

Mario Ascheri

***Un ordine giuridico medievale per la realtà odierna?*<sup>1</sup>**

[A stampa in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", L (1996), pp. 965-973 – Distribuito in formato digitale da "Reti Medievali"]

Paolo Grossi è uno storico del diritto troppo noto, in particolare ai privatisti per le sue ricerche sulla storia dei diritti reali, per aver bisogno di presentazioni. Con i suoi "Quaderni fiorentini" e la annessa collana di monografie ha svolto e svolge un lavoro meritorio, formando tanti validi studiosi e mettendo a fuoco una serie di 'grandi' problemi sottoposti selettivamente all'attenzione della storiografia giuridica.

Anche il suo libro recente sul Medioevo non viene meno a queste premesse, indicando una serie di grandi questioni e lasciando da parte o in ombra le semplici informazioni, i dati di fatto facilmente accessibili altrove e che avrebbero soltanto appesantito l'agile e ben costruita trattazione. 'Taglio' nuovo per il suo manuale, quindi, del quale va riconosciuta la feconda novità e validità.

Ma veniamo al contenuto. L'Autore qualifica il suo Medioevo - sia il 'proto', come ama chiamare l'alto Medioevo, che il tardo, anche se in modo diverso - come il tempo lungo profondamente unitario<sup>2</sup> della consuetudine trionfante, e quindi del 'diritto senza Stato' (p. 31), di un diritto che nasce e si sviluppa in stretta aderenza al dato sociale.

C'è un protomedioevo semplice, rurale, incentrato sulla 'natura', sulle cose anziché sui soggetti, e che è quindi tutto 'fattualità', espressione e causa di consuetudini locali. Poi la società si complica, appaiono nuovi soggetti e nuovi bisogni e il diritto risponde a questa complicazione.

La scienza giuridica, la prima fra le scienze, quella che fece da modello a tutte le altre (p. 151), ha bisogno di un testo - quello giustiniano - per un'esigenza di *validità* del complesso discorso che va intessendo e che sul piano della *effettività* è fortemente creativo, perché quel fondamento testuale tende a trasformarsi sempre più in un mero pretesto. I civilisti non sono affatto dei romanisti, perché con la loro *interpretatio* (cosa assai diversa dall'esegesi) creano diritto nuovo, prima timidamente (primi Glossatori), poi senza tanti complimenti (da Accursio agli Orleanesi, da Bartolo a Cino, al grande Baldo) e senza separarsi dalla prassi. Con la loro aderenza al concreto, testimoniata dai formulari notarili, i giuristi e le loro costruzioni si conquistano una posizione di sicuro primato.

Altroché 'gerarchia delle fonti' in senso moderno, ad esempio quella ingenua presente negli statuti! C'era pluralità degli ordinamenti alla Santi Romano - colta da Francesco Calasso, ma non completamente elaborata nella sua pratica storiografica: v. ad es. pp. 34 s., 228 -, tutti autosufficienti perché autonomamente sviluppatisi in aderenza ai bisogni sociali. Tutti - scienziati, notai, corporazioni, mercanti, clero etc. - facevano la propria parte allora, si organizzavano il dato giuridico e ne vivevano senza imposizioni dall'alto.

La legge moderna, astratta e generale, era assente. Quando c'era, era solo specificazione di un diritto preesistente e immutabile, superiore, profondamente unitario come tutta l'esperienza giuridica medievale. Guardate, dice Grossi, come si parla di legge e di consuetudine in Agostino e in Isidoro di Siviglia e poi, a distanza di secoli, nel Salisbury e in Tommaso! Il re è sentito come un giudice - *ius dicit*, donde la sua *iurisdictio* -, e la legge deve rispondere ad una razionalità che non è la volontà del legislatore.

Sarà solo con il Trecento, quando comincia a declinare la socialità comunitaria medievale (dell'alto e del basso Medioevo), quando s'affaccia l'individuo e il suo tentativo di risolvere da sé i propri problemi, che cominceranno i guai. Allora il diritto sarà espropriato ai suoi produttori naturali, i soggetti sociali. Diverrà passo passo funzionale a operazioni di potere dei politici, finché con l'Età

<sup>1</sup> In margine a Paolo Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari 1995, 265 pp.

