico*

La Chiesa Romana è protagonista nella civiltà medievale; a ogni livello, religioso, culturale, economico-sociale, politico, giuridico. Si può ben dire che quella civiltà è, per buona parte, creatura sua.

Per lo storico del diritto la vicenda della comunità romano-cattolica è di un interesse tutto speciale, perché si tratta dell'unica confessione religiosa che pretende di costituire un ordinamento giuridico originario non dipendente da nessuna formazione temporale ma risalente direttamente al Cristo come divino legislatore; perché, conseguentemente, pretende di produrre un diritto suo proprio e peculiare, il diritto canonico; perché questo diritto canonico, lungi dall'essere la disciplina di un'appartata collettività sacerdotale, in un mondo storico come quello medievale dove cielo e terra si toccano, sacro e profano si fondono, il cittadino e il fedele si congiungono in una unità perfetta, è dimensione dell'intiero ordine giuridico dando un grosso contributo al suo complessivo volto tipico.

Non possiamo eludere una domanda circa le ragioni di questa scelta per il diritto e dobbiamo tentare una risposta appagante: se non si deve minimizzare l'esigenza di fornirsi di uno strumento prezioso di potere e di controllo, la ragione principale è, a nostro avviso, antropo-

logica, si fonda sul ruolo essenziale della società sacra – della comunità/Chiesa gerarchicamente strutturata – nel raggiungimento della salvezza eterna, sul necessario inserimento del fedele all'interno della struttura, sulla conseguente necessità di meccanismi giuridici ineliminabili a ordinare un tessuto comunitario.

E la Chiesa Romana, ordinamento giuridico, si dà da fare sin dalle origini a disegnare un diritto a sé congeniale. Anche se il primo millennio di vita è solcato da movimenti ereticali, e lo sforzo è soprattutto diretto a fissare l'ortodossia religiosa in stabili verità teologiche, lentamente ma continuativamente in questi mille anni prende un vólto compiuto anche il diritto canonico. Ed è ovvio che, attraverso tanti secoli, prodotto nei luoghi più disparati del mondo allora cristianizzato e dalle fonti più diverse (pontefici, concilii, vescovi, ordini religiosi, consuetudini, teologi, giuristi), la dimensione giuridica della Chiesa sia divenuta sempre più un ammasso confuso di regole, molte delle quali si contraddicevano vicendevolmente, suscitando imbarazzo in un ordinamento sovrastato da finalità squisitamente pastorali.

Allo scadere del millennio questi caratteri negativi si palesano con evidenza, ma, provvidamente, ci sono anche dei lungimiranti giuristi che si impegnano in un robusto tentativo di messa in ordine dell'enorme materiale, della sua consolidazione e armonizzazione. Alla fine dell'XI secolo, in quell'età gregoriana dominata dalla possente personalità centralizzatrice del papa Gregorio VII, è da ricordare specialmente l'opera di un prelato francese, Ivo, vescovo di Chartres, che riesce a dare una sistemazione risolutiva al diritto canonico, senza forzature ma anzi interpretandone puntualmente le intrinseche peculiarità.

Ivo prende atto delle diversità e contraddizioni secolarmente accumulatesi (*discordantiae*), ma individua entro il materiale giuridico due livelli, che provocano una

dicotomia imprescindibile, imprescindibile perché legata alla natura pastorale del diritto canonico: il livello alto del diritto divino (*ius divinum*), che ha in Dio stesso la sua fonte, che è composto di poche regole essenziali (un esempio: non uccidere), e che è perpetuo e universale, insomma immutabile perché *necessario* a ogni creatura umana nel cammino verso la salvezza; il livello più basso del diritto umano (*ius humanum*), che ha la sua fonte nella sacra gerarchia, nei giuristi, nelle consuetudini, che costituisce la più gran parte delle regole canoniche e che è soltanto *utile* per la salvezza; che, proprio per essere soltanto utile, deve accomodarsi alle umane fragilità, tenendo accuratamente conto delle diversità dei luoghi, dei tempi, delle circostanze, delle motivazioni degli atti.

Dalla sistemazione iviana derivava un diritto marcatamente non compatto, anzi, formato da un ristretto strato superiore rigidissimo e da un ampio strato inferiore contrassegnato invece da elasticità; che doveva essere elastico per corrispondere a tutte le differenti circostanze in cui l'uomo pellegrino sulla terra si era trovato, e che unicamente nella sua elasticità trovava la possibilità di essere equo. Questo diritto era, ovviamente, nelle mani dell'applicatore della norma generale, soprattutto del giudice, che, dalla valutazione concreta su una specifica situazione, poteva usare rigore o moderazione, arrivando anche alla non-applicazione se il caso pastoralmente lo richiedeva (è ciò che i canonisti chiamano *relaxatio legis*).

Ivo non aveva inventato alcunché, aveva semplicemente dato applicazione a un principio generale e perenne dell'ordinamento giuridico della Chiesa, la *aequitas canonica*, che impone la considerazione del singolo fedele, dei suoi atti particolari, delle circostanze particolari in cui questi si sono svolti, riuscendo a conseguire una identificazione puntuale del diritto canonico còlto nella sua intima indole pastorale. Ed è per questo che la dicotomia segnalata alla fine dell'XI secolo dal vescovo di

relaxatio legis

Chartres non conosce l'usura del tempo e può essere considerata ancor oggi valida per la comprensione del diritto della Chiesa Cattolica. Sul piano storico-giuridico aggiungiamo una rilevante conclusione: la elasticità del diritto canonico umano è un lievito per l'intiera esperienza giuridica medievale marcata profondamente dal protagonismo della Chiesa Romana e del suo messaggio giuridico.

2. MATURITÀ MEDIEVALE: UN LABORATORIO SAPIENZIALE

2.1. *Tra XI e XII secolo: un crinale storico. Il contesto economico-sociale. Il contesto culturale*

Alla fine dell'XI secolo quei mutamenti sostanziosi, che la storia porta a maturazione – riposti ma continui – nei tempi lunghi, divengono appariscenti, tanto da giustificare la collocazione in quei decennii tra un secolo e l'altro di uno spartiacque che segnala l'inoltro in uno scenario storico sensibilmente diverso.

Mutato appare il paesaggio agrario, che, da prevalentemente silvo-pastorale, è ormai tratteggiato in tutta Europa da terre disboscate, dissodate e riconquistate alla cultura; ed è un paesaggio popolato da un maggior numero di abitatori.

Anche la coscienza collettiva appare trasformata nel profondo: la vecchia sfiducia che costringeva, nell'imperversante disordine sociale, a ricercare le rassicuranti chiusure di un castello o di un borgo murato, si va deci-

samente mutando in un atteggiamento di fiducia; e ne sono segni tangibili il ritorno a una diffusa circolazione e il ripopolamento delle città. Il vecchio paesaggio si fa più complesso: ancora fortemente incentrato sulla campagna, si fa però anche cittadino. Ma la città non è soltanto un ammasso di pietre; è innanzi tutto un fatto spirituale. Se il castello è appartato sulla cima d'una collina, la città si colloca sugli snodi delle grandi strade ormai nuovamente battute, ed è realtà per sua natura non autarchica, anzi dalla vocazione aperta, che trae vita dagli apporti di uomini e beni provenienti dall'esterno. La scelta, via via più intensa, che si comincia a fare per la città è la dimostrazione della rinnovata fiducia per rapporti sociali ariosi e di sempre più lunga gittata.

Anche il numero dei protagonisti sociali si amplia, e fa la sua comparsa il mercante professionale. Ormai, non basta più il vecchio mercato proto-medievale, luogo di permute di prodotti locali da parte di produttori locali. Ora c'è maggior copiosità di beni e, quindi, esigenza di scambii a largo raggio; e riprende campo l'intermediazione della moneta, che è la testimonianza più concreta della vivacità economica e della diffusa fiducia. C'è bisogno di un soggetto tutto nuovo che faccia della mercatura la professione della propria vita, della città la sua sede, di un panorama ormai europeo il territorio necessario ai suoi traffici. Ed è il mercante il nuovo protagonista, anche lui segno di fiducia, di apertura a scenarii sempre più ampii.

Fin qui il discorso ha avuto un contenuto socio-economico, ma deve ora estendersi anche alla dimensione culturale. Se nei secoli proto-medievali non mancarono scuole e centri di intensa cultura e di scavi penetranti in campo teologico e filosofico, ciò avvenne nell'ambiente chiuso di qualche monastero, senza che questi arricchimenti culturali circolassero fuori delle mura claustrali e fecondassero la società civile. Ora, invece, la scuola appare sempre più spesso al centro della città, accanto alla chiesa cattedrale, e di cultura circolante si tratta.

Quel vuoto culturale, che ci ha permesso di parlare non solo di naturalismo ma anche di primitivismo, si va colmando, e lo dimostra la fioritura del secolo XII, una fioritura fatta non di riflessioni isolate ma di grosse personalità che agiscono all'interno di una rete di rapporti a spettro sicuramente europeo, spesso in acceso dialogo, con scuole che sono per elezione culle di dibattiti e pertanto fucine di una cultura cui ripugna il soffocamento del particolare e che aspira all'universale; siamo anche alla nascita della grande e fra breve diffusissima germinazione universitaria.

A noi interessa sottolineare le ricche revisioni che avvengono nel campo della teologia e della filosofia, perché ne trarrà vigore intellettuale la scienza giuridica che comincia ad allignare bene in questo terreno fertile.

2.2. *Potere politico e diritto. La appartatezza del legislatore*

Dunque, parecchie novità a cavallo fra undecimo e duodecimo secolo: nelle strutture stesse della società occidentale, nella coscienza collettiva. E uomini di cultura, che, accanto ai mercanti, percorrono le riattate arterie stradali portando ovunque il seme d'una riflessione autenticamente scientifica e certamente colmando uno dei due vuoti entro cui si era modellata l'originalità della civiltà proto-medievale.

A questo punto, riterrei più che legittima una domanda del lettore: queste mutazioni, sulle quali si è creduto di insistere, quale grado di incidenza hanno sul vólto della esperienza giuridica medievale? Si può ancora parlare di un'unica esperienza, che corre continua fino al Trecento, o si deve individuare nel nostro spartiacque

un solco che separa due esperienze irrimediabilmente diversificate nelle loro radici più intime?

Domanda legittima ma anche opportuna, perché ci consente di rispondere, in coerenza con le nostre premesse, che l'esperienza giuridica è una, giacché uno è il suo vólto essenziale, unitarie restano le sue fondazioni, unitario il modo di vivere e concepire il diritto. A ciò si deve unire una semplice avvertenza: questa esperienza – che la modernità ha voluto minimizzare chiamandola maliziosamente 'medioevo', età di mezzo, età di transizione – ha la durata di un millennio (o giù di lì), e il tempo (che non passa mai invano) non può che apportare, nella lunghissima durata, delle variazioni su quel vólto; le quali, tuttavia, non debbono ingannarci e farci dimenticare la costanza nelle scelte fondamentali.

Il nostro cómpito – non lieve – è ora di motivare asserzioni generiche e insoddisfacenti. E cominciamo súbito col dire che la novità (e non di poco conto) di una forte dimensione culturale, lungi dallo stravolgere l'identità medievale, si innesterà armonicamente sulla piattaforma fattuale del diritto distillata lentamente da una prassi, dando a quella l'ulteriore valenza necessaria per corrispondere ai bisogni di una civiltà più dinamica, più complessa, insieme campagnola e cittadina, agraria e mercantile.

Preme un primo fondamentale rilievo: se il vuoto culturale è colmato, incolmato resta invece il vuoto politico. Quel soggetto pubblico ingombrante, che ritiene di potersi e doversi occupare di tutto quanto avviene a livello del sociale, che ritiene di potere e dovere controllare la dimensione giuridica di un popolo e, quindi, di produrre diritto, tutto il diritto possibile, è un futuribile che concerne tempi ulteriori.

Il principe continua ad essere pensato e risolto dalla coscienza collettiva come il giudice supremo della comunità, con una dote (e virtù) basilare, irrinunciabile: l'equità, la capacità di attuare una giustizia fondata sulla natura stessa delle cose. Giovanni di Salisbury, un prelato inglese che scrive a metà del 1100 il primo grande trattato di filosofia politica dell'incipiente medioevo sapienziale, lo ritrae come «imago aequitatis»[1], immagine dell'equità, caratterizzando la legge quale «aequitatis interpres», interprete dell'equità, e, all'incirca cento anni dopo, Tommaso d'Aquino, il consolidatore delle certezze teologiche e filosofiche medievali, lo identifica secondo un medesimo timbro come «custos iusti»[2], custode di ciò che è giusto. In altre parole, un principe che non è còlto come volontà suprema, con in mano un potere arbitrario sopra i sudditi, bensì come personaggio attento a leggere la natura, ossia la grande realtà dove sono scritti i canoni del giusto; ed è per questo che lo stesso san Tommaso, in alcune sue celebri definizioni di 'lex'[3], la individua nel frutto di una operazione razionale, conoscitiva, tesa non a proiettare una volontà dispotica sulla comunità dei sudditi, ma a ordinarla («ordinamento della ragione rivolto al bene comune»).

La coscienza collettiva continua a non identificare il principe in un 'legislatore', cioè in un facitore del diritto; in lui il dovere di leggere la natura non è per ricavarne norme generali autoritarie ma unicamente la misura della vera giustizia. E lui stesso non avverte nella funzione 'legislativa' il carattere tipizzante del suo potere. Continua la relativa indifferenza per il diritto che abbiamo già sottolineato per i secoli proto-medievali, continua

[1] Giovanni di Salisbury, *Policraticus*, lib. VI, cap. II; per la successiva citazione della legge quale «aequitatis interpres» si veda ivi, lib. IV, cap. II.

[2] Tommaso d'Aquino, *Summa theologica*, secunda secundae, quaest. LVIII, art. 1, ad 5.

[3] Le definizioni tomiste di *lex* sono reperibili in *Summa theologica*, prima secundae, quaest. XC, art. 3 e art. 4; quaest. XCI, art. 2, ad 3 e art. 3.

la relativa afasia legislativa. Il principe si limita a produrre norme per disciplinare il ristretto campo connesso all'esercizio del pubblico potere. E questo è ovvio, perché continua l'impero delle consuetudini, perché il diritto ha un'impronta consuetudinaria, verso la quale il potere politico – come facitore di norme – si pone marginale e in posizione di sincero rispetto. Un quadro che non muta nell'Italia centro-settentrionale, dove comincia una esuberanza cittadina che si concretizza nei liberi Comuni: gli Statuti, espressione della loro autonomia, sono regolamenti il più delle volte disorganici, senza alcuna pretesa omnicomprensiva e dove ricevono maggiore attenzione i minimi problemi urbanistici che non i grandi istituti regolanti la vita dei privati. E non muta nemmeno nell'Italia meridionale dove un grande monarca, Federico II di Svevia, fa redigere per il suo regno di Sicilia, nel 1231, un troppo magnificato e gigantizzato monumento normativo, il *Liber constitutionum regni Siciliae*, il cosiddetto *Liber Augustalis*, un testo ambiguo ricolmo com'è di figurazioni passate nella concezione del potere che si mescolano con alcune intuizioni innovative.

