



diritto & religioni

Semestrale
Anno I - n. 1/2 2006
gennaio-dicembre

1/2

ISSN 1970-5301

 LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno I - N. 1/2-2006
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, S. Ferlito, M. C. Folliero, G. Fubini, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale
Diritto canonico
Diritti confessionali
Diritto ecclesiastico
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci, A. Pandolfi
A. Bettetini, G. Lo Castro,
G. Fubini, A. Vincenzo
S. Ferlito, L. Musselli,
A. Autiero, G. J. Kaczyński,
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile
Giurisprudenza e legislazione costituzionale
Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria
Diritto ecclesiastico e professioni legali

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefanì
A. Fuccillo
F. De Gregorio
G. Carobene
G. Schiano
A. Guarino
F. De Gregorio, A. Fuccillo

Parte III

SETTORI

Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

P. Lo Iacono, A. Vincenzo

*Tra storia e diritto:
ne discutono Mario Tedeschi e Raffaele Ajello*

MARIO TEDESCHI-RAFFAELE AJELLO

Tedeschi. [Per una dimensione ampia dell'esperienza giuridica]

Ho aderito molto volentieri all'invito rivoltomi dall'amico Perrone Capano di discutere con te su questo tema, anche per aver modo di porre a confronto le nostre ricerche, che pure "come abbiamo avuto modo di constatare molte volte" concordano pienamente su un punto centrale: nella convinzione che sia necessario collocare l'esperienza giuridica entro coordinate molto ampie, per coglierne i significati profondi e non meramente formali. Alla problematica storica sono connessi alcuni dei quesiti che mi hanno impegnato fin dall'inizio della mia formazione di giurista. Quasi vent'anni fa, in un breve libretto, *Sulla scienza del diritto ecclesiastico*, mi sono occupato, nel primo capitolo, proprio dei rapporti tra storia e diritto sul piano metodologico, tema che costituisce il presupposto di un mio interesse generale. Nel nostro dialogo ritornerò su questi aspetti, consapevole che alcune delle mie posizioni sono da te condivise ed altre possono esserlo un po' meno.

La storia del diritto in Italia si è aperta solo da poco tempo all'esame della cultura giuridica quale meditazione sugli ordinamenti e sulle strutture normative delle società. In precedenza, quando ero studente, si procedeva diversamente quanto ai metodi, ai tempi, ed agli spazi geografici. Si preferiva trattare degli istituti giuridici, intesi come monadi logiche astratte, non pienamente collegate al campo delle tensioni sociali, si era soliti segnare la fine del medioevo e l'inizio dell'età moderna con la pace di Westfalia, e difficilmente gli storici del diritto si rapportavano con il mondo attuale e si aprivano ad ampi problemi di storia della cultura giuridica moderna e della società contemporanea. I nostri maestri erano in genere medievalisti ed italianisti, ossia volti allo studio dei primordi della nostra storia nella fase comunale, signorile e premoderna o, al più, ai rapporti con il papato, ma sempre all'interno della realtà italiana e con prevalenti interessi positivisticici e tecnico-dogmatici. Oggi è fuori dubbio che gli orizzonti delle discipline giuridiche si sono di molto ampliati nei metodi, nei tempi e nei confini geografici. Dando per scontato che entrambi utilizziamo metodologie chiaramente non formalistiche né dogmatiche, la prima richiesta

che ti vorrei rivolgere è di descrivere della storia giuridica italiana un rapido profilo, tale da mostrare i problemi più importanti.

Ajello. [I metodi della conoscenza in generale: due teorie e due fasi]

Concordo pienamente con l'indirizzo che intendi dare alla nostra conversazione e con i tuoi giudizi espressi; ma dare un risposta breve è difficile. Infatti, due fattori storici sono strettamente tra loro intrecciati: i cambiamenti delle mentalità collettive e la serie degli avvenimenti. Tra questi due ordini di fenomeni esiste un rapporto di reciprocità, poiché l'uno dipende dall'altro e viceversa, secondo nessi circolari che non è possibile isolare: gli avvenimenti storici, in parte casuali, creano le esperienze esistenziali ed i punti di vista che così si sono formati determinano i giudizi sui successivi casi della vita. Risponderò indicando prima un profilo del versante teoretico, relativo alle mentalità, e poi quello pratico e politico, degli avvenimenti.

Com'è naturale, le società concepiscono in ogni epoca idee diverse dei loro metodi della conoscenza, anche giuridica, secondo logiche che tocca poi scoprire. Attribuiamo valori anche sentimentali alle differenze notate entro il breve arco della nostra esperienza esistenziale; ma il tema dei rapporti tra storia e diritto ha impegnato gli studiosi durante tre millenni almeno. Mi viene in mente il titolo di un'*Oratio inauguralis* di Jean Barbeyrac, tenuta nella Università di Losanna nell'aprile 1711: «*De dignitate et utilitate juris ac historiarum et utriusque disciplinae amica coniunctione*». Egli ne inserì il testo in appendice alla sua traduzione francese (due grossi volumi) del *De jure naturali et gentium* del giurista sassone Samuel Pufendorf. Per il giusnaturalista svizzero due componenti sono necessarie in una buona formazione giuridica, oltre quella sperimentale, la comparatistica e la storica, ed entrambe erano già da Aristotele considerate indispensabili a chi volesse concepire una corretta idea del diritto e dei suoi problemi. Quel suggerimento fu poi seguito sempre, ed indica le coordinate entro cui fin dall'antichità si è svolto il lavoro dei giuristi.

Ma la storia è, contemporaneamente, continuità e discontinuità. Chi non tiene conto di ciò che cambia, ignora la vita e si preclude la possibilità di fare il punto sulla situazione attuale. In una storia d'Europa ricchissima di avvenimenti e molto complessa, bisogna innanzi tutto individuare un punto che indichi la nascita della condizione attuale di civiltà in tutte le popolazioni che oggi fanno parte dell'Occidente, al loro interno ed ancor più verso l'esterno, verso gli altri 'mondi'. Non è il caso di riferirsi alla nascita del cristianesimo, perché anche questa religione prima fu perseguitata e poi mostrò a sua volta comportamenti persecutori, durante circa un millennio e mezzo, sia al suo interno sia verso l'esterno. La vera conquista moderna non è nella fede, ma

nel dubbio e nel senso dei limiti delle nostre conoscenze. A mio parere, la svolta più importante della mentalità occidentale si è prodotta in una fase che va dalla rivoluzione scientifica, intesa in senso lato, con i suoi primordi nel rinascimento, fino all'illuminismo ed alla rivoluzione francese.

Durante quei quattro secoli sono avvenuti cambiamenti profondi non solo nei contenuti delle conoscenze, ma nel modo d'intendere i metodi di produzione del pensiero, da cui derivano i risultati, il significato ed il valore da attribuire alle nostre convinzioni. Conseguenze di quella svolta teoretica sono stati i valori fondamentali della vita civile: la tolleranza, la non violenza, l'uguaglianza, la democrazia, la libertà di pensiero.

Ma le *formae mentis* hanno radici molto profonde (molti pensano ancor oggi secondo idee medievali) e le loro trasformazioni hanno subito e subiscono l'influenza di condizioni ambientali e di vicende storiche estremamente varie. Non vi è paese che abbia una storia (ed una mentalità sociale) del tutto simile a quella di un altro. Ciò vale per gli Stati d'Europa ed in particolare per le regioni che solo da circa 160 anni possiamo dire legittimamente italiane. Perciò preciso che il mio esame delle strutture sociali (mentali ed istituzionali) giuridiche tiene conto specialmente della popolazione meridionale, che ha vissuto, nella parte continentale del Mezzogiorno, una storia unitaria particolarmente lunga, almeno dalla conquista normanna in poi; ma che si è tenuta sempre in rapporto con l'Europa, nella condizione, molto scomoda e penalizzata, di sua frontiera meridionale.