<sup>2</sup> Grossi parla di "perfetta compattezza" del Medioevo (p. 27) - ma si deve tener conto che per lui il Tre-Quattrocento ne fanno parte in modo assai dubbio, come si vedrà.

moderna e, soprattutto, con lo Stato dell'assolutismo giuridico ottocentesco, quello dei codici, arriveremo al diritto pervasivo e imposto dall'alto<sup>3</sup>.

Un'esperienza armonica e profondamente unitaria, dunque, in cui tutto - filosofia, diritto, economia etc. - si fondeva mirabilmente, viene meno, per cui i grandi giuristi medievali (non a caso talora anche filosofi) sono stati sostituiti da giuristi 'beoti', che credono addirittura nella *legalità*<sup>4</sup>, anziché, piuttosto, nella *legittimità*. Con il giuspositivismo moderno trionfa infatti "una nozione dell'interpretazione come attività puramente logica e dell'interprete come un automa senza volontà e libertà proprie, che constatiamo ancora dominante presso tanti giuristi beotamente e beatamente paghi ancor oggi di riaffermare entusiasti e inconsapevoli il principio di strettissima legalità e l'immagine dello *iudex* come *servus legis*, che la propaganda giuridica borghese da due secoli ha loro instillato nel cervello" (p. 163).

Invece, in passato il giurista ha svolto un ben diverso ruolo. Si pensi ad esempio che l'*aequitas* "martinianamente intesa, darà i primi corposi frutti con il superamento di vecchie e inammissibili sordità romane; sarà il campo della rappresentanza, del contratto a favore di terzi, dei titoli al portatore, della lettera di cambio, cioè il campo tutto nuovo dei nuovi traffici commerciali a pretendere regole effettivamente calate nella realtà e di essa ordinatrici" (p. 181 s.).

\*\*\*

Spero di aver colto i punti nodali del saggio di Paolo Grossi, di cui è difficile render conto in poche parole, perché è una meditazione a grandi pennellate scritta con intensa partecipazione. Meditazione che riporta una lettura del Medioevo che tuttavia, per esprimerci sinteticamente anticipando le conclusioni, offre tante verità, ma frammiste a valutazioni così fortemente discutibili da rendere difficilmente accettabile il quadro complessivo.

Giustissimo mettere in rilievo il ruolo della consuetudine nel primo Medioevo, come giustissimo è assegnare un ruolo di prim'ordine ai giuristi bassomedievali e parlare per l'età successiva di crescente presenza statale. Ma queste esatte connotazioni generalissime dell'una e dell'altra età sono inserite in un discorso troppo schematico per rispondere a precise sollecitazioni ideali. Come si sarà già capito dalla sintesi suesposta, la ricostruzione storiografica finisce, cioè, per essere semplificata, messa com'è al servizio del programma politico-culturale che percorre gli snodi fondamentali del libro.

Grossi non parla tanto del Medioevo come di un'epoca conclusa e ben definita da studiare nelle sue articolazioni, ma come di un modello da lui volutamente e programmaticamente contrapposto all'età moderna e contemporanea. Perciò, ad esempio, per poter meglio esaltare in contrapposizione alla negativa realtà odierna l'*alterità positiva* del Medioevo, egli deve svalutare ogni momento di statualità medievale. E perciò anche, a suo avviso, dal Trecento si "vive della presenza sempre più ingombrante di questo soggetto politico (lo Stato, n.d.r.), così ingombrante da averlo protagonista - ieri e ancor oggi, anche se non nei progetti per il futuro - della sua vita associata; ma è questo pur sempre un dato storico, cioè relativo, che, lungi dal precluderci di cogliere le varietà e le diversità del passato, deve, al contrario, fungere da cifra per esaltare le scelte alternative e le variazioni delle singole organizzazioni politiche, per esempio di quella della civiltà medievale" (p. 43).