Non sarà male dare un rapido sguardo a quanto avviene Oltralpe durante il Duecento, secolo estremo della medievalità ma in cui ci sono eloquenti conferme di quel che or ora si diceva. Non ci interessa tanto l'area germanica, che continua per tutto il secolo ad essere terra di consuetudini, quanto le monarchie che in Francia, Spagna e Portogallo stanno iniziando un cammino che le porterà più tardi a una configurazione finalmente statuale.

La Francia non tarderà ad essere per noi, di lì a breve tempo, il vero laboratorio politico-giuridico della modernità. Qui la monarchia, pesantemente condizionata nella sua azione dalla feudalità, comincia a crearsi uno spazio politico sempre più solido riconquistando a sé un territorio sempre più ampio, opera nella quale eccelle

un monarca dalla indubbia capacità progettuale, Filippo Augusto (1180-1223). Per tutto il secolo l'attività legislativa è, però, sporadica e limitata a interventi di indole pubblicistica; in tempo di pace, la vita privata dei cittadini continua ad essere regolata da un secolare tessuto consuetudinario, mentre il re – come si esprime efficacemente uno dei più grandi giuristi francesi del secolo, il Beaumanoir[4] – è soprattutto «custode delle consuetudini». La prima grande *Ordonnance* riformatrice – *ordonnance* sta divenendo il termine che indica la norma generale regia – è emanata da san Luigi (Luigi IX) nel 1254 al suo ritorno dalla Crociata, ma riguarda gli abusi degli amministratori reali rispetto ai quali il re non sa far di meglio che riaffermare il valore delle consuetudini locali.

In Portogallo la legislazione regia si intensificherà solo con Alfonso III (1248-1279).

In Spagna, mentre in Catalogna, Aragona, Valenza, Navarra dominano fino alla metà del Duecento diritti locali dal carattere schiettamente consuetudinario, in Castiglia, nella seconda metà del secolo, abbiamo un cospicuo intervento di Alfonso X il Saggio (1265-1284) che tende a forzare il localismo consuetudinario, ma intervento singolarissimo e che la dice lunga sulla qualità di legislatore di quel re: *Las siete partidas*, il monumento legislativo alfonsino, così chiamato per la sua partizione interna, ha un contenuto di diritto comune e non castigliano, cioè di quel diritto universale romano e canonico di cui non abbiamo ancora parlato ma di cui fin da ora si deve sottolineare il carattere prevalentemente scientifico. E infatti la prassi del regno, malgrado la tra-

[4] Cit. in J.M. Carbasse, *Manuel d'introduction historique au droit*, Paris 2005³, p. 192.

duzione nella familiare lingua locale, lo respingerà recisamente come corpo estraneo.

2.3. *La ritrovata complessità della società occidentale esige rinnovati strumenti giuridici*

Ecco, quindi, un evidente segno di continuità: persiste fino al pieno Duecento la dominanza della consuetudine quale fonte del diritto, e persiste pertanto la fattualità del diritto. È, questa, una continuità sostanziale; diremo di più: essenziale.

Fonte materna, aderente ai luoghi e agli interessi locali, la consuetudine ha però un intrinseco difetto che non abbiamo mancato di segnalare: il particolarismo, esprime il particolare, si intride di particolare. In una società semplice come quella del primo Medioevo, società statica, società dalla trasformazione lentissima, la consuetudine può essere l'unica veste giuridica capace di ordinarla effettivamente, ma si dimostra inidonea proprio per il suo frammentarismo quando il paesaggio socio-economico-giuridico si fa complesso, quando la dinamica dei rapporti economici comporta una pari dinamica dei rapporti giuridici, quando il reticolato delle relazioni si infittisce e si allarga formando un tessuto che va dalle città anseatiche sul Baltico al Mediterraneo che le Crociate hanno recuperato nella sua interezza.

In un simile contesto, così macroscopicamente complesso e diffuso, la consuetudine rivela la sua impotenza ordinatrice. È ovvio che fatti e usi permangano come matrice prima, ma nel momento in cui fatti e usi si inseriscono in uno spazio amplissimo, quando alla dimensione agraria si congiunge – intersecàndosi – una vivace dimensione mercantile, ecco che emerge prepotente l'esigenza di quegli schemi generali, di quelle categorie generali ordinanti e anche di una tecnica giuridica rigorosa e raffinata che il fattuale universo consuetudinario non è in grado di fornire. I fatti hanno bisogno di una intelaiatura ordinante che non li soffochi ma che li organizzi e li sistemi, che realizzi una unità delle diversità, perché incombe altrimenti lo spettro di un caos indominabile.

Orbene! Due sono le fonti giuridiche idonee a conseguire questo scopo: la legge e la scienza, due fonti che possono sovraordinarsi all'ammasso dei fatti particolari e organizzarli secondo principii, concetti, schemi generali. Potrebbe farlo egregiamente il principe, sia esso monarca o città libera, ma c'è da parte sua una sostanziale rinuncia a leggere natura e fatti traducendoli in regole; la veste del legislatore ancora non gli si addice. Non resta che una risorsa per la civiltà medievale, che ha recuperato ormai una intensa dimensione sapienziale; ed è precisamente il ricorso alla scienza, alla scienza giuridica.

2.4. *Il ruolo della scienza giuridica. Universalismo e particolarismo. Consuetudini e scienza nell'identificazione dell'ordine giuridico*

Medioevo sapienziale: un simile aggettivo si confà alla fase della maturità medievale, perché in essa è la scienza – per noi, la scienza giuridica – ad avere un ruolo primario. E assistiamo alla circostanza rilevantissima che l'esperienza affida alla scienza di disegnare quel diritto di cui il momento storico ha urgente necessità.

Le motivazioni sono molte, e la prima può ben essere quella già sottolineata nel paragrafo precedente: la scienza è la sola fonte che, in assenza di un potere politico compiuto, può raccogliere, organizzare, unificare un enorme materiale fattuale sparso, ossia può conferirgli quel carattere ordinativo che è la cifra intima del diritto, di ogni dimensione giuridica. Con questo non piccolo

vantaggio: che, mentre la norma autorevole del principe non può che tradursi in comandi generali necessariamente rigidi, le categorie teoriche e i principii, di cui è portatrice una riflessione scientifica, hanno una loro elasticità che li rende particolarmente congeniali a un'esperienza giuridica in perenne cammino. Come opportunamente si precisava più sopra, la scienza armonizza non sopprimendo le diversità ma riconducèndole nell'alveo delle grandi linee direttrici quali elementi di arricchimento.

Una così sentita centralità della scienza giuridica poggia però anche su altre solide ragioni. Il direttore della nostra collana «Fare l'Europa», Jacques Le Goff, ha scritto un volume improntatore che, nella traduzione italiana, è stato felicemente intitolato *Il cielo sceso in terra*[5], rispecchiando fedelmente una delle intuizioni di fondo del grande medievista e puntualizzando bene una civiltà storica in straordinaria percezione di una realtà al di sopra della natura e della storia, una civiltà che vive nello spazio e nel tempo ma che trova la sua finalità ultima al di là dello spazio e del tempo. In questa civiltà, il giurista, il maestro di diritto, in quanto *sapiens*, è più di ogni altro operatore terreno in un rapporto di partecipazione con Dio, sapienza somma, verità somma. È personaggio illuminato e illuminante, quasi un mediatore fra cielo e terra, certamente colui che è su un gradino superiore a tutti nella ricerca della verità. E questo spiega l'affidarsi a lui.

Quel che si deve, però, aggiungere, per non essere tratti a conclusioni falsanti, è che si tratta di scienza incarnata. Lo vedremo meglio nei prossimi capitoli, ma vale la pena anticiparne ora qualcosa. Non sono in gioco sapienti chiusi nel loro studio, maledettamente assorbiti da disegni teorici as-tratti dal contesto circostante; sono grandi speculativi, quasi sempre grandi maestri nelle università ormai disseminate in tutta Europa[6], ma sono personaggi in carne ed ossa, ben inseriti all'interno della società civile e non di rado in posizioni di prestigio e di potere, per di più attentissimi a quanto accade fuori dello scrittoio o dell'aula di lezione, e coscienti che su di essi pesa il carico onorevole e greve di dare ordine al magma socio-economico.

Felice atteggiamento, che pone questa coralità scientifica in feconda simbiosi con la sussistente e crescente piattaforma consuetudinaria e comunque fattuale. I nuovi fatti economici e sociali, sempre nuovi in una esperienza in costruzione quale quella tardo-medievale – un cantiere perennemente aperto –, i nuovi casi proposti dalla prassi, le nuove figure e i nuovi istituti di cui ha ormai necessità la vita d'ogni giorno, trovano una stabile sistemazione teorica e tecnica nelle pagine degli uomini di scienza; sottratti alla incandescenza del divenire, si trasformano in un messaggio più decantato, rigoroso e universalizzante. La figura, l'istituto, grazie al consolidamento scientifico, diventa un modello attuabile in altri contesti consimili, in altri luoghi, in altri tempi. La scienza assume pienamente una funzione ordinatrice e pienamente raggiunge lo scopo.

[5] *Il cielo sceso in terra. Le radici medievali dell'Europa*, Roma-Bari 2004. Nella edizione originale francese (Editions du Seuil, Paris 2003) il volume era intitolato *L'Europe est-elle née au moyen age?*.

[6] La proliferazione delle università a partire dalla fine del secolo XI, quali centri di ricerca scientifica, di comunicazione e formazione culturale, è uno dei tratti più notevoli e tipici del secondo Medioevo.

2.5. *Sul carattere della scienza giuridica tardo-medievale. Diritto comune, diritto romano, diritto canonico*

Dobbiamo calare un po' più nel concreto. Sappiamo che la scienza giuridica ha un ruolo da protagonista, e ne conosciamo le ragioni. Occorre ora caratterizzarne meglio i tratti identificativi.

In prima linea, non avrei esitazione nell'evidenziare la sua *solitudine*, intendendo con questo termine sorprendente che il nostro coro di scienziati non opera all'interno di un potere politico compiuto, il quale certamente – come spesso constateremo nella modernità – condiziona e vincola, ma anche protegge e soprattutto conferisce autorevolezza in grazia della possibilità di coercizione tenacemente nelle sue mani tramite le forze di polizia. L'autorevolezza di questi maestri è unicamente riposta nel loro prestigio spirituale e intellettuale, ma è bastevole per generare l'osservanza della comunità senza la quale non si ha diritto? Essi avevano un disperato bisogno di autorevolezza, e questa non poteva esser fornita dal singolo giurista alto dignitario alla corte di un principe o notabile influente nell'organismo pubblico di un Comune libero, come spesso succedeva. Ne aveva bisogno il loro messaggio scientifico corale.

Eran giuristi che nel loro subconscio nutrivano saldamente le convinzioni naturalistiche e fattualistiche di generazioni di pratici proto-medievali che si erano sedimentate nella coscienza collettiva, ed eran portati a guardare attenti e compiaciuti ai fatti della realtà loro contemporanea; lì stava la dimensione primaria della *effettività*. Mancava loro, però, un supporto di *validità*, cioè un modello superiore, generale ed autorevole, a cui ancorare il brulichìo di creature effettive che essi eran chiamati a disegnare concettualmente e tecnicamente. Quel modello lo si trovò nel diritto romano.

Durante il primo Medioevo il diritto romano aveva vi-

vacchiato, vestendo tuttavia i panni rozzi che erano gli unici confacenti; si era 'volgarizzato', come dicono i romanisti, assorbendo tratti semplici, fattuali ma efficaci, deponendo invece i pinnacoli alti eretti da una raffinatissima scienza giuridica. Si pensi che il suo scrigno più prezioso, i cinquanta libri del *Digesto* contenenti il tesoro scientifico romano, restano ignorati perché incomprensibili per tutti i secoli proto-medievali, perché inidonei, perché non servivano cappelli piumati e lustrini a un volgo di agricoltori e di pastori. E non hanno torto gli storici del diritto quando segnano con enfasi una data puntuale, il 1076, allorché in una carta giudiziaria proveniente dalla Toscana per la prima volta ci si riferisce a un frammento del *Digesto*. Si torna a usarlo, perché ora, nel 1076, lo si può capire, lo si può adoperare consapevolmente. La dovizia culturale della fine del secolo undecimo dà, sul piano della storia giuridica, anche questo frutto specifico: riaffiora alla superficie storica nella pienezza del suo messaggio scientifico un patrimonio che sembrava perduto per sempre ma che era soltanto sepolto.

È un frutto che viene subito afferrato. Quello che noi abbiamo sopra chiamato troppo vagamente 'diritto romano' e che è il 'diritto romano' così come viene consolidato dall'imperatore Giustiniano, nella prima metà del VI secolo d.C., nel maestoso monumento del *Corpus iuris civilis*, composto dalle *Institutiones*, dal *Digesto*, dal *Codex*, dalle *Novellae* – non è per i giuristi dell'XI-XII secolo unicamente uno scrigno di vocaboli appropriati, di concetti rigorosi e di invenzioni tecniche, tutti ora finalmente percepibili nella forte valenza di solidissima grammatica giuridica; è anche e soprattutto l'agognato modello autorevole, munito d'una autorevolezza enorme ai loro occhi.

Enorme almeno per due motivi: in primo luogo, per la sua vetustà, perché appartiene al favoloso mondo antico e lo riassume, perché – come diceva Giovanni di Sa-

lisbury, che già conosciamo – «venerabilior est vetustas», perché l'antichità non può non essere oggetto di particolare venerazione; secondariamente perché il 'legislatore' è Giustiniano, che non è solo un imperatore romano, ma anche un imperatore cattolicissimo, custode della ortodossia, protettore (anche troppo) della Chiesa, come dimostravano quelle parti del *Corpus iuris* in cui si parlava dottamente e rispettosamente di dogmi di fede.