Tutti sanno che, nella visione medievale ed umanistica, il diritto era inteso come scienza 'essenziale' di valori 'oggettivi', da configurare ben oltre ogni relazione con i casi transeunti e con le sorti cangianti delle società. Della *Jurisprudencia* i giuristi colti ripetevano spesso e volentieri la definizione ulpianèa: *Divinarum atque humanarum rerum notitia* (Digesto 1,1,10). Era una formula che fin dall'antichità aveva convalidato la loro funzione di *sacerdotes juris*. In questo modo essi implicitamente affermavano che gli schemi organizzativi delle società avevano caratteri divini, quindi oggettivi, universali ed eterni, più che umani. Quella dottrina nacque a Bologna, agli inizi del secolo dodicesimo, dove i glossatori, riscoprendo le fonti imperiali del diritto romano, si attribuirono le stesse funzioni dei *proceres et senatores*, ossia dei magnati e saggi che gli imperatori consultavano prima di emanare qualunque legge. Lo scopo di quell'ideologia è trasparente: serviva ad esaltare le funzioni ed i poteri dei giuristi. Erano tempi in cui dominavano le signorie feudali, gli uomini di spada, ed era già esploso, con la riforma gregoriana, lo scontro tra le massime autorità terrene: il papato, l'impero, le prime forme degli Stati monarchici.

In base a quella concezione della Verità, le volontà dei singoli e dei comu-

ni mortali, e le maggioranze politiche, avevano valore molto limitato: contava solo la volontà degli addetti al culto, simulata com'interpretazione di strutture oggettive *a priori*. È perfettamente logico che questa idea del diritto si dovesse affermare specialmente dov'era in corso un forte processo di accentramento statale, e potesse esser posta al servizio dei nuovi, forti apparati statali, contro le forze centrifughe, in primo luogo il feudo e la chiesa romana: infatti ebbe gran successo in Francia e nel regno di Napoli, ma, ad esempio, non in Inghilterra ed in Sicilia. In conseguenza, quella visione prevalse, prevalse sulle medievali organizzazioni per ceti (stati generali e parlamenti), che non a caso a Parigi ed a Napoli s'indebolirono progressivamente fino a non esser più convocate dopo la prima metà del '500.

In realtà, in tutt'Europa sopravvissero forme istituzionali vecchie insieme alle nuove, ed anzi queste ultime manifestarono una forte vocazione a porsi a loro volta come ceto egemone, in una continua dialettica multipla, in una sorta di caleidoscopio di figure in movimento, continuamente cangianti. Una particolare instabilità delle forze, prive di un forte punto di coagulo, si ebbe in quasi tutte le regioni italiane, perché il papa affermò la sua sovranità sulla Penisola ed impose una politica di equilibrio, affinché nessuno degli Stati regionali fosse in grado di prendere il sopravvento sugli altri. In conseguenza i poteri giurisdizionali, grazie anche all'accennata visione ontologica della Verità e delle scienze, acquisirono dovunque funzioni di supplenza rispetto a governi centrali, che erano deboli all'interno e verso l'esterno. Solo Venezia e Genova si sottrassero in parte a questa sorte.

Rispetto all'estrema varietà delle situazioni, una certa uniformità fu creata proprio dal modello di conoscenza cui erano fedeli i due ceti più colti, i *sacerdotes* sia *juris* sia *ecclesiae*, con differenze importanti, ma non fondamentali. L'Ordine, ossia la Verità, era concepito come oggettivo, in base al modello formale della matematica: che due e due fanno quattro e non cinque è un dato che non potrà essere mai modificato da nessuno. Come sacerdoti di un culto divino, i giuristi non temevano contraddizioni e, in apparenza, non degnavano di considerazione né la politica, né le altre discipline scientifiche, verso cui dichiaravano la superiorità del loro specifico sapere, fondato su esperienze antiche ed insuperabili, trasfuse nei testi romani (si pensi alle affermazioni di Andrea Alciato). Pochi anni più tardi, in pieno Cinquecento, il giurista francese Géraud de Maynard scriveva che i magistrati, ed in genere i giuristi, grazie alla loro *Scientia*, ricevevano dall'al di là ispirazioni misteriose.

Ma intanto l'analisi della fenomenologia conoscitiva umana e la critica delle relative tecniche, attraverso Valla, Machiavelli, Montaigne, Bacon, Descartes, Pascal e Bayle, pervenne con Locke all'elaborazione di nuove basi teoriche del sapere, non logico-formali, ma empirico-pragmatiche, e quindi

ad una svalutazione radicale dei metodi secondo cui erano state elaborate le vecchie scienze. Per effetto di quel plurisecolare e graduale processo di demolizione di 'Verità' un tempo ritenute 'oggettive', nella prima metà del Settecento crollò la convinzione che il coordinamento logico degli astratti dati numerici (il modello matematico) potesse esser preso come esempio e come metodo secondo cui costruire una qualsiasi verità oggettiva. A questo punto, prima il più autorevole tra i matematici viventi, Isaac Newton ed i suoi divulgatori, poi i due massimi creatori dell'*Encyclopédie*, d'Alembert e Diderot, dimostrarono che con la matematica si perviene a risultati che sembrano dotati di una perfezione apodittica solo perché tutto il procedimento si fonda su monadi astratte, in realtà inesistenti, prive di connotati che non siano meramente formali. Tutto il ragionamento aritmetico è basato sull'ipotesi che un'unità sia identica all'altra; ma questa premessa non ha alcun riscontro nella natura, e quindi neanche in noi stessi, dove tutto è diverso e tutto cambia continuamente.

Quando questo modo di pensare si fu diffuso tra i dotti, se ne trasse la conferma che, come Locke aveva avvertito, tutte le tecniche del pensiero e delle scienze dovevano subire una profonda revisione, tutto doveva esser ripensato alla luce della sola tecnica acquisitiva che dava affidamento: l'esperienza. Essa appariva certa nella sua volubilità problematica, perché non soltanto le conoscenze umane, ma anche tutte le strutture della vita, della società, del mondo umano erano state costruite mediante un'acquisizione graduale e sperimentale. Intanto, i primi dati delle ricerche naturalistiche ed antropologiche mostravano che le vecchie ricostruzioni della storia naturale ed umana non erano che miti, da giudicare tutt'al più poetici. Ne nacque – come dimostrò Paul Hazard – persino una radicale svalutazione della poesia.

Fu a questo punto che il vecchio impianto del diritto fu rapidamente messo in dubbio. Negli anni quaranta del Settecento Ludovico Antonio Muratori era l'intellettuale italiano vivente più autorevole: nel 1742 egli qualificò la definizione ulpianèa (*Divinarum atque humanarum rerum notitia*) come una «strepitosa sparata, che non gli si può menar buona». Con quel tagliente giudizio, che suscitò un vespaio di polemiche e di furibonde proteste da parte dei giuristi positivi, il mite e geniale sacerdote modenese esprimeva i nuovi ideali pragmatici delle scienze ed i nuovi indirizzi critici, tratti da Locke. Quella critica può essere riassunta così: deve esserci qualcosa di profondamente sbagliato in un complesso di dottrine giuridiche e di sistemi giudiziari che in pratica bloccano la produttività, sono al servizio del potenti e, nel migliore dei casi, funzionano malissimo. È legittimo il dubbio che l'errore sia proprio nelle pretese metafisiche e sacerdotali.

La protesta di Muratori prova che, per effetto della rivoluzione scientifi-

ca, l'idea di una conoscenza universale ed oggettiva era tramontata. Le scienze incominciavano ad essere valutate non in astratto, ma per la loro capacità di generare effetti produttivi. Verso i risultati pratici, non sui valori in sé e per sé, si spostava l'attenzione degli intellettuali. Ma i giuristi, anche i migliori – si pensi a Francesco Rapolla – rifiutarono duramente quella diagnosi perché, operando essi in una situazione di supplenza rispetto a poteri politici deboli, spesso incolti e squalificati, accoglierla avrebbe comportato di affidare anche il diritto all'avventurismo di cortigiani e di gruppi dirigenti avventurosi ed impreparati. Tuttavia è molto grave che, ancor oggi, almeno negli ultimi decenni, tra gli storici italiani del diritto e specialmente tra i meno giovani, i più continuino a dar torto a Muratori.

Durante l'antico regime, non soltanto in Italia, ma anche in Francia ed quasi in tutta l'Europa continentale, la polemica rivendicazione d'indipendenza delle magistrature rispetto alle classi politiche cortigiane corrispondeva ad una situazione caotica ed indecorosamente compromissoria. Poiché le corti di giustizia non motivavano le sentenze e le decisioni, la pletorica produzione dottrinale costituiva uno sfondo puramente teorico rispetto ai loro orientamenti, che erano noti solo approssimativamente, poiché si mantenevano volutamente liberi ed arcani, privi di ogni vincolo. In questo modo erano totalmente nascoste le eccezioni di volta in volta richieste dalla corte, e concesse agli amici, ai potenti, a vantaggio dei propri e degli altrui interessi: non trovava remore e freni la difesa dell'*establishment*. In quel modo, tuttavia, quando si voleva, si realizzava una valida e rapida efficienza.