Il Medioevo è richiamato con simpatia proprio perché fondato su comunità prive di Stato, nozione da lui accolta *unicamente* per "contrassegnare una realtà politico-giuridica rigorosamente unitaria, dove unità vuol dire, sul piano materiale, effettività di potere in tutta la proiezione territoriale garantita da un apparato centripeto di organizzazione e coazione e, sul piano psicologico, una

---

<sup>3</sup> Il diritto statale è "processo tumorale" moderno (p. 8); "lo Stato; è questi ad accollarsene la produzione monopolizzando il sistema delle fonti, cioè gerarchizzandone e riducendole sostanzialmente ad una, la legge... L'itinerario della civiltà giuridica moderna dal Cinquecento in poi ci dà testimonianza di una crescente vincolazione del diritto al potere politico, di un crescente totalitarismo giuridico, che non solo non sarà smentito dalla imperante borghesia ma anzi vieppiù assolutizzato grazie allo strumento onnivale del Codice... la visione ancillare del diritto ridotto, malgrado le favolette illuministiche, a *instrumentum regni*; il condizionamento del diritto al potere e agli interessi della classe che lo detiene" (p. 154).

<sup>4</sup> Termine "troppo compromesso dalla cultura moderna e carico di insopportabili connotati rigidamente positivistic" (p. 144); "la loro (=dei giuristi 'bulgariani') è, come abbiamo già detto, la singolare legalità dei medievali assai più somigliante alla legittimità che non alla ottusa legalità moderna" (p. 181).

volontà 'totalitaria' che tende ad assorbire e a far sua ogni manifestazione almeno intersoggettiva che in quella proiezione territoriale si realizzi. In altre parole, un macrocosmo unitario che tende a porsi come struttura globale munita d'una volontà onnicomprensiva" (p. 42). Ma non si tratta di una definizione così restrittiva da escludere le realtà federali e forse anche uno Stato così poco *effettivo* come la Repubblica italiana odierna, un 'non-Stato' nel linguaggio di Grossi? Ugualmente, l'intollerante totalitarismo del suo Stato non escluderebbe almeno alcuni tra gli Stati oggi esistenti?

Ma torniamo al tema principale. Fino al Tre-Quattrocento, non Stati, ma comunità. "Coerenza somma di una civiltà in cui speculazione filosofica e assetto socio-giuridico sono un tutt'uno: se la gnoseologia medievale punta a livello filosofico sull'universale, la politologia e la giuristica puntano sulla *comunità* (corsivo mio, n.d.r.): il primo e la seconda sono i due strumenti necessari perché un singolo debole e timido possa convenientemente esprimersi" (p. 197). E' solo da allora, dal crollo dello Stato romano (che Grossi fa datare da Diocleziano)<sup>5</sup>, che "il grande burattinaio è assente, è assente il soggetto politico che tende a reggere tutti i fili, a fare dei varii centri sociali concorrenti delle semplici marionette da manovrare a piacere" (p. 47).

Come si vede, il discorso da medievistico tende a trasformarsi in una vigorosa azione culturale contro la Modernità e l'Individualismo, rei di aver infranto il solidarismo comunitario medievale e di aver consegnato la Storia alla dittatura della borghesia.

Con lo 'Stato di diritto', "fonte per eccellenza si staglia la legge... ciò è frutto non soltanto d'una precisa ideologia giuridica consolidatasi negli ultimi duecento anni... inevitabile punto d'approdo del mondo giuridico moderno... di cui è doveroso sottolineare le implicazioni negative" (p. 18); "siamo abituati a cogliere nel diritto moderno, fino a ieri, la voce prevalente di una classe al potere - la borghesia - e a vedervi la realizzazione lucida e intelligente del suo programma" (p. 52). Perciò Grossi auspica una interpretazione che "rompa il rigoroso monopolio legislativo intelligentemente ma spietatamente voluto dal potere borghese nella sua lucida consapevolezza della valenza enorme del diritto nello Stato e per lo Stato" (p. 15).