Il diritto romano serviva egregiamente come supporto di validità per le elaborazioni della scienza giuridica medievale: era il modello autorevole che avrebbe, a sua volta, garantito loro autorevolezza e, quindi, l'osservanza generale. Lo scienziato doveva rivestirsi dei panni del romanista, doveva porre ogni suo discorso all'ombra protettiva di qualche frammento del *Corpus iuris*, frammenti che i medievali senza mezzi termini chiamavano 'leges' quasi per sottolinearne la perentorietà.

Tutto bene. Ma qual è la sorte dei fatti contemporanei ai nostri dottori? È forse un tradimento verso quel primato dell'effettività, che pur sentivano intensamente nelle loro coscienze di giuristi ben inseriti nel loro tempo? Non dimentichiamo, infatti, che il complesso normativo giustinianeo rappresentava un messaggio giuridico risalente, al più tardi, al secolo VI dopo Cristo, ed era messaggio di alto valore ma esprimente una società e un ambiente storico profondamente diversi.

E avvenne che si mescolassero in loro due ossequii sinceri, ai venerabili testi giustinianei e alla chiamata della civiltà contemporanea, con la possibilità, però, che l'uno si ponesse in contrasto con l'altro, che la richiesta della vita quotidiana medievale non trovasse rispondenza nei sacri testi o la trovasse non confacente. La soluzione, che segnala la problematicità del loro approccio e che può risultare poco accetta a un uomo di cultura del secolo ventunesimo, è che non si allontanarono mai *formalmente* dalla 'legge' romana, ma se ne allontanarono *sostanzialmente* allorché lo richiedeva la loro funzione di costruttori di un nuovo ordine giuridico.

Essi lessero il *Corpus iuris* con occhi di uomini del tardo Medioevo; essi lo *interpretarono* alla luce delle novissime esigenze presenti attorno a loro, tanto che sono più apparenti che reali i panni del romanista da loro indossati. I protagonisti futuri dell'Umanesimo, come vedremo, li reputarono asini e ignoranti, giacché talora, spesso, di interpretazione non fedele si trattava, o, se volete, di tradimento del contenuto genuinamente romano. Certamente, in essi vi fu una intima contraddizione, perché in contraddizione potevano essere le due fonti ispiratrici, i fatti contemporanei e la 'legge' antica. Una cosa essi non potevano fare e non fecero: gettare alle ortiche il diritto romano. Non potevano farlo per il grado di venerabilità che aveva ai loro occhi, ma soprattutto perché vi si condensava la *validità* delle elaborazioni dottorali.

Si ebbe allora questa singolare posizione: all'indiscutibile e costante ossequio formale si accompagnava – ove ce ne fosse necessità – una disinvolta soluzione reclamata dalle circostanze novissime, si invocava un testo antico per proteggere una soluzione ad esso estranea se non contraria. I nostri giuristi erano *interpreti*, ma non nel significato – corrente nell'Europa continentale moderna – di approccio con un testo vincolato da quel testo; la loro *interpretatio* – uso volentieri il termine latino per evitare equivoci – è più intermediazione fra legge antica e fatti novissimi che spiegazione, esegesi.

La tradizione ha chiamato «glossatori» la prima grande scuola originatasi a Bologna fra XI e XII secolo e ha chiamato «commentatori» la più matura, culturalmente più provvista, scuola che, nel Trecento e nel Quattrocento, è una fioritura italiana ed europea, ma sia chiaro

che, se è corretto parlar di 'glosse' e di 'commenti' perché sempre questi maestri si proposero come *interpreti* del *Corpus* giustinianeo, la loro intermediazione fu creativa, creativa di quel nuovo diritto, tipico di un momento altamente sapienziale, che siamo soliti chiamare «ius commune», «diritto comune».

Ius commune. Un diritto prodotto dai giuristi, da coloro che sanno di diritto, giudici, notai, avvocati, ma soprattutto scienziati, soprattutto maestri; maestri che insegnavano nelle università di tutta Europa ma che, ben immersi nella carnalità dell'esperienza giuridica, non si peritavano a farsi consiglieri dei detentori del potere, consulenti nei tribunali delle parti in causa e del giudice, a esercitare con successo l'avvocatura e il notariato. Un diritto che nasceva dal dialogo complesso che essi instauravano contemporaneamente con i fatti di vita presenti e con le regole romane fissate nei testi antichi. Se questo libro non avesse lo scopo di tracciare un disegno generale, sarebbe interessante misurare la novità delle loro invenzioni entro il tessuto dei varii istituti. Dobbiamo limitarci a sottolineare il grado di creatività e di fantasia sul tema economicamente e socialmente più rilevante, quello della proprietà: malgrado che le fonti romane parlassero chiaro dell'unicità del *dominium*, gli interpreti, eredi della prassi proto-medievale che aveva spostato la sua attenzione sulle situazioni di effettività e le aveva rivalutate, consapevoli che quelle situazioni ormai reclamavano una valorizzazione giuridico-formale, giocando disinvoltamente su alcuni testi romani e tradèndone il messaggio, arrivarono a costruire due proprietà sulla stessa cosa, elevando le situazioni di effettività sul bene al rango di una proprietà, il *dominium utile*; si dava vita a quella 'teoria del dominio diviso' che avrà una esistenza lunghissima, giungendo fino alle soglie della rivoluzione francese.

Ius commune. Un diritto corale, la voce d'una intiera

comunità di giuristi, che non conosce frontiere e che si propone a noi come la voce di un ceto di tecnici impegnati nella costruzione di un grosso edificio, quel diritto senza Stato come continua ad essere il diritto del tardo Medioevo. Giustamente un grande storico italiano del diritto, Francesco Calasso, ha parlato del «diritto comune come fatto spirituale»[7].

Ius commune. Un diritto senza frontiere – abbiam detto –, come è proprio della scienza, che nutre sempre in sé una vocazione all'universale e a cui ripugnano le artificiose barriere politiche. Il che è dimostrato da quella straordinaria circolazione di docenti e discenti, pellegrini di cultura itineranti da una sede universitaria all'altra, tutti cittadini di quella repubblica sapienziale nella quale nessuno può sentirsi straniero. Un diritto che realizza l'unità giuridica europea, un diritto a proiezione universale, l'unica legittima per la scienza. Un esempio illuminante, fra i tantissimi, lo ricaviamo dai *Commentarii* del principe della scuola dei «commentatori», Bartolo da Sassoferrato, un giurista italiano vissuto nella prima metà del Trecento. In una pagina di questi *Commentarii*, che sono prevalentemente appunti dalle lezioni e che si concretano in un dialogo vivo con gli studenti, Bartolo integra la sua spiegazione accennando a un maestro tedesco che aveva tenuto nella mattina la sua lezione e che aveva parlato della opinione di un professore della Università di Orléans[8]. La piccola aula della Università di Perugia (dove Bartolo insegna) non è rinchiusa nelle mu-

[7] *Il diritto comune come fatto spirituale* è la intitolazione della prolusione fatta da Francesco Calasso alla Università di Roma nel 1946 (ora in Id., *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951).

[8] Ecco qui, nella sua originaria scrittura latina, il testo tratto dalle lezioni di Bartolo da Sassoferrato (è nel commentario a un frammento del *Digesto*, e precisamente al frammento 17, titolo 2, del libro 41): «quidam Doctor de Aurelianis, ut retulit ille Doctor Theutonicus qui pridie hic repetiit, dicit...».

ra di una città dell'Italia centrale, ma è al centro di una raggiera di relazioni intellettuali fra Italia, Germania, Francia; la sua collocazione spaziale è al cuore dell'intiero mondo civilizzato.

Due necessarie precisazioni.

Il diritto comune non è, come diceva un tempo un romanista italiano, un «diritto romano ammodernato», o, come qualche sprovveduto ancora vorrebbe, la semplice continuazione nel Medioevo dell'antico diritto romano, «ius romanum medii aevi». Per lo *ius commune* il diritto romano è fonte di autorevolezza, strumento prezioso di validità; è un necessario elemento di confronto, un modello di linguaggio, di idee, di tecniche, ma sarebbe una falsazione della tipicità giuridica medievale operare una identificazione. Rispetto al nuovo tessuto giuridico tardomedievale il diritto romano è solo un filo della tela, anche se rilevante; e, come si sa, i fili sono trasfigurati nella realtà nuova e diversa che è la tela.

Seconda precisazione, e non meno rilevante. *Ius commune* significa diritto comune a tutte le genti, perché ispirato alla razionalità che è sempre il nerbo segreto e la risorsa della scienza. Ma è comune anche perché l'uomo integrale del Medioevo, in cui si fondono armonicamente il cittadino e il fedele, non ritiene estraneo a sé il diritto della confessione religiosa imperante, il diritto canonico. Se questo, per il giurista odierno, è il complesso di regole giuridiche di un ordinamento diverso dallo Stato e che ha una vita indipendente dallo Stato, dai varii Stati, ciò è impensabile nella civiltà medievale, dove il diritto della Chiesa Romana è un secondo modello autorevole, un secondo supporto di validità. E il giurista non è soltanto interprete della 'legge' romana contenuta nel *Corpus iuris civilis*, ma altresì della 'legge' canonica; il buon giurista deve possedere una competenza specifica anche in questa, e il diritto che ne risulta è *ius commune* anche sotto questo profilo.

2.6. *La sistemazione del diritto canonico. L'edificazione del diritto canonico classico*

Abbiamo visto come, durante il primo millennio, la Chiesa Romana abbia lentamente ma costantemente costruito un diritto a sé congeniale, un diritto segnato da quella cifra tipica che si conviene a un ordinamento giuridico dal prevalente scopo pastorale; e abbiamo anche visto che, agli albori del secondo millennio, un primo bilancio viene tracciato nelle opere di alcuni canonisti dell'età gregoriana cominciando ad armonizzare le diversità e a edificare un sistema fondato sulla basilare distinzione fra diritto divino e umano.

I due secoli che seguono, e che sono il coerente (anzi, accentuato) svolgimento della politica gregoriana, secoli segnati dal protagonismo di pontefici dalla forte preparazione giuridica, ospitano la compiuta sistemazione del diritto canonico; è il momento che viene non a torto qualificato come «diritto canonico classico». Se a metà del millecento sarà un monaco, Graziano, a tentare, in un'opera famosa ma a titolo privato, la *Concordia discordantium canonum*, una armonizzazione delle diversità nell'unità, nel Duecento saranno gli stessi pontefici che, a livello ufficiale, si faranno promotori di rilevanti raccolte normative, Gregorio IX nel 1234, Bonifacio VIII nel 1298, e poi Giovanni XXII nel 1317. La Chiesa sta formando quello che più tardi sarà chiamato, sul modello dello stampo giustinianeo, *Corpus iuris canonici*.

La cifra tecnica di questo singolare diritto plasmato in forme assolutamente tipiche dal proprio scopo pastorale è quello riassunto egregiamente da Ivo di Chartres, e non ci resta che rinviare il lettore alle nostre notazioni precedenti. Vogliamo, ora, aggiungere delle precisazioni sulla fonte prevalente (anche se non esclusiva) con cui il diritto canonico di questa età si manifesta: la cosiddetta «decretale». Decretale è un aggettivo, significa 'deciso-

vato un sentimento intenso del presente, della sua tipicità e rispettabilità. Il nascente e crescente nazionalismo giuridico francese trova in questo filone umanistico motivazioni e contributi notevoli.

8. *Il giusnaturalismo*

Se l'umanesimo giuridico è il protagonista vivace della scienza giuridica del Quattrocento e del Cinquecento (e lo è in tutta Europa, anche se con una forza particolare in Francia), i secoli XVII e XVIII sono percorsi in tutta Europa dalla grande avventura del giusnaturalismo. Cerchiamo di avvicinarci alla comprensione di questo capitale fatto storico della modernità dalle enormi conseguenze.

In un'accezione assolutamente elementare, giusnaturalismo significa una civiltà giuridica che si impernia sulla nozione di «diritto naturale» quale suo fondamento e sua idea matrice e che serba al proprio interno, quale tratto tipico, la dialettica fra i varii diritti storici positivi prodotti dalle varie entità politiche e un diritto superiore – appunto, il diritto naturale – che non è prodotto da quelle entità ma fa capo al di là di esse, in una realtà superiore, universale, che per ora possiamo contentarci di chiamare sommariamente 'natura'.

Il richiamo a un 'diritto naturale' non è certamente una novità moderna; la civiltà greco-romana, quella medievale e – addirittura – quella a noi contemporanea sono sicuramente arricchite dalla dialettica ora accennata; e possiamo, anzi, anche individuare una piattaforma comune e costante di ogni ricorso che nella storia si è fatto e si fa al diritto naturale: il suo carattere liberatorio, affrancatorio, nell'opporre alle scelte contingenti e spesso arbitrarie del potere un complesso di principii e regole che al potere e alle sue miserie non si rifanno, che

si fondano – al contrario – su qualcosa di più durevole, di più solido.

Detto questo, si deve però immediatamente aggiungere che appagarsi del riferimento a questa generica piattaforma comune non ci dà la cifra tipica del giusnaturalismo moderno e che si deve procedere a una sua maggiore storicizzazione. Cominciando da due precisazioni chiarificatrici: nel Seicento europeo, sulla dialettica diritto naturale/diritti positivi si basa la costruzione di un intiero ordine giuridico; e si conferisce un contenuto assolutamente nuovo al generico contenitore 'diritto naturale', variamente riempibile e variamente riempito dalle varie civiltà storiche.

Poiché la comparazione è l'arma più appuntita nelle mani dello storico, rendiamoci conto delle conclusioni medievali in proposito. Nella visione di Tommaso d'Aquino, che, al solito, le esprime con fedeltà e lucidità somme, l'analisi fa pernio non sull'individuo ma sul cosmo, una grande realtà magnificamente ordinata grazie a principii e regole che Dio stesso ha generosamente voluto in favore del genere umano e ha scritto a caratteri indelebili sulle stesse cose. Qui la 'ragione naturale' è un dono divino e ha una dimensione squisitamente *oggettiva*.

Ma, tra la fine del Duecento – che è il tempo di Tommaso – e i primi del Seicento – che è il tempo di avvio del giusnaturalismo – sta quel secolo XVI in cui si sviluppano diversi processi liberatorii, che abbiamo creduto bene di sottolineare. Umanesimo, pre-capitalismo, rivoluzione scientifica sono gli eventi rivoluzionarii tutti tesi a capovolgere la vecchia e opprimente visione del mondo naturale e sociale, e sono proprio gli eventi che debbono presupporsi al giusnaturalismo seicentesco e gli dànno un conio di tipicità e di novità intensissime; le sue radici sono nel fervido crogiuolo storico germinato nel Trecento e maturatosi compiutamente nel Cinquecento, ed è da lì che esso afferra la nuova antropologia appro-

priandosi della sua carica rivoluzionaria. Cerchiamo di disegnare le linee essenziali del progetto giusnaturalistico: che deve essere còlto, in conseguenza e coerenza al già avvenuto processo liberatorio del soggetto individuale, quale gradino ulteriore valido per fornirgli fondazioni indiscutibili.