Ma un altro aspetto del sistema si rivelò con il tempo ancora più grave, e fu causa di conseguenze soltanto negative e di gravissimo impatto sulla formazione delle mentalità sociali: la *Scientia juris*, non essendo rispettata in modo documentato e palese dalle grandi corti, poteva spaziare senza freni sui piani puramente ideali, teorici e tecnici, poiché colui che raccordava quelle astrazioni alle realtà pragmatiche era il singolo magistrato, che operava in assoluto segreto. E tanto costui taceva, quanto i dottori pontificavano e pubblicavano le loro elucubrazioni meramente teoriche. Ne nacque una grave deformazione dottrinarica, idealistica, formalistica e meramente tecnica, libresco della produzione giuridica dottrinale. Le bandiere delle più alte e raffinate idealità potevano essere continuamente agitate al vento, poiché quelle finzioni nessun prezzo comportavano e nessuna palese conseguenza producevano, se non una sola: la convinzione mentale che perseguire gli astratti ideali, moltiplicare i *flatus vocis*, rendesse gratuitamente in termini di prestigio. Ne nacque la sindrome della cicala, che realizza risultati opposti ai comportamenti dell'ape o della formica: una *forma mentis* pervasiva, che è stato poi molto difficile correggere.

Questi caratteri, per effetto della naturale conversione circolare tra l'attività umana ed il suo oggetto funzionale, tra il risultato astratto da conseguire e lo strumentario con cui produrlo, attribuirono alle elaborazioni della scienza giuridica caratteri di astrattezza, che, ad esempio, erano e sono ignoti all'esperienza anglosassone. Non a caso in Inghilterra le Facoltà di Giurisprudenza e lo studio teorico-dogmatico del diritto sono nati soltanto nel secolo diciannovesimo. Da tutto ciò ebbero origine i caratteri di formalismo dottrinario tipici della scienza giuridica continentali; l'attività rivelata e dichiarabile, la cosiddetta giurisprudenza, non era altro che dottrina; le raccolte ufficiali di sentenze riproducevano le motivazioni del singolo magistrato, non della corte.

Qui interviene un altro dato storico che fu causa di conseguenze fondamentali. Queste consolidate *formae mentis* formalistiche furono poco nocive finché in sede di attuazione furono corrette dall'arbitrio e dal pragmatismo dei giudici; ma divennero devastanti quando operarono gli obblighi post-rivoluzionari di motivare le sentenze. Allora il dottrinarismo si estese all'intera attività dei giuristi, anche ai magistrati, che invece prima disprezzavano le dottrine, ma almeno si sentivano responsabili della giustizia materiale. Dopo la codificazione, avvenne l'inverso. Le colpe del disastro furono addossate totalmente ai politici, ed i magistrati acquisirono le forme del dottrinarismo giuridico, usandole da schermo per la massima conservazione possibile delle loro private mentalità arbitrarie.

Questi meccanismi perversi furono assai più inquinanti nelle società, come quella italiana, in cui i poteri politici avevano operato non nel pubblico agone, ma secondo prassi nascoste e non teorizzabili. *Tantum contende in republica, quantum probare tuis civibus possis*, soleva ripetere Tanucci, che se ne intendeva. In sostanza, il primo comandamento del vero politico era tutelare gli *arcana* della sua gestione, e del potere. Al segreto dei magistrati si aggiungeva quello dei politici: da quale fonte potevano trarre esperienza i cittadini?

Intanto, dopo Muratori, che cosa era avvenuto nelle pretese della *Scientia Juris*? Nella fase illuministica e postilluministica, del positivismo romantico e della restaurazione, che si è prolungata molto a lungo in mancanza di soluzioni migliori, i giuristi di mestiere si sono rinchiusi nel loro specifico tecnico, isolandosi pur di salvare la loro astratta superiorità. Grazie alle radici profonde delle mentalità giuridiche (che già Tocqueville e Vivien de Goubert avevano previsto insuscetibili di riforme), essi sono in gran parte riusciti anche in Francia a ricostruire la loro autarchia e condizione separata, come dimostrò Arnaud in *Les juristes face à la société*. Tuttavia è da considerare una profonda differenza tra la Francia ed i modesti principati italiani: Oltralpe le strutture mentali poste alla base del governo politico, da Carlo Magno in poi, erano vecchie di oltre mille anni ed erano state collaudate da una

rivoluzione epocale, si presentavano (e sono) senza confronto più forti che in Italia. Qui, invece, da Lorenzo de' Medici a Franceschiello ed oltre, la politica è stata sempre prassi svalutata rispetto all'arte del bel vivere ("chi vuol essere lieto, sia, del diman non v'è certezza"). Al machiavellismo rosso del Segretario fiorentino si aggiunse – come ha descritto Toffanin – il machiavellismo nero dei gesuiti; il diritto si è arroccato in tecniche prevalentemente formali. È prevalso così un metodo machiavellico che è la corruzione dell'insegnamento critico di Machiavelli.

La debolezza delle classi dirigenti regionali era generale, perché non era causata dalla scarsità d'uomini di talento, ma dalle inclinazioni mentali alla minuta furberia, che corrispondeva in modo speculare alla mancanza di qualunque religiosità, in particolare civile. José de Montealegre, ministro di Carlo di Borbone, notò che a Napoli nessuno si occupava del pubblico interesse e vide questo comportamento come aspetto caratteriale dei napoletani. Era ben noto un fatto a prima vista inspiegabile: di regola, all'approssimarsi di ogni esercito conquistatore, la popolazione si predispondeva non alla difesa, ma all'opposto, era immancabilmente a favore della nuova dominazione. In un memoriale informativo di fine Seicento, questa singolarità fu descritta con l'immagine di un asino che rode il cesto di paglia portato sul dorso come soma, perché spera che il nuovo sarà più leggero. Una predisposizione di questo genere, tipica di popolazioni molte volte perdenti, non poteva esser rapidamente sanata con l'Unificazione. A parte il caso limite napoletano, il vuoto di fiducia politica nelle comunità organizzate era generalizzato. Avviene sempre che, quando manca il terreno sotto i piedi, si ricorre ad ideali astratti come surrogato per consolarsi. Non è un caso che al cinismo di molti si aggiungeva la tendenza all'idealismo astratto di pochi. Certo è che negli anni Settanta dell'Ottocento, lo spostarsi della cultura giuridica dai modelli francesi ed inglesi, sin allora prevalenti, verso la cultura tedesca e verso l'idealismo hegeliano, indicò il crollo totale del pragmatismo costruttivo illuministico: e fu anche segno del persistere di un idealismo formalistico, dovuto alle descritte condizioni potenti, ma compromissorie ed asfittiche, della cultura giuridica italiana. In questo modo il fondamentale problema di come si organizza in modo efficiente, e non soltanto ideale, una società, è stato molto più che altrove sottratto al dibattito pubblico, ed al maturarsi di esperienze collettive.

Tedeschi. [Le strutture mentali indicate come si comportano oggi?]

Il tuo *excursus* riguarda le strutture mentali profonde, quali si sono sviluppate e radicate fino all'Unificazione nazionale. Potresti dare qualche indicazione su come esse reagiscono oggi ai grandi cambiamenti dell'età postmoderna?

Ajello. [Digressione sull'attualità: dall'Universale al globale]

Ritornero subito dopo sui modi, sui tempi e sui caratteri delle *formae mentis* giuridiche, per fornire altri particolari sulla loro evoluzione comparativa in rapporto agli avvenimenti storici. Rispondo intanto al tuo quesito.