Individuata la triade della Modernità in borghesia, Stato e legge, si capisce che nel 'buon' Medioevo non c'è spazio non solo per la statualità, ma neppure per la legislazione. Si ricorda allora Rotari come semplice raccoglitore di consuetudini, e si tace ad esempio di Liutprando; si ricordano i capitolari carolingi, ma li si relega nel campo del disprezzato diritto pubblico; non si fa neppure cenno di provvedimenti legislativi fondamentali come l'*edictum de beneficiis* (pietra angolare del diritto feudale italiano), l'autentica *Habita* e le costituzioni commentate da Bartolo; Federico II deve venir presentato come legislatore frammentario e ambiguo<sup>6</sup>; quanto agli statuti comunali non si dà alcun rilievo a quelli urbani più importanti, espressioni delle forze più vitali della nuova Europa (connotazione nostra), ché anzi le loro norme sono viste come "atomistiche volizioni normative" (p. 8), "serie prolisse" il cui contenuto giuridico è "modesto" (p. 231) e peraltro "sempre più" (ulteriore dato negativo nell'ottica dell'Autore) espressione del ceto mercantile (p. 246)<sup>7</sup>; del *Liber Extra*, con cui si coronò la centralità anche legislativa del Papato medievale (connotato nostro), si parla soltanto come di una raccolta di generico "materiale normativo", frutto di una "attività sistematoria" (p. 207 ss.), né si accenna ai fondamentali, 'costituzionali' come pochi altri, deliberati conciliari dei secoli XII-XIII. Ma mette conto comunque di spendere qualche parola di più sulla Chiesa e il suo diritto, perché si chiarisce meglio l'aspetto ideologico (da noi asserito) del libro.

Della Chiesa bassomedievale, coerentemente con la sua nozione ultraristretta di Stato, Grossi non vede gli elementi di modernità statuale e di centralismo - in una parola il suo connotato di centro

---

<sup>5</sup> Dopo di lui lo Stato non esprime più la propria volontà e diviene un non-Stato (p. 43 s.), perché "è tipico di ogni struttura autenticamente statuale" l'essere "intollerante di volizioni particolari concorrenti" (p. 44) (ma le volontà negoziali private?).

<sup>6</sup> Pp. 132 ss. e poi p. 235, ove l'ambiguità sembra anche essere ascrivibile all'aver fatto insegnare il diritto comune a Napoli. L'operazione era tuttavia necessaria se si volevano 'dottori' con la formazione più articolata e matura possibile.

<sup>7</sup> Il dato rimane immotivato; si potrebbe sostenere invece che possa esser stato vero addirittura il contrario, perché dopo il 'mercantile' Duecento la rinascita statuale condusse di regola proprio verso statuti sempre *meno* 'classisti'.

di Potere (enorme) tra altri poteri -, né, coerentemente, di centro legislativo (s'è detto del *Liber Extra*), né di istituzione oggetto di conflitti laceranti, che un Medioevo 'ideale' non può conoscere. Si guardi alla drammatica Riforma gregoriana, vista qui come un passaggio dal monologo del chiostro al dialogo (p. 129), mentre non solo poteva contribuire a chiarire il 'revival' del diritto romano (lotta per le investiture), ma anche il problema delle 'pravae' consuetudini (v. ad es. Ivo a p. 117<sup>8</sup>, e si pensi ad es. a concubinato e simonia) anch'esse legate al 'sociale' altomedievale, ma giustamente combattute.