Ora, nel Seicento, le scienze matematiche e naturali offrono ormai un sicuro presidio metodologico, al quale il giurista – diventato anche lui, come il naturalista, uno *scopritore* – dovrà affidarsi con dedizione totale; e, al par di lui che è riuscito a individuare le leggi universali ordinanti la natura delle cose, riuscirà a fissare quelle regole universali di condotta scritte chiaramente nella natura dell'uomo, e ben visibili sol che si abbia uno sguardo non alterato. Bisogna, però, arrivare a *scoprire* la natura genuina dell'uomo, ma non è un recupero facile, perché la storia – nel suo scorrere – ha falsato e deformato.

Da qui l'assillo, che domina tutto il giusnaturalismo, di liberarsi delle artificiose sedimentazioni storiche e pervenire a una perfetta registrazione di quello che fu il primitivo stato di natura, dove il primo uomo può fungere da incontaminato modello nella operazione di recupero. Sembra una ingenua favola assolutamente innocua, ma il suo vólto muta appena si scenda a constatare la lettura che viene fatta della pretesa 'natura': è uno stato primigenio, dove operano soggetti individui, ciascuno dei quali agisce e dispone liberamente di sé.

La regola assoluta è l'istinto di conservazione individuale, che genera l'unico dovere esistente: quello della auto-conservazione. L'antropo-centrismo di marca umanistica qui diventa il più rigido individualismo. Nello stato di natura non si danno per il singolo condizionamenti sociali e collettivi; questi verranno successivamente quando la somma di tante individualità insulari, mossa da motivazioni di opportunità, sceglierà liberamente di dare vita alla società civile. Ma sarà già il mondo della *storia*, che, in questa visione, è duramente contrapposto a quello della *natura* con lo stesso vigore manicheo con cui si contrappone purezza e contaminazione.

Ma continuiamo in questo tentativo di caratterizzazione, chiedendo aiuto al giurista olandese Huig van Groot (latinizzato in Hugo Grotius, donde l'italiano Grozio) (1583-1645), a colui che per primo riuscì a tracciare un disegno compiuto della nuova antropologia giuridica soprattutto in una grossa opera dalla forte valenza teorica, il *De iure belli ac pacis* (1625), uno dei più lucidi incunaboli del diritto moderno.

Nelle ampie premesse (*Prolegomeni*) egli fissa bene i cardini del rinnovamento metodologico: «anzitutto mi sono preoccupato di ricollegare le prove riguardanti il diritto naturale a nozioni così evidenti che nessuno possa negarle senza far violenza a se stesso: infatti i principii di tale diritto [...] sono manifesti di per sé ed evidenti» (*Prolegomeni*, § 39). Comincia l'assillante ritornello della *evidenza*, che continuerà per tutto il Settecento e che è illuminante per farci capire che siamo in un emisfero culturale addirittura capovolto rispetto a quello medievale: ciò che era pensato come dono d'Iddio, qui è autonomizzato all'interno della natura cosmica e sociale, e il puntello dell'evidenza è la cerniera che permette di chiudere verso l'alto. Ciò che è *evidente* non abbisogna di interventi celesti, ma trova in sé la propria giustificazione. Il nuovo giusnaturalismo è rigorosamente laico.

Ancora: «dichiaro apertamente che, come i matematici considerano le figure facendo astrazione dai corpi, così io, nel trattare del diritto, ho distolto il pensiero da qualsiasi fatto particolare» (*Prolegomeni*, § 58). Anche qui il nuovo coincide con la ricerca di una nuova e più appagante metodologia. Grozio, attento lettore ed entusiastico ammiratore di Galileo, assume a modello epistemologico le scienze matematiche in pieno rigoglio, si china ossequioso di fronte ad esse riconoscendo il loro pri-

mato e ponendo ogni zelo per esemplarvisi. I giuristi cominciano a pregustare il momento in cui riusciranno a ridurre la complessità del diritto in una armonia di rigorose figure geometriche; e si parlerà tra poco di *mos geometricus*, di un diritto che è esattamente l'opposto della alluvionale caoticità dell'ordine giuridico medievale perché semplificato in linee essenziali come nei teoremi e nei postulati di uno studioso di geometria.

Ma nella seconda frase groziana v'è un'altra radicale innovazione che preme sottolineare: si rinnega la fattualità del diritto, che era stato il messaggio centrale di tutto il diritto medievale (anche di quello sapienziale) e, a imitazione di quei veri scienziati che sono i matematici, si opta per un sapere virtuale. Lo stato di natura è soltanto un laboratorio, dove, più che la sperimentazione, si esercita la fantasia del giurista. Intendiamo dire che il giusnaturalismo seicentesco è tutto un ragionar per modelli, un grande ed elaborato discorso misurato su un modello astratto di uomo, che non ha mai avuto esistenza concreta perché non è fatto di carne e di ossa e perché galleggia in una sorta di paradiso terrestre senza spazio e senza tempo[7].

Ma perché costruire questa favolistica? Più sopra abbiamo detto che non si tratta di favole innocue, e lo ripetiamo ora; ma si impone che si dia qualche motivazione e si cominci a tirare qualche conclusione.

Il giusnaturalismo seicentesco ha una valenza com-

[7] Il *De iure belli ac pacis libri tres* di Grozio è consultabile comodamente nella edizione a cura di R. Feenstra e C.E. Persenaire, Aalen 1993. Ecco i due testi groziani nell'originale latino: «Primum mihi cura haec fuit, ut eorum quae ad ius naturae pertinent probationes referrem ad notiones quasdam tam certas ut eas nemo negare possit, nisi sibi vim inferat. Principia enim eius iuris... per se patent atque evidentia sunt» (*Prolegomena*, § 39); «Vere enim profiteor, sicut mathematici figuras a corporibus semotas considerant, ita me in iure tractando ab omni singulari facto abduxisse animum» (*Prolegomena*, § 58).

plessa e, per alcuni aspetti, ambigua. È certamente una grande avventura scientifica, ma elaborata da scienziati non avulsi dal loro tempo, bensì figli del loro tempo e impegnati fino al collo nel contribuire ad ordinarlo. Puntare, come loro fanno, sull'uomo allo stato puro e sul primitivo stato di natura ha il significato di disegnare un territorio riservato dove il soggetto non può essere molestato nelle sue libertà dagli arbitrii del potere. Ed è in questa avventura, come vedremo, che avranno la loro radicazione il costituzionalismo moderno e le sei-settecentesche 'carte dei diritti', prime barriere edificate a protezione di situazioni fondamentali dell'individuo.

Sono, però, figli del loro tempo anche nella impostazione individualistica, nel loro assillo per *as-trarre* l'individuo da ogni formazione sociale, nell'avvalorarne una dimensione essenzialmente egoistica. Lo stato di natura groziano è sorretto da una regola fondamentale che è il rispetto del *proprium* di ognuno, cioè di una sfera individuale indipendente dove si trovano congiunti diritti di libertà e di proprietà. Conclusione che sarà ancora più pronunciata in quel progetto di società nuova compiutamente tratteggiato nei *Due trattati sul governo* pensati e redatti dal filosofo e politologo inglese John Locke (1632-1704) tra il 1680 e il 1690, un decennio gremito di futuro per l'Inghilterra[8]: lo stato di natura come «stato di perfetta libertà», dove è affidato alla *property* il ruolo di garanzia e di presidio della libertà individuale. Possiamo tradurre il termine inglese con l'italiano «proprietà», ma con l'identico contenuto del *proprium* groziano: è un complesso di energie e di talenti individuali, che ha una

[8] Precisiamo i fatti storici che in quel decennio avvengono: 1688, 'glorious revolution' e cacciata del sovrano assolutista Giacomo II Stuart; 1689, *Bill of Rights*, prima carta dei diritti, ossia il tentativo di fissare alcune situazioni soggettive dei sudditi, che il nuovo sovrano è chiamato a rispettare; 1690, pubblicazione dell'opera di John Locke, di cui si parla nel testo.

enorme forza espansiva, che tende a proiettarsi verso le cose esterne, a segnarle con il marchio della esclusività, a vincolarle a un soggetto quasi fondendo il 'me' con il 'mio'.

Ed è qui che si scopre la valenza ambigua del giusnaturalismo moderno: avventura di una scienza alla ricerca di regole oggettive ma anche abilissima strategia di intellettuali, che esprimono bene gli interessi e le istanze del pre-capitalismo – esuberante in grandi potenze coloniali come l'Inghilterra e i Paesi Bassi – e si impegnano a disegnare un nuovo ordine sociale e giuridico alla cui base sia la tutela di quegli interessi e il soddisfacimento di quelle istanze.

Il nuovo individuo, su cui si incardina la società, è l'erede diretto di quel soggetto affrancato dagli involucri medievali che abbiamo visto comparire nelle analisi teologico-filosofiche trecentesche, soggetto liberato e libero grazie al suo essere *dominus*, proprietario dei beni ma innanzi tutto di se stesso. Si inaugurava in quel remoto Trecento un itinerario che avrebbe avuto sbocco e compimento nel secondo dei trattati lockiani, ma che avrebbe corso in perfetta continuità puntando sulla stessa argomentazione di fondo: *naturalità* della proprietà dei beni perché emanazione di quella proprietà di me stesso, frutto dell'istinto di conservazione, strumento di auto-tutela voluto a mio favore dalla divinità e quindi indiscutibilmente *naturale*.

Il soggetto che riceve attenzioni e premure è il proprietario, e la proprietà privata appare quale pernio del nuovo ordine. Siamo ormai penetrati al cuore di una civiltà che può correttamente essere definita «borghese», dove un ceto in ascesa – la borghesia –, tutto preso dallo scopo del profitto e dall'accumulo del patrimonio, sta assumendo un ruolo protagonistico, mescolando e fondendo dimensione etica e dimensione economica, elevando l'avere a un piano superiore prima sconosciuto.

La proprietà individuale, infatti, immedesimata col soggetto e quasi incuneata nei suoi meccanismi più intimi, diventa il contributo più possente alla sua individualità. Durante il corso del Settecento politologi, economisti e giuristi non esiteranno a qualificarla come 'sacra', e 'sacra' la proclamerà la prima *Dichiarazione dei diritti* francese del 1789 al suo articolo 17.

Restano due punti da approfondire: il primo concerne la scelta per l'astrattezza; il secondo concerne il ruolo del potere politico.

Abbiamo precisato più sopra che il giusnaturalismo moderno fa i conti con soggetti astratti, e cioè con gli improbabili abitatori di uno spazio/tempo inesistente, lo stato di natura: non uomini in carne ed ossa bensì modelli di uomo. Ma non fa a pugni questa scelta con la valorizzazione della ricchezza e il protagonismo del patrimonio, che non possono non inasprire le differenze di fatto fra abbienti e nulla-tenenti?

Con la scelta della astrattezza il giusnaturalismo inaugura una strategia che ha accompagnato il diritto borghese per tutto lo svolgersi della modernità. L'astrattezza è – se mi è consentita l'espressione – l'efficace foglia di fico dietro cui celare l'assetto concreto di una società percorsa da non poche iniquità: soggetti astratti, rapporti astratti, libertà astratta, uguaglianza astratta, norme astratte. Affermazioni che esauriscono la propria azione a un livello formale ma assolutamente inappaganti sotto il profilo sociale. Un esempio vistoso: della libertà contrattuale e della uguaglianza formale delle parti in seno ai contratti che se ne faceva l'ultimo dei pezzenti nobilitato, ma solo virtualmente, nella parità giuridica al pingue borghese ma di fatto stritolato dal contraente economicamente dominante? L'astrattezza giova, infatti, soltanto all'abbiente proprio in ragione della sua virtualità, mentre lascia intatta la fragilità economica e sociale del contraente debole.

Un unico risultato veniva raggiunto, e di non poco momento. Si rompevano le chiusure e i privilegii cetuali, si cancellava (o si tentava di farlo) una immobilizzante organizzazione corporativa; di fronte al potere politico si stagliava l'individuo, anzi, un popolo di soggetti individui.

Un cenno anche al secondo punto meritevole di riflessione. Nella visione giusnaturalistica il potere compare in un secondo momento, un momento che non è più solo 'natura' ma è anche 'storia': tenendo dietro a motivazioni di opportunità, per comune consenso si sceglie di dare vita a una società politica. E qual è l'atteggiamento verso il potere? La risposta è ferma: il *proprium*, la *property*, deve trovare un'adeguata tutela, e questa tutela può essere pienamente rinvenuta in una situazione di ordine pubblico, di sicurezza generalmente mantenuta da una efficiente opera di polizia. Gli individui 'proprietarii' generano il potere, e il potere è chiamato a proteggerli. L'età borghese è segnata dalle loro reciproche effusioni.

9. *L'illuminismo giuridico. Legalismo e legolatria. L'età dell'assolutismo giuridico*

Le ultime riflessioni del paragrafo precedente, che sottolineano la complessità ma anche l'ambiguità della grande avventura giusnaturalistica, ci introducono egregiamente alla analisi e comprensione dell'illuminismo giuridico del continente europeo, che può essere considerato come la prosecuzione, il compimento e anche il tradimento di quella avventura durante il secolo XVIII. E cominciamo subito col chiarire che è, come il giusnaturalismo, un movimento di pensiero e di azione a proiezione europea; anzi, è lo stesso giusnaturalismo, che, proseguendo la sua vita, accentua certi caratteri e assume un vólto più specifico; che, tuttavia, arriva a soluzioni che rappresentano la smentita delle premesse giusnaturalistiche.

Una precisazione iniziale può indirizzarci a una retta comprensione: se era propria dei giusnaturalisti seicenteschi una spiccata vocazione a tradurre il proprio patrimonio ideale in un progetto di trasformazione del mondo socio-politico-giuridico, una siffatta vocazione diventa spiccatissima negli illuministi settecenteschi, i quali, per quanto concerne ciò che più interessa questo libro, si fanno portatori di una vera politica del diritto, aggredendo frontalmente quel nodo di rapporti fra soggetto/individuo, stato di natura, potere politico indubbiamente presente nei progetti del secolo XVII, ma non compiutamente risolto sul piano giuridico.