In questi ultimi decenni, con il crescere a dismisura degli strumenti d'informazione culturale e quindi delle nozioni naturalistiche, etnologiche, storiche, e con l'allargarsi dei problemi oltre i confini nazionali, ossia con l'affermarsi – come si suol dire – del “villaggio globale”, i fenomeni giuridici stanno riacquistando la dimensione amplissima che il positivismo aveva limitato. Si può dire che il diritto tende a riguadagnare in orizzontale l'ampiezza che ha perduto in direzione verticale con la rivoluzione scientifica e specialmente con l'illuminismo. Ciò nonostante, non accenna a tramontare in una parte cospicua dei giuristi italiani, anzi si rinnova e si rafforza, l'antica tentazione di sfruttare l'importanza delle loro funzioni quali strumenti di poteri e di egoismi corporativi. Non a caso in Italia le remunerazioni dei magistrati sono le sole agganciate a quelle dei politici, in continuo aumento. La paralisi della giustizia è palese, ma le cause del fallimento non sono viste nel difetto di pragmatismo tipico della mentalità giuridica. È ancora forte la suggestione dei compiti sacerdotali, tarda a realizzarsi la trasformazione dello spiritualismo giuridico in una vera e propria ingegneria sociale, che sappia fare i conti dei costi e ricavi.

Non a caso questo fenomeno si manifesta specialmente in Italia, nella società che più tardi in Europa ha conosciuto la formazione di un forte, unitario, coordinato ceto di governo. Nella classe politica italiana, alla ritardata conquista di autorevolezza e di credibilità complessiva, corrisponde la sua difficoltà di disciplinare il pluralismo delle funzioni legali, l'incapacità di ricondurre all'ordine ed al controllo centrale la molteplicità delle pretese giurisdizionali: non a caso ad esse, nell'antico regime, durante la frammentazione regionale, erano stati attribuiti ibridi, ambigui compiti di supplenza politica, protratti durante molti secoli.

Analogamente, sul piano della storia giuridica, in perfetta contraddizione con l'accennato ampliarsi globale del quadro, cresce la pretesa di difendere gli esclusivismi disciplinari e di mantenere in piedi, anzi di rafforzare le barriere entro cui, durante molti secoli, sono stati celebrati i riti esclusivi, arcani e quasi esoterici, oggi palesemente anacronistici, dei *sacerdotes juris*. Sono temi, perciò, che, specialmente in Italia, attribuiscono un valore di nuova attualità ai vecchi fenomeni storici e socioculturali del diritto.

La tua domanda coglie, perciò, il punto focale del discorso. A mio avviso, i docenti di diritto, per evitare di chiudere anziché riaprire le menti dei giovani, dovrebbero fornire ad essi una conoscenza ampia dei fenomeni giuridici,

quali espressioni delle grandi fasi e manifestazioni attuali della civiltà. La storia del diritto che s'insegna nelle Università d'Europa non dovrebbe avere ad oggetto soltanto le vicende e gli ordinamenti di Paesi, come il nostro, che per oltre mezzo millennio, ossia l'ultimo, sono stati ai margini del mondo moderno. Nel campo delle scienze sociali la produzione italiana è stata estranea al flusso della produttività giuridica europea, perché è fuori dubbio che nell'età moderna le società viventi nel bel Paese hanno realizzato più tardi di altre in Europa un'organizzazione ampia, adulta e competitiva. Il neoidealismo filosofico ha operato in questo solco, come se mancasse l'oggetto stesso di una storiografia sociale. Invece, ad esempio, l'enorme agglomerato napoletano offre un mirabile campo di sperimentazione. È del tutto inopportuno indurre i discenti ad una sorta di visione italo-centrica del diritto, senza collegamenti con le realtà regionali. Bisogna realizzare un costante confronto con le società che sono state capaci di progredire meglio in questo campo negli ultimi secoli. Non a caso, nel panorama italiano, di fronte allo spettacolo dell'enorme e tumultuosa popolazione napoletana, proprio nel Mezzogiorno le ricerche sulle connessioni tra società, cultura, politica e diritto hanno avuto un indiscutibile primato: basti pensare a Giovanbattista De Luca, a Francesco D'Andrea, a Biscardi, Gravina, Argento, Giannone, Genovesi, Filangieri, Pagano, Galanti, Palmieri e tanti altri. Oggi l'*équipe* napoletana è l'unica che procede decisamente in questa direzione.

Il 'tono' o 'clima' della legalità non nasce da processi normativi che si possono importare, come le automobili, e che funzionano bene sia dove sono state progettate e costruite, sia altrove. Il diritto vigente è fenomeno che esprime profonde mentalità sociali: esse sono acquisite o si sono deformate durante molti secoli di esperienze vissute complessivamente dalle società. Ad esempio e ragionando per assurdo, la *forma mentis* di una comunità che fu sempre vincente, dominante, schiavista, negriera, è diversa rispetto a quella che ha fornito gli schiavi. Non è detto che la prima sia, in tutto e per tutto, migliore della seconda. Certo sono diverse. È compito degli storici del diritto compiere un esame critico delle cause da cui deriva l'arretratezza pratica italiana in questo campo. Sono a tutti evidenti le condizioni di ritardo e di disagio in cui, nell'ultimo mezzo millennio, hanno vissuto le società italiane. In un mondo intensamente integrato, bisogna insegnare la storia dell'esperienza di ciascun popolo in relazione con gli altri ed aiutare i giovani italiani a guardare in faccia, con franchezza, le difficoltà ed a diagnosticare le origini dei mali cronici. Altrimenti la cura, che proprio essi dovranno realizzare, non potrà avere un valido inizio.

Avvenimenti storici indiscutibili dimostrano che noi abbiamo prima esportato, nell'antichità e negli ultimi secoli del medio evo, e poi, durante l'intera

età moderna, importato la civiltà giuridica dalla Francia e, poiché essa guardava Oltremarica, anche dall'Inghilterra. Si può avanzare una tesi provocatoria, ma che dà l'idea di ciò che avvenne: se l'Italia non avesse subito l'invasione napoleonica, noi staremmo ancora ad interpretare la legislazione giustiniana e forse saremmo ancora soggetti alla feudalità. Motivi nazionalistici e tecnico-ontologici premoderni inducono invece, nella *ratio studiorum* delle nostre Università, a privilegiare le fasi più antiche rispetto alla moderna, anche se da questa e non da quelle nascono le attuali difficoltà.

Ma vi è di peggio: per cercare di nascondere l'evidente errore, molti storici italiani del diritto compiono un'esaltazione totalmente artificiosa della vita giuridica d'antico regime in Italia, ne fanno un'apoteosi fantasiosa, del tutto irrealista, come di un'età dell'oro, confondendo la deontologia formale con i fatti, prendendo per moneta contante i panegirici dello *status quo* compiuti dai membri dell'*establishment* e dichiarando frutto d'ignoranza o di mala fede le critiche espresse dagli illuministi, che denunciarono l'arretratezza italiana. In questo modo gli storici, invece di far nascere nelle menti dei giovani corretti criteri d'interpretazione della realtà, li disorientano, fornendo notizie incoerenti, brandelli di libri stracciati, a giustificazione un'autarchia che li limita e li immiserisce nella mera gestione del fallimento in atto.

Se tutto fosse stato in Italia quasi perfetto in campo giuridico, bisognerebbe capire perché quei meravigliosi ordinamenti non furono esportati, perché si ritenne opportuno, dopo la rivoluzione francese, cambiarli profondamente. La condizione giuridica degli italiani era intimamente, strutturalmente intessuta di ambiguità. Si può dire che molto di quanto è carente e sbagliato nella nostra vita pubblica derivi dagli assetti irrazionali che le società hanno creato e conservato nel nostro paese, senza sostanziali cambiamenti, dal medio evo in poi. Non sono stati realizzati mai, nelle nostre società, episodi rivoluzionari e di rinnovamento di tipo inglese o francese. La storia italiana del diritto non registra fasi di rinnovamento se non importate più o meno traumaticamente. Quanto c'è di utile, quanto altrove funziona, quanto è ancora per noi meta ambita da imitare, proviene da modelli transalpini: francese, inglese, americano, scandinavo. Non possiamo fare gli apologeti del fallimento storico italiano adottando gli stessi criteri di gestione dell'azienda fallita. Per non subire l'impatto di questa fastidiosa verità, una storiografia critica di rado è presente nelle Facoltà di Giurisprudenza. I docenti di diritto positivo spesso vedono l'inutilità della storia giuridica. In alcuni casi questa diagnosi è addirittura indulgente: tace sui gravi effetti fuorvianti che quell'insegnamento acritico ed apologetico produce.

Tedeschi. [Ritorniamo ai precedenti storici, alla serie degli avvenimenti]

La tua diagnosi è molto radicale e polemica; ma poiché si riferisce a fenomeni storici che hanno cause lontane, sarebbe utile qualche altra indicazione, anche sommaria, sulle fasi storiche del fenomeno che t'induce a giudizi così drastici.