Perciò, tra i tanti motivi che pur potrebbero addursi per apprezzare il diritto della Chiesa, qui se ne adducono alcuni singolari, in armonia con quanto esposto. Ad esempio, mentre lo Stato moderno di diritto, totalitario e onnivoro, è messo in una luce negativa anche nelle sue conquiste formali pur tanto faticose - come l'uguaglianza di tutti di fronte alla legge<sup>9</sup> -, il diritto canonico risplenderebbe perché informato alla *tolleranza*, perché sa aderire alle specificità, sa graduare e quindi anche tollerare le violazioni e dispensare dall'osservanza delle norme, tutto impregnato com'è di *equità* - che il laico diffidente leggerà piuttosto come fonte di forte discrezionalità talora ispirata a criteri sociali e politici, ossia più probabilmente fonte di discriminazione a danno dei deboli che non, con Grossi, a favore della uguaglianza 'sostanziale', che può imporre "scelte eversive" (p. 214), di contro all'uguaglianza formale dei moderni (p. 179). Inutile aggiungere che parlare delle persecuzioni di eretici e di streghe sarebbe stato fuori posto in questo contesto. Infatti, l'autoritarismo della Chiesa (che nel Medioevo, diremmo noi, fu assai più 'Stato' di molte strutture laiche ritenute tali) avrebbe avuto una giustificazione: era necessario non "compromettere il tessuto unitario e particolarmente l'unità disciplinare" (p. 146).

Il fatto è che "di una sola sovranità, assoluta, illimitata e pertanto accontentistica, si può parlare nell'universo medievale: ed è quella di Dio, vero sovrano su di un ordine terreno scandito invece in podestà necessariamente non-sovrane" (p. 49), per cui ha luogo in queste pagine un largo recupero delle nozioni tomistiche di *ordo*, di *totalitas*, in una parola della gerarchia cielo-terra.

Questa visione trascendentale componibile col comunitarismo salvifico ("La comunità protegge, garantisce, media; è l'unico tramite sicuro per un colloquio efficace con la divinità... La comunità è realtà sacramentale", p. 113 ecc. ecc.) doveva essere richiamata, perché spiega altre critiche alla Modernità. Come quando si legge che "La divisione dei poteri è un principio tutto moderno; è infatti la civiltà moderna secolarizzata che, priva di appigli religiosi, alla disperata ricerca di garanzie formali, lo assume a fondamento stabile della propria vita politico-giuridica. E' un principio totalmente ignoto ai medievali, che, in una visione integrale delle dimensioni civile e religiosa, erano appagati da garanzie più sostanziali, cioè che sostanzialmente vincolavano e indirizzavano gli investiti di poteri" (p. 131 nota 7).

Infatti per Grossi il declino della civiltà comincia con quelle correnti teologiche del Trecento che puntano sulla volontà individuale e con ciò "isolano - o rischiano di isolare - il soggetto dagli altri soggetti e dalla comunità... si è imboccata la lunga strada che porterà insensibilmente alla rivoluzione umanistica e alla rivoluzione religiosa luterana" (p. 196).

Bisogna invece - continua questo programma politico-culturale - rompere il moderno nesso diritto-Stato, "pretendere il recupero del diritto alla natura stessa della società civile, dimensione insopprimibile della socialità e frutto spontaneo della comunità che si autoordina" (p. 21), perché il diritto 'vero', come quello del Medioevo, "è terreno di confluenza di forze diverse, è risposta alle esigenze oggettive degli uomini e delle cose, e non l'artificio prefabbricato né dal ceto dei

---

<sup>8</sup> Non mi soffermo ovviamente sulle possibili diverse letture di passi richiamati: ad es. a p. 90 s., nelle fonti altomedievali richiamate, io leggerei addirittura la consapevolezza operante del primato della *lex*! Qualche spunto più specifico si legge nel mio *Leggi e statuti*, in *Lo spazio letterario del Medioevo*, 1. Il Medioevo latino, III: La ricezione del testo, Roma 1995, pp. 541-574. Ugualmente non discuto qui dell'opportunità di usare coppie così 'moderne' come validità-effettività, legittimità-legalità per il pensiero giuridico medievale, perché il problema è evitare proprio le 'trappole' dottrinali - e non solo quelle del passato...

<sup>9</sup> "L'uguaglianza giuridica di noi moderni, che è uguaglianza borghese, uguaglianza formale di persone concretamente disuguali, appare alla Chiesa come una mostruosità. Nei tribunali canonici di sempre, anche in quelli odierni, sarebbe inconcepibile la scritta 'la legge è uguale per tutti', che noi laici amiamo ostentare con ingenua vanagloria nelle nostre aule giudiziarie" (p. 120).

proprietarii né dai detentori del potere” (p. 52); “è la società stessa che, senza filtri politici, autoordinandosi, diventa diritto, provoca il miracolo del diritto” (p. 234).