Ed ecco un primo carattere: il movimento illuministico è un'ampia comunità di intellettuali affrancati grazie alla rivoluzione culturale umanistica e giusnaturalistica, convinta nelle proprie capacità di lettura veridica del mondo naturale e sociale, convinta di essere in possesso di quei lumi idonei ad adeguare la realtà storica alle finalmente individuate regole naturali. Ma è una comunità di cui fanno parte anche sovrani e uomini politici, una comunità che ha come programma, e tenta, e pone talvolta in atto una riforma strutturale della società e dell'apparato statuale. Federico II (1740-1786) nel regno di Prussia, Maria Teresa (1740-1780) e il suo ministro von Kaunitz (e poi anche i suoi figli Giuseppe e Leopoldo) nell'Impero austriaco, Giuseppe I (1750-1777) e il suo ministro marchese di Pombal in Portogallo sono gli esempii più vistosi e più probanti del passo innanzi che si sta facendo nel Settecento, e del calare di un tessuto di idee e di progetti a livello di azione politica e giuridica.

Si arriva ad avere un nuovo modello di sovrano, che si picca di mescolarsi nelle dispute culturali e di compia-

cersi nel mostrarsi egli stesso – in prima persona – facitore di pensiero giuridico, come quando Federico II, nel 1750, va a leggere presso l'Accademia delle Scienze di Berlino una *Dissertazione sulle ragioni di stabilire o abrogare le leggi*; o un nuovo modello di legislatore, che si sente in obbligo di fare dei proprii prodotti legislativi il manifesto dichiarato della nuova filosofia, come quando, nel 1769, il marchese di Pombal confeziona una legge, chiamata successivamente e giustamente *Lei da Boa Razão*, (*Legge della buona ragione*)[9], dimostrando la penetrazione dei principii giusnaturalistici ben all'interno delle cancellerie perfino nell'estremo appartato lembo occidentale dell'Europa.

L'illuminismo giuridico è una vera politica del diritto: affronta il nodo del rapporto diritto naturale/potere e lo risolve in una radicale innovativa sistemazione delle fonti del diritto. Ormai, il diritto diviene l'oggetto privilegiato della riflessione intellettuale e dell'azione politica e ne riceve uno scossone radicale, colorandosi di venature spiccatamente assolutistiche.

L'esigenza di garantire la libertà dell'individuo, la sua *property*, era emersa chiaramente già nelle proposte giusnaturalistiche e lo stesso Locke, campione della impostazione più liberale, non aveva mancato di proporre una concezione legalitaria della libertà e uno stretto collegamento fra legge del principe e libertà dei singoli. È, però, con l'illuminismo giuridico che le visioni politologiche precedenti divengono proposta di riforma e poi riforma. E protagonisti non saranno più soltanto filosofi e politologi ma giuristi ed economisti (questi ultimi incarnanti una nuova figura di intellettuale[10] nel proscenio europeo). Il processo è duplice: da un lato, critica demolitiva dell'assetto tradizionale delle fonti; dall'altro, proposta costruttiva.

[9] Sulla portoghese *Lei da Boa Razão*, cfr. M.J. de Almeida Costa, *História do direito português*, Coimbra 1992².

[10] Con l'espressione «nuova figura di intellettuale» ci si riferisce a quella corrente di pensiero – collocabile in Francia, alla metà del Settecento – che siamo soliti chiamare «fisiocrazia», sostantivo composto di calco greco che significa impero della natura e che, rifiutando l'assorbimento dell'economia nella politica quale semplice strumento nelle mani del potere, vuole esprimere l'intendimento di disegnare principii e regole di una nuova scienza edificata sulla natura autentica della società. E abbiamo giustamente parlato di «nuova figura di intellettuale» perché i fisiocrati possono considerarsi i primi economisti in questa loro ricerca di principii e regole autonomi della dimensione economica della società.

Ancora a metà Settecento si trascinava stancamente in tutta Europa la sistemazione medievale del diritto, erosa in parte sul continente dalle invadenze sempre più massicce di norme autoritarie sovrane all'interno dei forti Stati nazionali (soprattutto, come vedremo, nel regno di Francia). Restava, cioè, vigente un ammasso di consuetudini, di opinioni dottrinali, di sentenze di giudici, che, nell'accumulo dei secoli, si era trasformato in una realtà caotica e indominabile all'insegna della più totale incertezza; una realtà dove poteva signoreggiare (e signoreggiava) l'arbitrio dei giuristi, ossia dei possessori del sapere tecnico, e dove la confusione, l'oscurità, la indecifrabilità venivano a cozzare proprio con il bisogno di chiarezza, di certezza, di semplicità, insomma di linee geometriche, emerso prepotentemente nel dopo-umanesimo giuridico.

Si trattava di un sistema giuridico condannato senza appello sia dai sovrani sia dagli intellettuali illuministi; dai sovrani, perché assai poco controllabile dal potere, dai secondi per motivazioni più complesse su cui conviene sostare un momento. In essi c'era disprezzo sia per le consuetudini, sia per i giuristi. Non dimentichi il lettore che questi intellettuali settecenteschi sono degli aristocratici, spesso adepti di logge massoniche o, comunque, di circoli esclusivi, e sono pertanto incapaci di con-

cepire un diritto proveniente dal basso, dal groviglio degli usi. Le opere del francese Charles de Montesquieu (1689-1755) e dell'italiano Cesare Beccaria (1738-1794), due diversi corifei dell'Illuminismo europeo, possono essere assunte a campione di un simile atteggiamento, essendo palese in esse il disprezzo per il volgo, per le opinioni circolanti in basso, per tutto ciò che dal basso può provenire. Né potevano salvarsi ai loro occhi i vecchi giuristi, troppo tecnici e troppo poco filosofi, troppo spesso avulsi dalla cultura del loro tempo e troppo compenetrati con un diritto comune compromesso nelle sue origini medievali con la aborrita Chiesa Romana e col diritto canonico. Il processo di rinnovamento giuridico doveva necessariamente cominciare con un rifiuto drastico del passato, sgombrando il terreno dalle vecchie fonti e cancellandole con lo stesso zelo con cui si cancella una infamia.

Il vuoto lo si poteva egregiamente colmare assecondando di buon grado le pretese delle nuove insularità politiche statuali, dove i sovrani si proponevano sempre più come legislatori e tendevano a creare diritti nazionali da essi direttamente controllati[11]. Si ebbe, nel Settecento continentale europeo, un momento di grossa sintonia fra potere politico e gli *homines novi* della cultura politica e giuridica. E si ebbe, allo stesso tempo, un ingigantimento del ruolo del principe sul terreno specifico della produzione del diritto e una sua idealizzazione.

Mentre le consuetudini non possono che restare sempre irretite nella più greve fattualità, mentre i giudici non possono che restare immersi nelle controversie particolari assegnate alle loro decisioni, mentre i maestri di diritto non riescono a sollevarsi di una spanna al di sopra di un sapere miseramente tecnico, il principe, idealizzato come modello di uomo e campione di virtù, non toccato dalle umane passioni, contemplatore oggettivo del bene comune e pertanto probabile realizzatore della pubblica felicità, è l'unico personaggio cui poteva essere affidato un ruolo non soltanto di governo e di polizia ma altresì di legiferazione.

[11] È il momento che abbiamo ritenuto di poter qualificare come «assolutismo giuridico» (cfr. P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998).

Chi meglio di lui, che si collocava su un osservatorio tanto elevato, avrebbe potuto separare i principii naturali dalle creazioni artificiose, leggere la natura delle cose e tradurla in norme? Il vecchio monopolio della Chiesa romana, custode assoluta del diritto naturale, viene, nella secolarizzata civiltà settecentesca, depositato nelle mani del principe, con la conseguenza rilevantissima che il vero diritto – quello poggiante sulla lettura delle geometrie naturali della società – si immedesima nella volontà del principe espressa unicamente dalle sue leggi.

Nella Francia pre-rivoluzionaria i fisiocrati, questi primi disegnatori di una analisi economica della società, parlano con tranquillità di «dispotismo legale»[12], resi tranquilli dalla sicurezza che il principe legge l'*evidenza* e la traduce in norme generali. Nell'Italia di metà Settecento, due protagonisti dell'illuminismo peninsulare, Ludovico Antonio Muratori (1672-1750) e Cesare Beccaria, assegnano senza esitazione al principe, in due libelli accanitamente polemici, una posizione decisamente assolutistica. Muratori, nel suo libello *Dei difetti della giurisprudenza* (1742), è duramente esplicito: «il più giovevol partito sarà che i Principi mettano la falce alle ra-

[12] Di «dispotismo legale» parlano soprattutto i fisiocrati. Nella loro ottica è necessaria la congiunzione fra lettura della natura e potere politico, giacché le leggi «ne doivent être que des résultats évidents de l'ordre mais scellés du sceau de l'autorité publique», come sostiene Mercier de la Rivière in un saggio dal titolo emblematico, *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques* (vedi la citazione in P. Capitani, *I fisiocrati e Mably tra dispotismo legale e governo misto*, in *Dispotismo. Genesi e sviluppi di un concetto filosofico-politico*, a cura di D. Felice, Napoli 2001).

dici, troncando per quanto mai possano le controversie ed inviolabilemente ordinando con leggi e statuti nuovi quello che in avvenire avrà da osservarsi nei tribunali della giustizia»; e la ragione è una sola: «allorché i Principi formano le leggi, d'ordinario non istà loro davanti agli occhi, se non la pubblica utilità»[13], dove è lampante il processo di idealizzazione del principe che l'illuminismo giuridico continentale compie. Lampante anche in Beccaria, dove si ha una identificazione eloquente: «il sovrano, cioè il depositario della attuale volontà di tutti»[14].

Il problema grave è che, quando si parla di principe, non ci si riferisce a un principe universale (il sacro imperatore, esistente ancora per pochi anni, è soltanto una larva), bensì a una pluralità di sovrani, ciascuno dei quali ha al di sotto del suo potere una proiezione territoriale definita da frontiere frammentanti e separanti. Quale sbocco angusto per l'afflato universalistico che aveva validamente sorretto il giusnaturalismo! Più sopra abbiamo parlato degli sbocchi illuministici come di un tradimento del messaggio giusnaturalistico. Certamente, l'illuminismo continentale, coerente con le scelte di fondo di una civiltà secolarizzata, si era trovato nella necessità di individuare nel titolare del potere supremo il lettore del diritto naturale, ma, così facendo, aveva particolarizzato quel messaggio e lo aveva consegnato nelle mani dei singoli Stati. Questo passaggio dall'universalismo giusnaturalistico al particolarismo statalistico rappresenta l'antinomìa fondamentale che sta a base della Modernità politica e giuridica; e rappresenta altresì il più grosso contributo alla corroborazione dei poteri del singolo Stato, giacché veniva a fondarli anche sul piano etico in grazia della eticità insita nel contenuto del diritto naturale.

[13] L.A. Muratori, *Dei difetti della giurisprudenza*, cap. XX: *Conclusioni dell'opera*.

[14] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cap. IV: *Interpretazione delle leggi*.

Ovviamente, poiché giusnaturalismo e illuminismo giuridico sono anche delle strategie, si escogitò una sapiente propaganda per occultare la profonda contraddizione che lo storico non può invece mancare di rilevare; e tutto un edificio mitologico – fatto cioè di credenze indimostrate – fu eretto a sua difesa.

A una parte dell'edificio abbiamo già accennato, e cioè alla idealizzazione del principe sino a farne quel modello affidante che sappiamo. Dobbiamo ora sostare sull'altra parte che era chiamata a integrare perfettamente la prima e a compierla, quella concernente la legge, ossia la fonte che manifesta la volontà del principe ed esprime il suo potere; che, in quanto tale, si proietta autoritariamente sulla comunità dei sudditi. Ma una abilissima propaganda entra in campo a tessere un sonoro elogio della legge. Questa, provenendo da un modello, da un personaggio simbolico, non ha nulla della odiosità che proverrebbe dal comando di un uomo in carne ed ossa e dal vincolo di dipendenza personale che provocherebbe. Essa è soltanto espressione della «ragione umana» (secondo l'indicazione di Montesquieu) o della «volontà generale» (secondo la connotazione fortunata di Rousseau). L'obbedienza che le si deve non lede la libertà del cittadino consistente unicamente nella sicurezza dalla violenza altrui, quella sicurezza che la sola legge può garantire con i suoi comandi generali, astratti e rigidi. E, proprio perché si tratta di comandi generali e astratti, servire la legge è esattamente l'opposto che servire un uomo. «La felicità pubblica e la benefica verità fanno desiderare che finalmente cessi il governo degli uomini e cominci il governo delle leggi e che la sacra facoltà di far leggi sia custodita gelosamente presso del trono e non altrove»[15]. È

[15] La frase riportata è di Pietro Verri (1728-1797), protagonista vivace dell'illuminismo lombardo, nelle sue *Memorie storiche sulla economia*

un messaggio che trova in Rousseau (1712-1778) la sua espressione più definita: si è liberi anche se sottomessi alle leggi, e non quando si obbedisce a un uomo; obbedendo alla legge non si obbedisce che alla volontà pubblica; è la legge che fa libero un popolo per questa sua qualità di esprimere la volontà generale[16]. Il corredo di credenze è sapientemente confezionato, ma è apodittica l'affermata coincidenza fra legge (che è volontà dell'investito del potere supremo) e volontà generale della nazione.

Al di là dell'apparato mitologico la scelta è autoritaria e la china (che si sta percorrendo) scivola pericolosamente verso l'autoritarismo. È il messaggio, di sorprendente franchezza, che proviene dall'ultimo grande cantore dell'illuminismo continentale, il filosofo Immanuel Kant (1724-1804): nel 1784, nella *Risposta alla domanda: che cos'è l'illuminismo*, egli sottolinea il vincolo coercitivo delle leggi e il dovere assoluto di obbedienza, ribadendo, nel 1797, nella *Metafisica dei costumi*, che contiene una sezione dedicata specificamente alla teoria del diritto, la inammissibilità di qualsiasi opposizione da parte del popolo al supremo legislatore dello Stato[17]. Dietro la foglia di fico della 'ragione naturale' e della 'volontà generale' sta la consegna nelle mani del potere politico della intiera produzione del diritto. Al vecchio caotico pluralismo giuridico si va sostituendo un rigidissimo monismo giuridico: la dimensione giuridica è ormai vincolata all'apparato di potere dello Stato e tende a immedesimarsi in una dimensione legislativa. E comincia un lungo periodo non solo di legalismo ma di autentica legolatria: la legge come tale, come emanazione di una volontà sovrana, diviene oggetto di culto prescindendo dai suoi contenuti. Atteggiamento greve di rischi, che un'onda lunghissima porterà fino alle nostre spalle e di cui ci stiamo faticosamente liberando proprio in questi ultimi decennii.