Ajello. [Due processi di formazione della mentalità giuridica laica]

La tua richiesta, dopo le mie affermazioni, è più che giustificata, ma la semplificazione cui m'inviti è difficile. Non possiamo impegnare i nostri lettori ad affrontare un corso di storia del diritto europeo, sia pure in *abrégé*. Inoltre il problema si complica, per due motivi. Prima, perché l'arco di tempo da osservare è ben più ampio dei cinquecento anni durante i quali si è manifestata appieno la crisi italiana, e bisogna risalire alle cause, alle origini del fenomeno. Poi, perché una netta distinzione, non soltanto in Italia, separa in due compartimenti stagni, la storiografia politica e le vicende giuridiche. Per gli stessi secoli si hanno due profili molto differenti, non corrispondenti, deformati da interessi che dovrebbero coincidere, ma che per vecchi, anacronistici motivi, divergono nettamente. Ecco perché l'abbozzo non può avvalersi di modelli previ; ma quest'occasione, poiché permette un certo schematismo, invita a tentare l'impresa. Inoltre le indicazioni sui tempi e modi della dialettica teoretica forniti all'inizio aiuta a vederne alcuni sviluppi storici essenziali.

La distinzione tra due grandi *itinerari*, che per semplificare indicherò in quello franco-inglese per un verso ed in quello italiano per un altro, si è verificata dopo la riforma gregoriana (anni settanta dopo il Mille). Poste di fronte alla dilacerante duplicità e bivalenza dei valori, collocati su due piani, quello dell'Universale, dell'Assoluto e del Sacro, e quello del relativo, del precario e del mondano, già nel secolo XI le società e le culture di quei due paesi transalpini iniziarono a riorganizzare le loro deontologie pubbliche ed i relativi riti e statuti ufficiali, attribuendo un significato religioso alla sfera regia e 'civile', realizzando una sorta di contaminazione tra sacro e profano, che consentì di rendere questa seconda sfera gradualmente autonoma dalla prima, di cui il papato si era attribuita la gestione autocratica totale. Gli studi di Bloch e di Kantorowicz hanno dimostrato con documenti inoppugnabili questo aspetto singolare della storia medievale, e sono stati proseguiti in questi ultimi decenni con risultati brillanti dalle fervide e produttive loro scuole specialmente francesi. In Italia, poiché il potere nello Stato non fu e non è visto quasi da nessuno (tranne che a Napoli dopo Federico II) come suscettibile di essere idealizzato, e poiché l'autorità della Chiesa ha tutto l'interesse a porsi come unica capace di funzioni etiche e spirituali, le ricerche vecchie intorno

a questi temi sono poco sviluppate e le più recenti sono addirittura ignorate.

La dimostrata sacertà dei due sovrani rivela un significato politico e giuridico ovvio: ai due lati della Manica si stavano rafforzando non soltanto due regni, non solo due organizzazioni piramidali di carattere materiale e potestativo, ma anche due strutture ideologiche, culturali, mentali, due *itinerari* etici e teoretici. Nella stessa direzione ebbe una parte cospicua anche il regno normanno e poi svevo di Sicilia.

Quando quest'elaborazione politico-sacrale era Oltralpe appena iniziata, il papato la vide come concorrente rispetto ai suoi interessi di dominio universale, tanto più poiché capi che avrebbe dovuto esso stesso, quale Stato, realizzare quella logica accentratrice a suo vantaggio, contro i residui del controllo imperiale, insopportabile e sempre più equivoco: di lì nacque la lotta per le investiture. Negli anni settanta dopo il Mille il papi si erano in gran parte liberati dal pericolo arabo, allontanato dalla conquista normanna della Sicilia, ancora in corso, ma già a buon punto. Inoltre, per la loro elezione, realizzarono un sistema episcopale, in modo da essere autonomi sia dall'influenza dell'imperatore sia dalla volontà dell'aristocrazia romana. A questo punto ritennero che fosse arrivato il momento di porsi in netta ed aperta concorrenza con le altre massime autorità, le vecchie (l'Impero) e le nuove (gli Stati 'nazionali') ed affermarono, con la riforma gregoriana e con i *dictatus papae*, il loro assoluto primato nella gestione di tutti i valori e poteri, sia metafisici sia terreni, in tutto il mondo. Di lì anche l'idea delle crociate. Quanto ai comuni, quelli francesi – come ha dimostrato Petit-Dutaillis – tendevano a rinunciare ai loro connotati politici e si amalgamavano all'unità; quelli italiani s'illustravano nella tecnica di diluire il diavolo nell'acqua santa, e di sciogliere in quella mistura la loro spina dorsale, per poter strisciare meglio tra le fessure dei grandi blocchi di potere, conciliando di tutto e di più, alla luce equivoca e fioca del loro 'particolare'.

Già in questa fase s'incominciarono a delineare due diversi rimedi per tener testa alla forte affermazione teocratica papalina. In Italia quale fu la soluzione che escogitò la scuola dei glossatori, che proprio alla fine del secolo XI stava nascendo? Nel riscoprire le fonti imperiali del diritto romano, essa cercò di trovare un *modus vivendi* civile rispetto alla debordante autorità pontificia. Non era praticabile separare lo spirito dalla materia, come stava avvenendo in Francia ed in Inghilterra, perché quella soluzione richiedeva che esistesse un'organizzazione istituzionale forte, capace di resistere ai papi ed all'Impero, un punto di coagulo e d'appoggio statale su cui fondare le realtà materiali. Questo fattore materiale ha funzionato come fondamentale condizione per la nascita di forti e coese comunità: dove è mancato si sono prodotti squilibri non solo istituzionali, ma mentali, nel rapporto tra idealità

e prassi. Si può dire che nel Trecento i dadi furono lanciati ed i giochi erano fatti in Europa. I comuni e poi i nascenti principati in Italia erano incapaci d'indipendenza rispetto alle due autorità, Impero e Chiesa. A parte il regno normanno, spesso legato ai pontefici (in particolare a Gregorio VII, non a caso poi esule a Salerno), non esisteva un potere politico tanto ardito da attribuirsi pienamente la gestione *in materialibus* e da resistere alle ingerenze ecclesiastiche. In effetti la soluzione che si venne maturando in Italia, specialmente poco dopo il 1250, ossia dopo il fallimento dell'ardita, quasi temeraria, strategia fridericiana, fu la creazione di un coacervo equivoco di spirito e materia, facente capo a due sacerdotalità diverse: la ecclesiastica e la giuridica. Il dualismo tagliava la materia del contendere non in orizzontale, ma in verticale ed esprimeva esigenze compromissorie interne all'*establishment*, dirette, in ciascuna delle due parti, a prevalere, tuttavia con l'intesa tra di esse di non cambiare lo *status quo*, che vedeva trionfanti i due poteri.

I *sacerdotes juris* ed i *sacerdotes ecclesiae* portavano vesti molto simili, crearono apparati, funzioni, sfere istituzionali, aureole di santità una mutuata dall'altra, e da amministrare in una concorrenza coerente e mai del tutto esclusiva. Un ecclesiastico era (ed è) presente anche nel più banale e più mondano dei riti laici. Di qui fondamentali equivoci nell'organizzazione civile. Negli Stati italiani si avviò la costruzione di sistemi giuridici e di potere sempre necessariamente molto timidi: essi aspiravano ad essere autonomi da quello della Chiesa, che era fortemente difeso dalla funzione spirituale, e da due protezioni, interna dei chierici ed estera dello Stato pontificio. Quella pretesa d'indipendenza ebbe successo, dove più dove meno, un anno più un anno meno, secondo le circostanze; ma in un clima di assoluta incertezza e di totale impossibilità di progettare qualsiasi cambiamento. Ciò che in effetti vinse e caratterizzò le strutture materiali e mentali fu il primato indiscutibile dei più tortuosi e precari compromessi, che apparvero prove d'ingegno, e non di abiezione. In fondo, ancor oggi è così. Ciò che influì nella demolizione dell'etica sociale e della religiosità civile fu che gli ordinamenti giuridici erano intimamente duplicati, incerti nei loro confini e nelle loro consistenze, e si sono sviluppati come un sistema a doppia faccia. Le società italiane non furono mai coese come una famiglia, ma caratterizzate da una sorta di *ménage a trois*, tra ecclesiastici, *sacerdotes juris* e nobili di corte, ossia di spada. Nella dialettica sociale del potere quest'ultima componente fu in Italia più debole che altrove, a parte le repubbliche di Venezia e di Genova e poi del regno sabaudico: ma nell'etica medievale è l'uomo di spada che difende la dignità, la coerenza e l'onore.