Dal Settecento illuminista in poi, sul continente europeo, si farà i conti unicamente con la volontà del legislatore, perché solo a lui spetterà la capacità di trasformare in giuridica una generica regola sociale. Una conclusione finale si deve trarre: la civiltà del liberalismo economico, nel suo tentativo di operare un completo controllo di quel prezioso cemento sociale che è il diritto, si è rivestita della corazza ferrea di un autentico *assolutismo giuridico*.

pubblica dello Stato di Milano, ora in *Scrittori classici di economia politica*, Parte moderna, t. XVII, Roma 1966 (rist. anast. Milano 1804), p. 170.

[16] Sono insegnamenti ripetuti dal grande ginevrino; si veda a titolo esemplare: *Du contrat social ou principes du droit politique* (1762), in *Oeuvres complètes*, Paris 1971, vol. II, capp. VI e VII.

[17] Di Kant cfr. *Beantwortung der Frage: was ist Aufklärung?* (trad. it., *Risposta alla domanda: che cos'è l'illuminismo?*, in *Antologia degli scritti politici*, a cura di G. Sasso, Bologna 1977, p. 53). Cfr. anche *Metaphysik der Sitten - Rechtslehre*, § 49, in I. Kant, *Werke*, Berlin 1968, B. VI (trad. it. in *Metafisica dei costumi*, a cura di N. Merker, Roma-Bari 1999[6]).

10. *L'età dell'individualismo proprietario. Liberalismo economico e assolutismo giuridico*

Credo che possiamo essere più concisi nella trattazione di questo paragrafo, e non perché il tema sia di poco rilievo (è vero esattamente il contrario), ma semplicemente perché i suoi nodi problematici sono stati – sia pure sparsamente – già affrontati nei capitoli precedenti. Per comodità del lettore ci limitiamo a riassumerli qui unitariamente.

Gli inizii della modernità coincidono con un assetto pre-capitalistico della antropologia e della organizzazione economiche; coincidono con l'ascesa del ceto borghese verso sempre maggiori conquiste, fino ad arrivare all'ultima – quella politica – con la Rivoluzione di fine Settecento. Come abbiamo già osservato, la dimensione

Questa piattaforma giuridica ha una persistente continuità, che lo scorrere del tempo, anziché scalfire, incrementa di rispettabilità e di forza sociale, imponendo un indiscusso primato sostanziale della giurisprudenza quale fonte di diritto.

Ci limitiamo a segnare qui alcune tappe di questa crescita nella continuità: il grosso contributo offerto da un altissimo magistrato, Sir Edward Coke (1552-1634), che, grazie alla sua competenza della storia giuridica medievale inglese e alla conoscenza minuta degli «Year Books» medievali (sorta di resoconti giudiziali informali), arriva a sostenere la sovranità delle corti di *common law*; la inamovibilità e quindi l'indipendenza del potere giudiziario conquistate dopo la «gloriosa rivoluzione» con l'*Act of Settlement* del 1701; la lievitazione – per così dire – della figura del giurista avvenuta in pieno Settecento grazie all'opera dottrinale di un altro altissimo magistrato, Lord William Mansfield (1705-1793), al cui ripensamento (poi, universalmente recepito) si deve il disegno di un nuovo ruolo per il *common lawyer*, non più semplice tecnico immerso in forme e procedure, ma scienziato sociale portatore di una sua politica del diritto.

Questo sguardo sommario all'isola giuridica inglese deve essere completato con una rapida integrazione relativa a un'altra giurisdizione, quella di *equità*, che, a partire dal Quattrocento, si affianca a quella di *common law*. Avviene cioè che un numero sempre maggiore di contendenti, delusi dalla lentezza, dalle complicazioni procedurali, dai formalismi delle corti di *common law*, si rivolge al cancelliere del re, il quale è normalmente un ecclesiastico e decide il caso secondo la mentalità e i principii del diritto canonico, ossia con attenzione alle circostanze particolari al fine di giungere a una giustizia sostanziale, usando la più rapida procedura romano-canonica aliena da eccessivi formalismi. Quello che era, all'inizio, nulla più che il ricorso di sparsi litiganti insoddisfatti dà però vita a una giurisdizione concorrente dominata dal canone dell'equità, tipica valvola di sicurezza del diritto canonico.

Un'aggiunta di non poco interesse: con Enrico VIII e con il suo acre distacco dalla Chiesa di Roma, non fu più un ecclesiastico a fungere da cancelliere regio, mentre il diritto canonico veniva cancellato quale fonte di diritto e oggetto di insegnamento nelle università. La mentalità equitativa, peculiare a quel diritto dall'impronta necessariamente pastorale, resterà però quale lievito della Cancelleria e fungerà ancora da cifra tipica delle decisioni grazie all'opera di cancellieri laici, grandi giuristi e grandi uomini di cultura.

14. *Il messaggio giuridico della rivoluzione francese*

Fino a qui, abbiamo spesso fatto riferimento alla rivoluzione francese, chiamandola talora senza aggettivazione e quasi per antonomasia la 'Rivoluzione', talora aggiungendo la qualifica di 'grande', sottolineando sempre l'enormità di un evento che incide a fondo non solo sulla storia politica e giuridica della nazione francese ma sulla stessa storia politica e giuridica della intiera Europa continentale. La Rivoluzione è infatti una falce che taglia alle radici la vecchia organizzazione della società francese, attuando compiutamente quel risultato che Luigi XIV – cento anni prima – aveva ritenuto temerario rifiutandosi di accogliere il progetto del suo ministro Colbert. Così operando, la Rivoluzione veniva a costituire anche un modello per futuri esperimenti costituzionali.

Anche se l'uso di quel sostantivo al singolare – Rivoluzione – rischia di appiattire un sessennio rivoluzionario (1789-1795) scandito in momenti segnati da idealità e ideologie sensibilmente diverse (per esempio, un primo momento teso a valorizzare i diritti fondamentali del-

l'individuo nella società e un momento giacobino teso a inchiodare la società entro un apparato statuale custode della ortodossia politica e pertanto rigidissimo controllore), in questa sede, a noi interessano i segni di rottura con il passato che il movimento comporta, i segni profondi della falce che tagliano irreversibilmente la storia giuridica moderna dell'Europa continentale.

Il primo (e basilare) di questi segni, politico e giuridico insieme, è la riduzione drastica della nazione francese da entità complessa – società di società, comunità statuale frammentata in tante formazioni comunitarie particolari – a struttura *semplice* e *compatta*, pertanto rigorosamente *unitaria, inscindibilmente unitaria*. Per lo storico del diritto sono rilevanti soprattutto gli strumenti grazie ai quali essa viene attuata, fra i quali spicca la falce della *uguaglianza*.

Soggetti e beni sono sottoposti a una operazione di assoluta semplicizzazione: esiste (fatti, ovviamente, salvi i personaggi legittimamente investiti di pubblici poteri) un solo soggetto giuridicamente uguale a tutti gli altri, tutti insieme formanti la universalità dei cittadini; esiste (fatti, ovviamente, salvi i beni di rilevanza pubblica) un solo oggetto di diritti, perfettamente uguale ad ogni altro oggetto, ed esiste un solo potere privato su di esso, la proprietà individuale assoluta ed esclusiva. Si cancellavano d'un solo colpo stratificazioni e differenziazioni secolari e si realizzava un paesaggio giuridico radicalmente nuovo, contrassegnato dai due caratteri che capovolgevano l'assetto dell'Antico Regime: *compattezza* e *semplicità*.

Soffermiamoci un momento sul risultato che qui maggiormente ci interessa: la uguaglianza giuridica dei soggetti, un popolo composto di soggetti perfettamente uguali sul piano del diritto come le statue uscite da un medesimo stampo, un popolo composto di soggetti individui, diversificati unicamente per il fatto di essere uomini e donne, ma pensati e risolti come soggetti solitarii all'interno dell'unica macro-comunità nazionale e sciolti dalle micro-comunità (religiose, sociali, professionali) dell'Antico Regime ormai definitivamente tutte soppresse. La legge – cosiddetta Le Chapelier, dal nome del suo proponente –, promulgata nel giugno del 1791 ma consolidativa di un indirizzo ben fermo fin dagli esordii rivoluzionarii, conclamava lo *anéantissement*, l'annichilimento, l'assoluta cancellazione di ogni assetto corporativo[19]. Un popolo, insomma, che si identificava nella nazione, un popolo senza vólto perché non lo avevano i suoi innumerevoli e innominati componenti, che, chiamato soltanto alla funzione passiva di eleggere dei rappresentanti, era condannato a identificarsi in essi, gli unici che avevano un vólto definito, gli unici che erano portatori di una volontà concreta.

La strettissima uguaglianza giuridica provocava, infatti, una inevitabile massificazione, rendeva la massa una sorta di piattaforma passiva ed esaltava figura e ruolo dei rappresentanti. Si deve segnalare e sottolineare con forza il sovvertimento che la riduzione all'uguaglianza causava nella nozione di rappresentanza politica: la quale non è più, come nell'Antico Regime, autentica rappresentanza di una volontà già formata in seno alle singole corporazioni, ai singoli 'stati', e di cui il rappresentante si faceva semplice e innocuo latore; essa è piuttosto una delega a esprimere una volontà che la massa popolare non è in grado di elaborare e non è nemmeno chiamata ad elaborare. La rigida uguaglianza deformava la rappresentanza politica a tutto vantaggio del cosiddetto rappresentante, appiattiva la funzione elettorale, faceva gi-

[19] La legge Le Chapelier, 14-17 giugno 1791, recita: «L'anéantissement de toutes les espèces de corporations des citoyens du même état et profession, étant une des bases fondamentales de la constitution française, il est défendu de les rétablir de fait, sous quelque prétexte et quelque forme que ce soit».

ganteggiare il corpo degli eletti, dava vita a un centralismo politico-giuridico provocando una articolazione elitaria nella configurazione del nuovo Stato.

La strutturazione formalmente democratica poteva facilmente degenerare in un sostanziale dispotismo; e ciò avvenne nel momento giacobino, anche se tutto formalmente si proponeva come un «dispotismo della libertà», secondo l'espressione di uno dei giacobini più intransigenti ma anche più lucidi e intelligenti, Maximilien Robespierre (1758-1794). Giova ricordare l'accorata finissima riflessione che su uguaglianza giuridica e rappresentanza politica faceva, in quell'anno cruciale del periodo rivoluzionario che fu il 1793, uno dei protagonisti dell'illuminismo francese, Jacques Necker (1732-1804), lo sfortunato ministro di Luigi XVI, autore di progetti di riforma mai attuati; l'identificazione che tanto si strombazzava tra popolo e assemblea dei rappresentanti gli appariva come un artificio e quindi come una turlupinatura, anche se i poveri elettori erano invitati ad avere fiducia nei loro eletti. Si giocava – aggiungeva Necker – sulla parola «rappresentante», giacché «questa parola dà l'idea di un altro se-stesso», idea assolutamente fallace[20].

Anche se il processo sin qui accennato subirà una esasperazione nel momento giacobino, si deve però riconoscere che la sua formidabile novità è al centro del messaggio giuridico della intiera Rivoluzione. Un messaggio – se ne sarà già accorto il nostro lettore – che è cancellazione di realtà decrepite, posizione di principii informatori completamente nuovi, ma che riveste anche il ruolo di una abilissima strategia. Se ci è consentita l'espressione, la superficie del regno (poi, repubblica) di Francia è resa assolutamente liscia, dove il potere politico può proiettarsi senza trovare ingombri: non ci sono

[20] Il testo di Necker è leggibile in *Réflexions philosophiques sur l'égalité*, in Id., *Oeuvres complètes*, t. X, Paris 1820-21, p. 435.

formazioni sociali che possono attenuare la compattezza se non la famiglia naturale, e non ci devono nemmeno essere dei particolarismi giuridici che possono frammentare l'unità. In altre parole, perfetta unità della nazione e perfetta unità del diritto.

Su questo punto, che soprattutto ci preme, restano nelle segrete dell'Antico Regime quelle ormai inammissibili divisioni fra *droit coutumier* e *droit écrit*, ma è improponibile anche un diritto che possa provenire da fonti diverse dal corpo rappresentativo collocato al centro dello Stato. Il nuovo diritto sarà ormai fatto di 'principii', ossia di grandi orientamenti pensati ed espressi dalla entità sovrana, principii che, a livello di fonti giuridiche, si manifesteranno come 'leggi', ossia come voci autorevoli di quella entità; non saranno consentite consuetudini, incontrollabili perché provenienti dal basso e dal particolare, né avranno più alcun ruolo i giuristi (maestri e giudici), già usciti malridotti dalla sfiducia illuministica, perché parimente incontrollabili.

La Rivoluzione, in questo decisamente unitaria dal 1789 al 1795, è la completa riduzione del *droit* a un complesso di *lois*, per continuare ad usare il contrappunto di cui, ancora a fine Cinquecento, Bodin si serviva per segnalare una forte diversificazione. Ora, l'itinerario è concluso, ora trova compimento l'auspicio (e anche le realizzazioni) di tanti monarchi e cancellieri della storia francese. La legge è l'unica fonte del diritto, perché è anche l'unica fonte che, in grazia della sua astrattezza generalità rigidità, può garantire l'unità giuridica dello Stato francese. Ovviamente, si provvede ad apprestarle tutto un supporto protettivo, che degenera sùbito in un efficace apparato mitologico.

Sì, mitologico, perché oggetto di credenza e non di conoscenza critica, perché fondato su assiomi, ossia su verità indimostrate e indimostrabili. E la Rivoluzione, figlia ed erede dell'illuminismo giuridico, proclama, a co-

minciare dalla *Déclaration* del 1789 (art. 6) per finire alla *Constitution* del 1795 (art. 6), che «la legge è l'espressione della volontà generale», che «la conservazione della libertà dipende dalla sottomissione alla legge» (*Déclaration des droits de l'homme* del 29 maggio 1793, art. 8), che la legge «non può ordinare che ciò che è giusto e utile alla società» (*Acte constitutionnel* del 24 giugno 1793, art. 4). Prende avvio il legalismo; di più: il dispotismo legale, perché servire il precetto generale e astratto della legge è cosa buona e commendevole né lede la dignità del cittadino come il servire un altro uomo. Di più: prende avvio la legolatria – che dominerà in tutta Europa fino a ieri –, giacché la legge, circondata da una impenetrabile corazza mitologica, non sarà meritevole di rispetto per i suoi contenuti di giustizia ma perché è legge, è cioè un atto che proviene dal titolare del potere supremo.