Secondo il tradizionale ordine dei valori, tutto ciò che era spirituale nella personalità umana, in particolare nel pensiero, apparteneva alla sfera religio-

sa e doveva essere amministrato dal Papa. Trascurabile rispetto allo spirito appariva la precarietà esistenziale ed anche su di essa la Chiesa romana interveniva con la sua pretesa di avere parte notevole d'ingerenze e di proventi nella gestione dei beni materiali. Per questi ultimi aspetti nacque il ben noto conflitto tra i nuovi Stati e l'organizzazione papale. In Francia ed Inghilterra i due sistemi politici accentrati e piramidali che si erano già organizzati ai due lati della Manica furono in grado di pretendere la distinzione: l'elemento spirituale fu riservato al Papa che continuò ad amministrarlo, così come al re fu affidata la gestione della sfera materiale. Nella trattatistica giuridica francese del '200 e del '300 gli elementi essenziali furono indicati come strutturalmente diversi da quelli spirituali: di questi ultimi era possibile la *reductio ad unum*, invece la varietà naturale appariva talmente limitata e varia nel tempo e nello spazio, da impedire qualunque elaborazione di un sistema unico, universale e compatto, affidato ad una sola persona. Per questo i re, le organizzazioni politiche, si attribuirono ogni tipo di amministrazione e di decisione nella sfera pratica.

Tedeschi. [Tra universalità ecclesiastico-imperiale e nazionalismo]

Il Sacro Romano Impero pretendeva di avere un carattere di sacralità, mentre il papato si strutturava come un'istituzione politica. Da ciò nacquero molti fraintendimenti. Io condivido in pieno l'analisi che tu fai e che giustifica anche il lento sviluppo delle nostre istituzioni in Italia ed il loro difficile rapporto con il papato, da cui è stata condizionata la nostra storia. Ma c'è un altro aspetto su cui vorrei la tua opinione: il papato partiva dal concetto della *plenitudo potestatis*, del primato della cattedra petrina e da strane opinioni: che Cristo avesse concesso il mondo a Pietro, e che Pietro avesse fondato la Chiesa su questa donazione. In un certo momento, il Papa diventò l'arbitro del mondo. Per cui fu inevitabile una reazione politica: ci si voleva affrancare da tutto ciò. Per secoli, il diritto canonico, lo *ius publicum ecclesiasticum externum*, fece le veci del diritto internazionale, che nacque tardivamente, in età abbastanza avanzata, quando si spezzò quest'unità del potere ed esso si duplicò, come tu giustamente dicevi poc'anzi. Tutto ciò ci riconduce alla centralità, nella nostra storia, delle istituzioni pontificie. Io non voglio sollecitare un tuo ulteriore intervento su questo, anche perché ho le mie idee in proposito; però vorrei capire perché noi, che siamo stati in passato culla del diritto, ne siamo poi diventati la tomba. Questo è molto importante perché al modello di un diritto nazionale è connesso, secondo me, un passaggio ulteriore: il fatto che i giuristi, esaltando le proprie funzioni, si sono proposti come classe dirigente. E come ha contribuito la storiografia e la dottrina a questa direzione nazionalistica?

Ajello. [Alle origini del realismo giuridico: nazionalità contro universalità]

I tuoi quesiti sono tanto stimolanti che mi riesce difficile evitare una divagazione rispetto al discorso che stiamo facendo. Però le domande che mi fai mi offrono spunti di arricchimento, mentre possiamo seguire lo stesso percorso in vari modi, ed il tema del nazionalismo si presta alla trattazione dello stesso oggetto. Per rispondere alla tua domanda senza allontanarmi dall'*iter* storico che stavo seguendo, devo risalire alle origini medievali del problema: solo così posso collegarla al mio discorso, in modo che il lettore possa fruire di un profilo, e non di segmenti sparsi. In questo modo anche il tema del nazionalismo si presta al confronto tra le mentalità giuridico-istituzionali. Guardando alle origini, sono da contrapporre due tipi di nazionalità, l'italiana e la francese. Mi limito a dare una risposta schematica, per far capire una differenza che ha avuto straordinaria importanza nella storia del nostro paese.

Il nazionalismo di Filippo IV il Bello, padre della patria parigina, fu legato allo schema d'indipendenza della monarchia dalla Chiesa romana, teorizzata nel 1303 dal *De potestate regia et papali* di Jean de Paris. Quest'opera fu lo statuto dell'impresa sociale e civile francese, formulò una sorta di costituzione materiale per cui non soltanto la monarchia, ma l'intero popolo si posero al servizio dell'interesse nazionale. Era già un ben organizzato progetto sociale, fondato sul diritto consuetudinario convalidato dal re, e fu espressione di quel «Secolo senza Roma» contro cui reagì l'umanesimo italiano. In quel modo non solo si creava un forte ostacolo ad ogni interferenza religiosa, ma si fondava la scienza e la stessa organizzazione sociale su basi mondane, problematiche, aperte all'estrema varietà esistenziale, e quindi si creavano le premesse per il metodo sperimentale. Un bel saggio di Ernst Kantorowicz spiega come, all'inizio del '300 esisteva in Francia già un'opinione pubblica ferocemente antipapalina e appassionatamente regia.

Che cosa avveniva contemporaneamente in Italia. Negli stessi anni Dante sosteneva nel *De Monarchia* una tesi diametralmente opposta e che si rivelò presto perdente: che le energie morali delle popolazioni europee dovevano rafforzare un unico schema sintetico, l'Impero sacro e profano, difensore della fede. In questo modo, veniva meno la distinzione tra sfera spirituale e materiale che, secondo i politologi francesi, giustificava i regni nazionali senza contrapporli alla Chiesa romana. Ed in Italia si preparava anche un progetto culturale ed ideologico che doveva servire anche a ricucire la frattura francese e che ebbe i seguenti caratteri: rinvio ad una sapienza «perpetua e non corruttibile» (come aveva scritto Dante nel *Convivio*), reazione contro il volgarizzarsi del sapere mediante l'esaltazione della lingua latina, rifiuto di ogni progetto largamente popolare a favore di una visione sapienziale e di *élites*, armonia tra la Roma attuale e l'antica, fiducia nella sintesi provviden-

ziale espressa dalla continuità del latino e del diritto romano.

Com'è evidente, ai caratteri scientifici e sociali francesi, ossia al problematicismo fenomenologico e ad un progetto tendenzialmente pattizio, si contrapponeva nuovamente una struttura verticale unica. Si creavano così le premesse per un gran progresso degli studi sull'antichità, i modelli classici aprivano un enorme campo d'ispirazione estetica, ma dal punto di vista sociale e politico la nuova sensibilità rappresentava pure – come hanno mostrato Toffanin e Weise – un «ostacolo gagliardo a qualcosa che era già nato e che riprenderà dopo la Riforma». Quella reazione fu favorita dal nazionalismo italiano, che non poteva presentarsi come movimento politico, e che non aveva altra via per rinvigorirsi che assumere vesti letterarie, estetiche, giuridiche, di reincarnazione degli ideali eroici antichi.

Si delinearono due versioni dell'umanesimo, a favore della religiosità tradizionale e della critica laica. La Chiesa fu favorevole a quel movimento, perché vi vide un appello all'unità ed una convergenza tra l'ortodossia religiosa e gli ideali umanistici. Agli inizi del '400 fu Lorenzo Valla colui che realizzò la versione laica: il suo paese (era nato a Roma), rispetto al passato, presentava poco da esaltare dal punto di vista politico, non offriva una base istituzionale sufficientemente ampia per appoggiarvi la nazionalità: egli la fondò sulla lingua latina e quindi sul diritto romano. Era un modo di vedere nella legge una *ratio* universale, e di attribuire caratteri di superiorità scientifica perenne, e quasi di santità provvidenziale al diritto romano. Fu avviata così un'operazione che si rivelò poi deleteria dal punto di vista attuale e pratico: la sovrapposizione alle nazionalità di uno schema unitario e statico, meramente ideale e fortemente manipolato dal punto di vista ideologico, contro il riconoscimento della varietà nel tempo e nello spazio degli ordinamenti giuridici.

Invece in Francia, nel complesso plurisecolare e stratificato di legislazioni e d'interpretazioni che prendevano nome di diritto romano, i giuristi al servizio di Filippo il Bello avevano visto un coacervo d'indirizzi mal utilizzabili a favore della monarchia, anche perché già il papato se ne era attribuita la gestione. Infatti le norme imperiali del quinto secolo, successive a Teodosio il Grande, rispecchiavano una situazione di totale cedimento dell'Impero alle richieste degli ecclesiastici. In definitiva i teorici del nuovo Stato nazionale davano di quel sistema normativo una diagnosi realistica, come di un insieme di regole nato da prevaricazioni e prepotenze, fin dagli inizi, fin dal fratricidio di Romolo contro Remo. Era, dunque, un sistema che aveva dominato in maniera tirannica, era riuscito con la violenza ad assoggettare gran parte del mondo ed era naufragato nell'immoralità. Di fronte a questa visione fosca della storia antica, la diagnosi di Valla, uno dei massimi creatori del realismo moderno ed iniziatore del pensiero critico, si presentava contraddittoria: l'im-

pero romano è provvidenziale, la lingua latina si è affermata come lingua dei dotti per un mirabile, miracoloso consenso. Valla, umanista seguace dell'epicureismo lucreziano (il *De reum natura* era stato da poco scoperto da Poggio Bracciolini), ergeva di nuovo la struttura verticale come perno intorno a cui girava il mondo, e la provvidenza divina rimediava al crollo della religiosità metafisica perché il piano degli avvenimenti naturali rispecchiava nella sua unità e continuità l'Ordine divino.

Tedeschi. [Perché è italiano il praticismo e non il pragmatismo scientifico?]

La tua diagnosi mi sembra esatta. Vorrei, però, conoscere i motivi che ti hanno indotto a cercare interpretazioni della storia sociale fuori della cultura italiana. Se non ricordo male, già in *Arcana juris* e in altri tuoi studi hai scelto come punto di riferimento il pragmatismo di John Dewey, ed hai visto i problemi giuridici come parte delle mentalità collettive e del loro modo di porre la conoscenza, in un rapporto soggetto-oggetto che è tipico degli storici del pensiero. Quindi il versante che t'interessa di più è metodologico, rivolto allo studio delle società attraverso le loro vicende storiche e non alla scelta teorica ed astratta tra determinismo e indeterminismo. Guardi al rapporto tra i comportamenti umani e non tra diritto positivo e naturale. Qui, come storico del diritto, hai dato, a mio avviso, contributi importanti. Oggi sono venute meno molte certezze, tra cui la credibilità di un diritto convenzionale e fittizio, come l'ordinamento internazionale: perciò bisogna porre i problemi sul piano della realtà storica globale, non in riferimento a categorie astratte e meta-storiche, sia consuetudinarie sia pattizie. Il cambiamento in corso impone di capire i condizionamenti di mentalità che esprimono esigenze del passato. Lo storico ha rispetto della realtà dei fatti, così come dei documenti, atteggiamento che è analogo a quello del giurista impegnato ad elaborare gli schemi sociali d'ordine; ma l'uomo di legge pretende di avere l'appannaggio di una scienza già costruita, vicina alle scienze esatte, naturali, e quindi di raggiungere un grado di verificabilità maggiore. Lo storico, invece, relativizza i problemi, ricostruisce il modo, che è peculiare ad ogni epoca, di rapportarsi del soggetto all'oggetto, invita ad accettare che tutto è convenzionale, relativo, cangiante nella storia, non dà spazio a verità assolute. Questo è il punto che mi sembra centrale. Sarebbero utili altri riferimenti storici.

Ajello. [La risposta è nel confronto tra storia francese ed italiana]

Come un artigiano che non conosca gli strumenti che usa, l'intellettuale che non ponga come preliminare il problema della conoscenza e della scienza non è in grado di usare correttamente alcun concetto. Croce ha ragione quando identifica storia e filosofia. Chi non prende atto di questa identità si comporta

come (a torto) si suol dire degli struzzi: immagina di salvarsi chiudendo gli occhi per non essere visto. Nel nostro caso, guardare in faccia la realtà significa conoscere le difficoltà attraverso cui si sono formate le mentalità sociali italiane durante oltre mezzo millennio, fino all'unificazione nazionale.

Abbiamo osservato in parallelo alcuni aspetti della storia italiana e francese perché le due società, latine e molto simili in origine, hanno avuto vicende moderne molto diverse. Oltralpe il compito di superare la divaricazione tra unione ideale e particolarismo materiale fu avviato a soluzione già nel Duecento, il disciplinamento di quelle esigenze fu collocato, in modo sia teorico che pratico, al di sotto della sfera spirituale, *in materialibus*. In Italia la pluralità dei punti riferimento ideali ha annullato la loro efficacia e perciò, secondo la diagnosi di Machiavelli, la popolazione è stata privata di ogni reale religiosità intima, le pulsioni materiali non hanno trovato alcuna regola a livello pratico, la teoria ha proceduto in astratto e gli interessi in concreto, il rapporto tra idealità e realtà non è stato mai di distinzione, mai autentico e sincero, sempre possibilista, ambiguo, fonte di corruzione delle mentalità comuni.

Non a caso i re Cristianissimi tennero conto teorico e progettuale dell'economia, dei settori produttivi, della necessità di sviluppare, espandere, potenziare, arricchire la società. In Italia, invece, come ha dimostrato Christopher Hill ponendo a confronto l'economia inglese con l'italiana tra medio evo ed età moderna, le piccole aziende statali furono poste fuori mercato dall'angustia quasi insignificante delle loro dimensioni, dal prevalere al loro interno di corporazioni prive dei freni richiesti dall'interesse generale. Inoltre le pubbliche gestioni furono (per autogiustificazione della loro impotenza e per influenza ecclesiastica) dominate da una sorta di giustizialismo formalistico, non seppero mai calcolare in modo corretto i rapporti pubblici tra costi e ricavi, ebbero di mira improbabili dimensioni assolute, che erano adatte solo a nascondere gli arbitrii delle miopi classi dirigenti.

L'«empia alleanza» di Francesco I con la Porta ottomana, nata intorno al 1525 e mantenuta in piedi durante almeno trecento anni, non fu un caso: fu la conseguenza del realismo su cui era stata basata la politica interna francese oltre due secoli prima. In Italia, invece, mezzo secolo prima degli ardimenti di Filippo IV il Bello, il tentativo di Federico II di dare una dimensione ampia alla sua impresa era fallito, stroncato dai Papi e dal particolarismo comunale, che rappresentavano intime e connesse ambiguità tra idealismo e particolarismo. Solo dopo oltre mezzo millennio, con il Risorgimento, il potere dei Papi fu ridimensionato; ma era troppo tardi per correggere le strutture mentali. Il lungo blocco ha impedito non che rinascessero le propensioni produttive, ma che si riequilibrassero in modo sano i rapporti tra spirito e materia, tra idealità e prassi: nesso fondamentale nei fenomeni pubblici, giu-

ridici in particolare. L'esperienza legale era stata corrotta e sottratta alla dimensione mondana durante mezzo millennio di compromessi obbligati e segreti; non a caso toccò nel 1742 ad un sacerdote, che era anche uno storico, come Muratori, ridicolizzare le pretese sacerdotali e sapienziali dei giuristi.