Le fondazioni giusnaturalistiche restano sempre più remote, mentre è preponderante sempre più quello statalismo che l'illuminismo giuridico aveva legittimato con la sua idealizzazione e gigantizzazione della figura del principe. Il messaggio universalistico della Rivoluzione tende a ridursi a messaggio fondativo di una immagine di Stato quale creatura politicamente e giuridicamente robusta.

Al cuore del legalismo rivoluzionario c'è un impegno deciso, con il quale si chiude la *Constitution française* del 3 settembre 1791 e che è opportuno rimarcare: «Sarà fatto un Codice di leggi civili comuni a tutto il Regno» (II - *Disposizioni fondamentali*, ultimo capoverso). Il costituente rivoluzionario non parla in termini generici; al contrario, intende proporsi un impegno specifico: dovrà essere disciplinato legislativamente proprio quel diritto civile che le *Ordonnances* regie avevano lasciato pressoché intatto nell'involucro secolare delle consuetudini. E sarà il segno della novità; tutto, proprio tutto l'ordine giuridico dovrà trasformarsi in ordine legale.

La Rivoluzione, che è borghese, che è cioè fatta dal terzo 'stato', dal ceto borghese, intende occuparsi direttamente di ciò che le sta particolarmente a cuore, di proprietà e di contratti, disegnando una disciplina coerente con i proprii interessi. Finalmente, dopo la regolamentazione del commercio avvenuta nel 1673, si avviava ora il progetto di regolamentare il nucleo del diritto autenticamente privato.

15. *L'età del Codice*

La Rivoluzione, dunque, fin dai suoi primi passi (le prime proposte risalgono al 1790) mira a un Codice, vuole un Codice; anzi, esige la codificazione del diritto fino ad allora non disciplinato legislativamente, il diritto civile. La Rivoluzione esprime fedelmente l'età del Codice, di cui è – al tempo stesso – figlia e madre. Che si intende dire? E, soprattutto, perché quel singolare 'Codice' che spicca nella intitolazione del paragrafo e che è ripetuto in queste righe?

Il singolare è voluto, e serve a discriminare profondamente il 'Codice' di cui qui si parla dai molti 'Codici' di cui è fertile l'antichità e la prima età moderna, giacché, come sappiamo, vediamo spesso usato il sostantivo latino *codex* o il francese *code* – tanto per fare degli esempii – al fine di contrassegnare raccolte e sistemazioni di materiale normativo fatte su iniziativa di privati giuristi o di monarchi, dovunque si ha una utile messa in ordine, quasi sempre anche una selezione e una riduzione a migliore organicità di disposizioni sparse accumulatesi disordinatamente nel corso del tempo. Per queste raccolte e sistemazioni, al fine di evitare equivoci, si è proposto, da parte di uno storico italiano del diritto, di chiamarle *consolidazioni*, per separarle nettamente dalle *codificazioni* e per consentire una più puntuale messa a fuoco storico-

giuridica di quel progetto post-illuministico tutto nuovo che è il *Codice*.

La qualificazione nominale, come già abbiamo avvertito, non deve, dunque, trarci in errore. Altra cosa è il Codice che si staglia come fonte novissima di diritto tra fine Settecento e primi Ottocento e che dominerà tutto il secolo XIX e buona parte del XX: questo è una *idea*, un *programma* politico-giuridico; è il *progetto* di soluzione radicale del problema delle fonti del diritto, che l'illuminismo giuridico ha limpidamente disegnato, che taluni sovrani sensibili al nuovo verbo han fatto proprio senza però poterlo realizzare, che la falce rivoluzionaria – proprio perché falce d'un intiero passato – ha potuto finalmente cominciare a realizzare, che Napoleone – in questo, erede del messaggio rivoluzionario – attuerà con una capillare compiuta opera codificatoria.

Il 'Codice', di cui qui si parla, presuppone due rivoluzioni, quella culturale del giusnaturalismo/illuminismo e quella fattuale del sessennio 1789-1795, e segnala due novità essenziali: un nuovo modo di intendere il rapporto fra potere politico e diritto, e, conseguentemente, un nuovo modo di concepire e concretizzare la produzione del diritto.

Questa, per tutto il corso del Medioevo, ma perdurando sostanzialmente per tutto l'Antico Regime, aveva tre precisi caratteri: era *alluvionale*, ossia le fonti tendevano a stratificarsi accumulandosi le une sopra le altre e provocando confusione e incertezza; era *pluralistica*, ossia proveniva da fonti diverse, anche se la modernità aveva mostrato un principe legislatore sempre più ingombrante; era *estra-statuale*, malgrado il crescere degli ingombri legislativi (e il diritto civile di impronta consuetudinaria lo stava a dimostrare). In fondo, al di sotto di tutto questo stava una percezione viva della storicità del diritto, del suo vincolo alla società in perenne sviluppo piuttosto che all'apparato irrigidente dello Stato.

Dopo, però, che la revisione giusnaturalistico/illuminista, tutta presa dalla ritrovata capacità di leggere le geometrie perfette della natura delle cose, ha ingenerato orrore per la vecchia alluvionalità identificando nella storicità soprattutto una complessità disordinata e confusa; dopo che il grande programma innovatore è consistito nella riscoperta dello stato di natura e dell'uomo genuino così com'era prima che la storia ne alterasse e deformasse la statura; dopo che al principe legislatore e alla sua manifestazione suprema – la legge – era stato dato con fiducia il potere di ridurre in geometrie legali, chiare e certe, il passato caos giuridico; dopo tutto questo, il risultato non poteva che essere uno: la completa statualità del diritto, il potere politico supremo quale unica fonte del diritto, un rigoroso monismo giuridico che si sostituiva al vecchio pluralismo. Insomma, quello che abbiamo chiamato più sopra un vincolante *assolutismo giuridico*.

Di esso espressione fedele e tipicissima è il Codice di cui qui si parla. Si tratta – ripetiamolo perché il lettore lo tenga ben presente – di un modo tutto nuovo di concepire ed effettuare la produzione del diritto. Tre tensioni essenziali lo fondano e lo modellano: a essere fonte unitaria, specchio e cemento della unità compatta dello Stato; a essere fonte il più possibile completa, per garantire la auspicata unità; ad essere fonte esclusiva, sempre nel miraggio di conseguire il medesimo fine.

Non si dimentichi mai di cogliere il Codice quale frutto estremo del generale atteggiamento di mistica legislativa (mito e culto della legge), di inserirlo nella impostazione ormai monistica che individua la legge al di sopra di ogni altra fonte di diritto, al vertice di una rigidissima scala gerarchica. Né si dimentichi mai l'orditura di un Codice: mira a realizzare la riduzione dell'intiera esperienza in un sistema articolatissimo e minuziosissimo di regole scritte, contemplando tutti gli istituti possibili,

cominciando spesso col darne una definizione e disciplinando con studiata precisione tutte le prevedibili applicazioni.

Le matrici giusnaturalistiche imprimono una radicale novità anche ai contenuti del Codice: dietro il generale indirizzo che vede nella storicità un ammasso di scorie fattuali soffocanti la genuina naturalità, soggetti e rapporti sono astratti. Con il risultato di fare del Codice una realtà virtuale popolata – al pari dello stato di natura su cui pretende esemplarsi – di modelli di uomo più che di uomini in carne ed ossa; con il risultato di proiettare il Codice, con le sue forme purissime, ben al di là del momento storico che pure lo ha generato, in un orizzonte perpetuo senza tempo.

Una precisazione chiarificatrice: alcuni storici del diritto, che individuano nel Codice l'ultimo anello di una lunga catena anziché – come noi – il primo anello di una catena nuova, e legano il Codice tardo-settecentesco ai tanti esperimenti di un passato prossimo e remoto tési a organizzare e sistemare le fonti del diritto, fanno anche leva sulla presenza – per esempio, all'interno degli articoli del *Code Napoléon* del 1804 – di non poche tracce di istituti ben presenti nella vita giuridica dell'Antico Regime. Ciò non è smentibile, e lo darei per scontato, perché è nozione di comune buonsenso (più che di corretta metodologia) che sul piano della storia nulla nasce dal nulla e che non è pensabile una recisione totale del cordone ombelicale che lega presente e passato. A ciò si deve aggiungere che i redattori componenti le commissioni napoleoniche (continuiamo con il nostro esempio) sono personaggi nati ed educati sotto l'Antico Regime e necessariamente portatori almeno a livello del subconscio di qualche passata invenzione.

Ma non si deve cadere nel tranello di guardare a certe tessere particolari che suonano stonatura nel mosaico complessivo del Codice. L'essenziale è la generale psicologia presuntuosa di rifiuto del passato, la scelta radicale fatta a livello di produzione giuridica, la svolta che imprime al sistema delle fonti un vólto assolutamente nuovo.

Aggiungendo che, anche a livello di contenuti, l'innovazione balza agli occhi in tutta evidenza: non esistono né ceti né associazioni né fondazioni, ma solo un individuo che è il soggetto agente nello stato di natura, soggetto unitario, né nobile né plebeo, né contadino né mercante, né povero né ricco (i poveri non esistono più in questo beato mondo di modelli!). E nuovi di zecca – ma lo vedremo meglio tra breve – sono gli strumenti messi a sua disposizione, proprietà e contratto, una proprietà che ha ritrovato la sua perfetta unitarietà e un contratto che esprime ormai solo il libero consenso di liberi operatori.

A conclusione di tutto il nostro discorso, è Napoleone che appare quale primo compiuto codificatore, fatto 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.

Affermazione netta che potrebbe suscitare qualche obbiezione da parte di un lettore più sapiente degli altri. Questo lettore, infatti, potrebbe smentirmi invocando un grosso prodotto legislativo riguardante il regno di Prussia, pubblicato nel 1794, lo *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, il «Diritto territoriale per gli Stati prussiani» (comunemente identificato con la sigla ALR). Tocqueville, l'acuto intellettuale francese universalmente conosciuto, fu assai sprezzante in proposito, affermando che «sotto quella testa tutta moderna, vediamo prender forma un corpo tutto gotico»[21].

[21] A. de Tocqueville, *L'ancien régime et la révolution* (trad. it., *L'antico regime e la rivoluzione*, a cura di G. Candeloro, Milano 1989), l. II, cap. I, nota «Codice del grande Federico».

Non aveva torto. Quel prodotto legislativo era nato sotto l'impulso del re illuminista Federico II, ma aveva subìto in una gestazione durata più di cinquanta anni attacchi e resistenze soprattutto dai ceti conservatori del regno, snaturandosi via via fino ad arrivare al seguente disarmante risultato: un enorme, elefantiaco ammasso di norme, che tradivano gli ideali illuministici della semplicità e della chiarezza; per di più, con al centro la permanenza immobile del 'ceto' (*Stand*) quale protagonista sociale, ulteriore tradimento dell'individualismo illuministico. Ma il motivo determinante, che impedisce di poter vedere nel 'Landrecht' un Codice, è che esso non solo non è norma esclusiva, lasciando in vigore i diritti locali e cancellando unicamente il vecchio diritto comune sapienziale, ma addirittura si pone rispetto a quelli quale norma meramente sussidiaria.

16. *In particolare: della codificazione francese, ai primi del secolo XIX*

Il secolo XIX si presenta agli occhi dello storico del diritto come l'età del Codice nella sua pienezza di manifestazione e maturità di espressione; è, infatti, un secolo che comincia con due grandi codificazioni, la francese e l'austriaca (1804 e 1811), mentre un'altra, e parimente di grosso rilievo, quella germanica, ne suggella gli ultimi anni con la propria promulgazione e la differita entrata in vigore (1896-1900). E una fioritura di Codici ne costella il corso. Tutti, Codici nel più rigoroso significato storico-giuridico da noi assegnato a questo vocabolo ambivalente.

Anche se il fenomeno codificatorio coinvolge pressoché tutte le branche del diritto, ci interessano in questa sede soprattutto gli esperimenti concernenti il diritto civile, e ciò per due fondamentali motivi: perché, nell'ottica di questo volume, avendo privilegiato un'analisi del diritto come mentalità circolante, sono soprattutto i rapporti privati fra privati a rivelarcela, senza dubbio assai più delle regole collegate ai palazzi alti del potere; perché, nella civiltà borghese, un ruolo di modello e di guida di tutto l'ordine giuridico è riposto per l'appunto nei Codici civili, dove sta – in assenza di costituzioni scritte – il vero assetto costituzionale di quell'ordine. Una prima dimostrazione è data da una circostanza di non poco rilievo: sia il Codice francese, sia quello austriaco, di cui ora ci accingiamo a parlare, si aprono con alcune disposizioni relative alle leggi in generale (sei articoli nel francese, quattordici paragrafi nell'austriaco), segno del particolare significato che i due legislatori hanno attribuito alle nuove sistemazioni civilistiche.

Ma un'altra circostanza accomunante vogliamo sottolineare prima di passare a un esame rivolto a esaltare le singole tipicità: sia l'uno che l'altro Codice, malgrado la loro nascita remota, sono tuttora vigenti nella Repubblica francese e nella Repubblica federale austriaca, ovviamente rinnovati in parecchie loro parti per renderli adeguati ai tempi. È un dato che non abbisogna di commenti.

Il Codice civile francese, promulgato nel 1804 e universalmente conosciuto come *Code Napoléon*, non ha nulla a che spartire con le consolidazioni legislative precedenti perché è il figlio legittimo dell'illuminismo giuridico e della Rivoluzione: costituisce una fonte novissima, cioè un modo nuovo di produzione del diritto; non intende perfezionare l'assetto giuridico del passato anche prossimo, ma produrre una norma di nuovo conio proiettata verso il futuro, magari nell'eternità; come tale, non è un complesso di regole vecchie rimesse a nuovo, selezionate e sistemate, bensì una totalità organica fortemente pensata, sorretta da un progetto unitario ed organico, nonché da rigorose linee-guida, intimamente coerente, munito di una sua struttura logica.

Insomma, è la legge chiara, semplice, astratta prefigurata dal riduzionismo illuministico, dove campeggiano finalmente due nozioni assolutamente unitarie di soggetto e di bene, rese unitarie dalla falce dell'uguaglianza che ha fatto *tabula rasa* della precedente complessità sociale ed economica. Vivono ora nel *Codice Napoleone* il soggetto e i beni dello stato di natura, liberati da ogni sovrastruttura storica, riscoperti nella loro pretesa originarietà primitiva.