Ritorniamo per un momento alle origini. In Francia già agli inizi del '300 prevalse una dimensione relativistica e 'mondana' nell'organizzazione sociale, mentre si lasciò arbitro il Papa di amministrare l'Assoluto. In Italia, invece, la direzione e proiezione verticale, metastorica, influì anche in uno dei massimi geni dell'umanesimo, quale fu Valla; poi, un secolo più tardi, fu ripiegata verso il basso, verso la realtà, da Machiavelli. Anch'egli aveva subito il fascino dell'antico, ma non per motivi nazionalistici, e vide nella religione dei romani uno spirito di concretezza che era stato poi tradito dal cristianesimo. Non a caso la sua esperienza internazionale fu francese, con un viaggio nel 1508 in Germania che servì a fargli valutare meglio le differenze. Gli eruditi, i filosofi, i giuristi italiani si arroccarono dietro al successo della lingua latina e del diritto romano, e lo videro com'espressione di un'unica struttura verticale, provvidenziale, convalidata dal *consensus gentium* intorno a valori metastorici. Questa soluzione impedì che il diritto fosse collocato tra le scienze sociali e bloccò ogni ricerca sperimentale sulle cause e ragioni contingenti, fu all'origine dell'assurdità, che ancora oggi dura nell'insegnamento del diritto, per cui alcuni docenti, in particolare gli storici, fanno di tutto per diffondere il cancro metafisico, giudicandolo benefico. L'equivoco nacque nel Trecento dalla mancata distinzione tra spirito e materia, e dalla mancata collocazione dell'impegno umano sul piano esistenziale. In conseguenza, l'idea di non poter fare a meno dei *sacerdotes juris* ha inquinato la circolazione sanguigna delle idee sociali. Anche un realista scettico come Tanucci non giudicava folle che i libri del *Corpus juris* fossero custoditi in Toscana sotto teche di cristallo, come le statue dei santi, e venerati dietro candele votive. Per rendersi conto di questo equivoco e condizionamento mentale, bisogna guardare ai due connessi fattori di sociologia culturale: in Italia, nei secoli delle dominazioni straniere, le umiliazioni pratiche internazionali favorirono il rimedio di rifugiarsi nell'esaltazione della sintesi spirituale umanistica, riferita all'antichità, e quel miraggio prese il posto del nazionalismo frustrato.

Tedeschi. [La religiosità francese, inglese, tedesca è fonte di unità nazionale]

Le suggestioni che nascono dalla tua risposta sono tante. La prima si converte in una domanda che mi pongo e ti pongo. Perché alcune reazioni al Papa-to si ebbero molto più chiaramente in Inghilterra, in Francia, in Germania, e non nel resto d'Europa? Gli inglesi allontanarono i papisti da molti settori, in

alcuni momenti arrivarono a dire che il magistrato civile non ha alcuna competenza nelle questioni spirituali, pervennero, come Hobbes, ad unificare potere politico ed ecclesiastico tant'è che oggi la regina è anche capo della Chiesa anglicana. Quindi pervennero a una concezione spesse volte nazionalista, certo antiromana. Reazioni analoghe si ebbero in altri Paesi. In Italia invece il punto di arrivo è tutt'al più un velato separatismo, ma sono stati molto meno forti per un verso la reazione ed in senso opposto gli effetti coesivi. Anche su questi aspetti gli interventi della storiografia giuridica mi sembrano spesso elusivi. Si sono studiate acriticamente certe istituzioni, da parte di una dottrina che io chiamo autoreferenziale, di santi e padri della Chiesa che parlano dall'interno dell'organizzazione ecclesiastica e non si pongono il problema di un sistema al di fuori di essa. Perché ciò è stato possibile?

Ajello. [Dovunque è la dialettica dei gruppi ciò che rivela i moventi del diritto]

La tua più che una domanda, è una risposta, ed offre squarci di riferimenti storici a conferma delle tesi comuni. Il secolo senza Roma è stato breve, poi Roma è ritornata, in un rigurgito endemico, ancora nel periodo del fascismo ed ancora è oggi presente con una sorta di esaltazione quasi divina del Papa. La religione diventa rito estrinseco, mentre scarseggia la partecipazione reale. Certo nessuno può disconoscere il valore fondamentale che ha avuto la civiltà romana, che ha posto le basi dell'Europa e quindi dell'intero Occidente. I problemi italiani sono nati dalla difficoltà delle nostre organizzazioni politiche di uscire dal medio evo senza demolirne i valori ideali. Machiavelli capì, distinse e guardò alla Francia per indicare il paese che procedeva sulla via del progresso. Ma il pensiero italiano divenne machiavelliano, non machiavelliano, perché le condizioni esterne imposero il realismo compromissorio, non l'audacia critica: essa produsse sofferenze e a volte martirio, come sperimentarono in molti, ben noti. Certo è che senza Machiavelli non sarebbe nato il pensiero di Montaigne, Bacon, Hobbes, Pufendorf, Locke, Rousseau: lì furono le premesse della rivoluzione scientifica e del realismo illuministico. Non a caso nel paese dove era nata e si erano sviluppate le teorie della Ragion di Stato, apparentemente il machiavellismo non interessò i giuristi.

Per evitare l'eccesso di collocare tutti i limiti nella società italiana, è necessario tener conto delle pulsioni di fondo secondo cui la dialettica storica procede dovunque. Quando in Francia si sono affermati la distinzione fra Spirito e materia e l'amor di patria, anche lì incominciò a verificarsi un fenomeno che è tipico della evoluzione umana e della dialettica degli interessi. Quando un sistema supera una difficoltà, essa rinasce in forme diverse. La dialettica che il re di Francia era riuscito a scomporre e dominare nel rapporto con la Chiesa e con il feudo, rinacque all'interno dell'apparato statale. Il parlamento di Fran-

cia, organo giurisdizionale che era stato riorganizzato tra la fine del '200 e gli inizi del '300, incominciò ad imporsi sulla monarchia come potere autonomo. Senza considerare lo scontro dei poteri separati e la conseguente dialettica interna all'organizzazione degli Stati è impossibile fare una storia moderna del diritto, perché non saremmo in grado di riconoscerne i moventi. In Italia, il Paese era indotto a vivere in una sorta di amalgama grigia in cui scomparivano le differenze e tutto era nascosto dai blocchi di potere. Guardando alla Francia, si capisce meglio anche ciò che avveniva qui meno palesemente.

Tedeschi. [La deriva del diritto come scienza meramente pratica è un problema?]

Finora abbiamo guardato al passato come fonte del presente: riferiamoci per un momento ad un altro problema, che non nasce da quelle radici. Il diritto, soprattutto di recente, è stato concepito come scienza pratica, come *lex mercatoria*, come strumento professionale. Questo non aiuta la comprensione del reale. Tra gli storici del diritto, sei considerato il docente più sensibile al dato storico, capace di fare ricerche di storia giuridica, ma nel contempo di storia delle idee, della politica, dell'economia. Questo è coerente con l'impostazione che accomuna diritto e storia all'interno delle scienze umane. Resto però molto preoccupato dell'evoluzione attuale degli studi giuridici. Il diritto tende ad affrancarsi dalla storia, a considerare autonomi, non storici, i problemi giuridici, a risolverli soltanto come casi pratici. Vorrei che mi dicessi se condividi i miei timori.

Ajello. [L'autarchia culturale dei giuristi riproduce l'antico corporativismo]

Non posso non approvare anche questa volta le tue affermazioni. In questo caso, tuttavia, è necessario tener conto delle normali stratificazioni orizzontali, ossia delle differenze tra gli operatori meramente pratici e gli studiosi dei problemi, che usano gli strumenti della ricerca indicati da Aristotele e da Barbeyrac. Sono due lavori diversi, di pari dignità, nella stessa misura utili; ma le strutture mentali pregresse sono comuni, forti e radicate in entrambi i mestieri, e perciò l'analisi non può che essere storiografica. Il danno si verifica quando i due livelli, dell'operatore pratico e dello storico, si appiattiscono sulla dimensione tecnica, e il teorico, avendo scarsa attitudine ad analizzare le proprie e le altrui deformazioni mentali, non sia in grado di oggettivarle, resti al loro interno, finisca per esaltarne i difetti come pregi, tradisca il proprio compito critico, venga meno alla funzione di aiutare gli operatori pratici a capire. Spesso agisce la mala fede, poiché il corporativismo dei giuristi è stato ed è una grande forza. Negli apparati di ampie dimensioni, la dialettica emerge comunque, diventa pubblica, rivela gli egoismi e gli interessi collettivi, crea esperienze, induce alle diagnosi, prepara le cure. Senza questi ele-

menti di chiarezza non crescono le società. La forza educativa del dibattito pubblico è la spina dorsale della civiltà moderna, che si fonda sul primato dei dubbi rispetto alle certezze, del dialogo contro l'affermazione del *logos*, mentre quest'ultimo è il presupposto dell'odio. La struttura surrettiziamente corporativa fa quadrato ad uso e consumo dei propri interessi materiali, e crea una pseudo-scienza ed una pseudo-storia, che riproducono il circolo vizioso, rafforzando le condizioni di difficoltà. Da tutto questo nacquero i vecchi problemi del diritto in Italia: i nuovi hanno le stesse fonti.