Per quanto riguarda più da vicino il soggetto, la doverosa uguaglianza non tollera né le diversificazioni che potrebbero derivare dall'appartenenza a una fede religiosa (in una visione – per la prima volta – assolutamente laica), né quelle provocate dall'inserimento in una delle vecchie imperversanti società intermedie (tutte cancellate dalla falce rivoluzionaria). Protagonisti sono ormai gli individui astratti nella loro nudità sociale.

Napoleone, che non è il vedovo inconsolabile della Rivoluzione e che non è animato dal sincero émpito di rigenerazione del popolo così assillante nel momento giacobino, conserva però e intensifica l'idea rivoluzionaria (ma – prima ancora – illuministica) del diritto come imprescindibile controllo del sociale e cemento necessario del potere. La codificazione si addice al suo potere dispotico, ed egli – il condottiero, il futuro imperatore – vi si impegna in prima persona. Intuisce la enorme rilevanza di un disciplinamento legislativo del diritto privato e comincia l'opera sua di legislatore partendo dal terreno – fino a pochi anni prima proibito – del diritto civile, partecipando assiduamente alle sedute della commissione redazionale e imponendo non di rado la propria volontà.

Si arrivò a un risultato straordinario: nella trama organica scandita in 2281 articoli, tutti i rapporti pensabili fra privati erano irretiti in una disciplina minuziosa fatta di principii, definizioni, previsioni, comandi, sanzioni.

Anche se fra i giuristi redattori (fra i quali è doveroso ricordare almeno Jean-Étienne-Marie Portalis) v'era consapevolezza che un'assoluta completezza era un miraggio irraggiungibile, tuttavia l'impegno e lo sforzo fu di costruire un sistema normativo il più possibile completo; e *tutto* il diritto civile ipotizzabile si trovò rinchiuso entro le mura compatte del Codice. Una compattezza rinsaldata dalla totale devitalizzazione di consuetudini, giurisprudenza pratica, scienza giuridica ormai espunte dal novero delle fonti e dalla riduzione delle fonti del diritto alla sola manifestazione della volontà del legislatore. E l'articolo 4, che ritiene un illecito grave il rifiuto di giudicare da parte di un giudice «sotto pretesto di silenzio, oscurità o difetto della legge», anche se nel corso dei lavori preparatorii è potuto sembrare a qualche redattore uno strumento per valorizzare il ruolo del giudice, è divenuto nel contesto finale del Codice un elemento di chiusura, con il giudice prigioniero entro la gabbia di una legalità rigidissima.

L'assolutismo giuridico trionfava con il Codice civile e nel Codice civile; vi si compieva in tutta la sua massima intensità.

Novissimo anche l'impianto dei contenuti sostanziali, malgrado le tracce, che è facile rilevare, di fibre del passato all'interno del nuovo tessuto (ma è l'impianto che conta). Diviso in tre libri – il primo dedicato alle persone, il secondo alla proprietà, il terzo agli strumenti che consentono la circolazione della proprietà – il Codice civile appare limpidamente trovare nell'istituto della proprietà privata individuale la sua colonna portante, anche perché le persone di cui si occupa il primo libro sono considerate dall'osservatorio prevalente della loro proiezione a livello di patrimonio, e perché gli istituti di cui si occupa il libro terzo (contratti, obbligazioni, successioni per causa di morte, donazioni) sono tutti intesi come mezzi circolatorii dei beni. La proprietà non è più il fa-

scio di poteri sulla cosa secondo la visione dei medievali trascinatasi fino alla Rivoluzione; è la proprietà unitaria strettamente collegata alla libertà del soggetto individuo, e, quindi, ombra una e indivisibile del soggetto sulla cosa; pertanto, potere assoluto, perpetuo, esclusivo. Se mai, si può rilevare ancora qualche venatura di passato che permane, decisamente stonata all'interno della nuova sistemazione: come nella intitolazione del libro secondo *Dei beni e delle differenti modificazioni della proprietà*, dove i diritti reali limitati sono considerati appunto delle «modificazioni» e dove sembra riaffiorare un concetto di proprietà come realtà complessa e composita; lo stesso nell'articolo 544, che tenta una definizione, e dove c'è una evidente contraddizione tra l'affermazione del potere assoluto del proprietario e l'indicazione del «godere» e «disporre» quale suo contenuto.

Assai significativa è anche la disciplina contrattuale: si contemplano, ovviamente, i varii contratti che hanno finalità specifiche nella vita quotidiana e nella pratica degli affari (vendita, permuta, locazione, mutuo, e via dicendo), ma prima di essi e al di sopra di essi sta *il contratto*, ossia l'espressione di un libero consenso, che, proprio perché espressione della libertà dell'individuo, è di per sé meritevole di tutela e produttivo di conseguenze giuridicamente rilevanti. L'autonomia privata ha un suo larghissimo spazio, dove, entro certi confini disegnati dal legislatore, può creare figure a suo piacimento per propria utilità. Negli articoli dal 1101 al 1167 si fissa all'interno del *Code* una sorta di teoria generale del contratto, dove si parla del consenso, della capacità dei contraenti, dell'oggetto, della causa, ossia dei requisiti previsti non per questo o quel contratto specifico, ma per ogni incontro libero delle volontà di due o più persone che regolamentano la propria vita.

Il contratto, che l'articolo 1134 qualifica – assai significativamente per una cultura tanto intensamente legalista – come legge tra le parti contraenti, è il regno della libertà del cittadino francese, ma particolarmente dell'uomo d'affari. La solida alleanza tra potere politico e potere economico (che aveva avuto un'eloquente manifestazione nella *Ordonnance* del 1673) viene qui – e, di lì a qualche anno, nel Codice di commercio del 1807 – pienamente confermata.

17. *E della codificazione austriaca*

Se il *Code Napoléon* può facilmente conseguire organicità e coerenza perché il suo edificio viene innalzato immediatamente dopo che gli anni della eversione rivoluzionaria hanno raso al suolo le vecchie ingombranti costruzioni, lo stesso non si può dire per l'altro grande Codice con cui si inaugura il secolo, il «Codice civile generale», lo *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (abitualmente identificato nella sigla ABGB), che nel 1811 promulga per i suoi Stati ereditarii tedeschi (con l'estensione al vicereame lombardo-veneto a far data dal 1° gennaio 1816) Francesco I, ultimo cesare del Sacro Romano Impero e primo imperatore d'Austria. A Vienna, al contrario di Parigi, persiste un pesante segno di contraddizione fra un apparato centrale di governo, in cui circolano ancora gli stimoli illuministici dei settecenteschi sovrani riformatori, e una struttura socio-economica di impronta cetuale e feudale. Qui passato e presente convivono antinomicamente, e il nuovo Codice ne è la figura fedelmente speculare.

Non v'è dubbio che lo ABGB sia un Codice, e ciò a causa delle scelte essenziali che lo contraddistinguono: è, infatti, testimonianza di quel modo nuovo di concepire la produzione del diritto nel quale si incarna un Codice; ed è, sotto questo profilo, fonte novissima, esclusiva, che afferma il proprio monopolio normativo abolen-

do il diritto comune e cancellando l'autonomia di consuetudini e statuti locali (§§ 10 e 11). Ed è fonte novissima anche perché assume a suo protagonista il soggetto unitario di diritto naturale con tutto il suo patrimonio inabdicabile di diritti innati (§ 16). Il Codice è, infatti, pervaso dalla visione individualistica del diritto propria della filosofia di Immanuel Kant, filosofia di cui si fa portatore all'interno della commissione redazionale un alto funzionario e magistrato, Franz von Zeiller (1751-1828), il giurista che maggiormente contribuisce a definire il vólto di questa operazione legislativa.

La quale ha connotati suoi proprii anche sotto il profilo della tecnica legislativa adottata. La certezza e la chiarezza, finalità ben presenti al legislatore austriaco, vengono ottenute usando un linguaggio discorsivo piano e semplice alieno da eccessivi tecnicismi, riducendo la puntigliosità nel disciplinare le minuzzaglie e facendo del Codice una esposizione organica di principii; con il risultato di proporsi, con i suoi 1502 paragrafi, quale complesso normativo assai più sobrio di quello francese.

Essenziale è la sua architettura: dopo una breve introduzione, si divide in tre parti, la prima dedicata al «diritto delle persone», la seconda ai «diritti sulle cose», la terza alle «disposizioni comuni ai diritti delle persone e ai diritti sulle cose».

All'interno dell'introduzione fa spicco il § 7, che affronta direttamente la croce di ogni codificatore, e cioè il problema delle eventuali lacune nel sistema conchiuso del Codice, con una soluzione ardita che dà respiro all'aria stagnante dei paragrafi codificati: se non basteranno le interpretazioni letterale e logica, se non basterà nemmeno il ricorso «ai casi consimili precisamente dalle leggi decisi ed ai motivi di altre leggi analoghe, rimanendo nondimeno dubbioso il caso, dovrà decidersi secondo i principj del diritto naturale, avuto riguardo alle circostanze raccolte con diligenza e maturamente pon-

INTERPRETAZIONE

derate». Espressioni che mostrano bene quanto premessero sulle coscienze dei codificatori le due grandi forze protagoniste della precedente vicenda storico-giuridica austriaca: il giusnaturalismo, che aveva avuto durante il Settecento, alla corte di Vienna, sovrani e ministri quali accaniti paladini; il diritto comune, che non aveva subìto in terra d'Austria le mortificazioni del suolo francese e che aveva ora la vitalità di inserire un proprio messaggio nella trama del Codice con quel riferimento specifico alle circostanze particolari che solo un giudice/applicatore poteva raccogliere e valutare.

Ma è sul piano dei contenuti che risalta la intima incoerenza fra una intelaiatura di novissimo conio e il decrepito tessuto socio-economico ancora vigoreggiante per inerzia nell'Impero.

Nessun ostracismo sulle società intermedie, contemplate espressamente nel § 26. In tema di contratti si può rilevare una contraddizione fra la teoria generale del contratto disegnata nei §§ 859 e seguenti, avvalorante la forza creativa del libero consenso e una disciplina del contratto di compravendita ancora riflettente lo schema del diritto romano e del diritto comune, dove il semplice consenso non è ritenuto capace di operare il passaggio di un bene da un patrimonio all'altro e si continua a individuare nella consegna (*traditio*) il momento effettivamente traslativo (§ 1053).

E, però, sul piano dei diritti reali che il vecchiume persiste imperterrito, smentendo e tradendo il limpido impianto giusnaturalistico. La proprietà non è affatto la nuova proprietà unitaria; ideario e vocabolario sono ancora quelli dei glossatori e commentatori continuando a cogliere la proprietà come una realtà composita, un fascio di poteri, e a parlare tranquillamente di dominio diretto e di dominio utile. E altrettanto tranquillamente lo ABGB dà ospitalità a istituti che, osteggiati culturalmente dall'illuminismo giuridico, erano stati condannati sen-

za appello dalla ventata rivoluzionaria quali relitti del passato e pertanto inaccettabili in una società dalle fondamenta nuove: il contratto di enfiteusi, perché, elevando la posizione giuridica del concessionario (enfiteuta) a dominio utile, frammentava la proprietà; la locazione ereditaria, perché impediva la libera circolazione dei beni; il fedecommesso, perché, consistendo, talora in un vincolo per l'erede di conservare e trasmettere l'eredità a una terza persona, talora in un vincolo di inalienabilità, ledeva la sua libertà e limitava la stessa circolazione del patrimonio ereditario. I paragrafi 618 e seguenti, 1122, 1124 danno piena cittadinanza a questi vecchi istituti così congeniali all'assetto socio-economico medievale e post-medievale.

Qui non si tratta di fibre poco visibili che scompaiono nell'ampiezza del tessuto, spesso dovute – come per alcuni redattori del *Code Napoléon* – alla loro educazione giuridica sotto l'Antico Regime e quindi a un affioramento pressoché inconscio che solo il provveduto storico del diritto è in grado di rilevare. Qui si tratta di una visione globale dell'appartenenza proprietaria che fa a pugni con la nuova visione del soggetto di diritto, o di trapianti di intieri istituti che costituiscono dei corpi estranei nella architettura del Codice. Un Codice, insomma, che ci rivela di possedere due anime.

Si deve proprio a questa ambivalenza se, diversamente dalla codificazione napoleonica, quella austriaca avrà una limitata influenza sullo sviluppo legislativo dell'Ottocento.

18. *Legge, scienza giuridica, prassi giuridica nell'Europa dei Codici*

Alla borghesia ottocentesca il Codice apparve come una grande conquista giuridica, quasi una tappa ultima del-

l'umano progresso. Vi trovavano incarnazione compiuta tutti gli ideali illuministici: era una legge generale (e pertanto ugualitaria), semplice, chiara, certa; il magma giuridico vi era ridotto a sistema coerente ed armonico realizzando le aspirazioni settecentesche per un ordine di stampo geometrico. Il diritto era fissato nella sua totalità all'interno di un testo, che il cittadino era in grado di possedere leggere comprendere; era tutto legalizzato, e cioè controllato dal potere politico ormai stabilmente in mano al ceto borghese, il quale poteva rinvenirvi con soddisfazione il frutto delle sue abilissime strategie.

Il Codice era il cardine dell'ordine giuridico borghese, era la sua rassicurante Costituzione scritta, immune dalle pericolose devianze di incontrollabili affioramenti consuetudinarii, di fantasie di bizzarri scienziati, di giudici scalmanati. Era, insomma, la pietra angolare del nuovo edificio giuridico, destinata a durare, meritevole di durare, meritevole della più ampia diffusione.

E per tutto il secolo circola una vera smania codificatoria. In Francia, il primo decennio è interamente dedicato a una codificazione completa. Dopo il primo e più cospicuo frutto, il *Code Napoléon*, ecco susseguirsi i Codici di procedura civile, di commercio, di procedura penale, penale. E si offrirà in tal modo un modello da seguire, un modello seguìto perché privo di ambiguità, lineare e coerente, pertanto facilmente proponibile ai diversi ambienti europei-ispirati al medesimo clima borghese.

Un modello che s'impone in parecchi degli staterelli preunitarii italiani dell'età della Restaurazione malgrado che la maggioranza di essi si ispirasse politicamente a Vienna; ed è napoleonico il modello del Codice civile dei Paesi Bassi del 1838, di quello portoghese del 1867, di quello spagnolo del 1889. Si impone sulla prima codificazione unitaria del regno d'Italia del 1865, dove molti articoli sono la semplice traduzione di articoli dei Codici francesi. Nel Codice civile italiano è tut-