Alle origini del Medioevo giuridico, bisogna perciò cogliere “lo svincolo del giuridico dall’abbraccio condizionante del politico, il recupero del giuridico a veste appropriata e congeniale del sociale, quasi realtà infrastrutturale, sorpresa com’è nel profondo dei fatti. Preme ancora una volta ripetere: un diritto che non è voce del potere e che non collude col potere; che è, al contrario, emanazione di forze profonde che stanno al di là e al di sopra del potere” (p. 59); “senza condizionamenti di indole politica o culturale, l’operatore-giurista legge spassionatamente il mondo delle cose e registra fedelmente questa lettura nel mondo del diritto”.

Si capisce allora che è tempo di dire qualcosa dell’ultimo Male moderno contro cui bisogna lottare: la politica. Stato e Legislazione richiamano altri due Mali: il Potere e la Politica. La comunità invece vive miracolosamente al di fuori di queste dimensioni, di consuetudini che realizzano “l’esigenza della norma particolare e plastica in perfetta aderenza al corpo sociale... il diritto medievale... si colora d’una intensa politicità... (che) vale storicità, puntualizza solo la fedeltà della forma alla sostanza sociale ed economica, alle idealità e ai bisogni circolanti nella grande ‘polis’ della società civile come fatto globale” (p. 61).

L’idea del *princeps conditor legum* non è per Grossi un trionfo del diritto comune, ma tutto al contrario del Medioevo morente, “testimonianza palese di quella crisi” (p. 132). Quando lo Stato è l’unico ente legittimato a produrre diritto “siamo necessariamente in un orizzonte che è l’opposto di quello medievale, l’opposto di una pluralità di ordinamenti, l’opposto di una priorità del giuridico sul politico” (p. 233). “In un clima sordo alle rivendicazioni sociali e folto di limitazioni alla capacità d’agire di molti soggetti, noi constatiamo elevata, protetta, garantita su un piano squisitamente giuridico la posizione di semplici *laboratores*... vediamo il concessionario elevato al rango di *possessor*” (p. 52).

Tuttavia, queste espressioni generiche rimangono prive di contestualizzazione storica. Il *laborator* e *possessor* così ben protetto non può essere anche (e il più delle volte sarà, in concreto) il nobile latifondista concessionario ad esempio di terre ecclesiastiche? E le comunità autoordinantisi (dove? quando? e come senza politica?) non hanno un sapore più ideale che storicamente concreto? Noi sapevamo di *domini loci*, di *potentes* che occupavano beni pubblici e che - dice puntualmente la legislazione carolingia - opprimevano i poveri probabilmente anche per mezzo di ‘pravae’ consuetudini.

\*\*\*

Insomma, siamo di fronte a un’ideale comunitario (pienamente legittimo e non in discussione in questa sede) che si è frapposto alla lettura della realtà storica e che ha indotto a semplificare il passato - e talora anche a chiudere gli occhi di fronte all’ingiustizia. E’ per le ormai note premesse squisitamente ideali che, come manca la Politica, qui manca anche la dimensione della dialettica di legge e di consuetudine, tanto presente invece nel Medioevo da far distinguere tra consuetudini ‘buone’ e ‘cattive’, ‘approvate’ e ‘non approvate’ ad ogni tornante storico, per realizzare i singoli programmi politici - a partire da quelli della Chiesa.

E si spiega. Se si rimane entro l’armonica dottrina teologica, se ci si appaga del mondo delle idee, non si vede la lotta politica, perché ci si chiude entro un mondo ‘ideale’, quello del ‘dover essere’ additato da una elaboratissima, raffinatissima e plurisecolare cultura religiosa. Ma la realtà storica è stata più complessa e contraddittoria di questa dottrina - che è doveroso conoscere, ma non al punto di sottovalutare altri aspetti del reale.

Qui soprattutto, invece, interessa la contrapposizione delle ideologie. Antichi contro Moderni, messi a confronto non tanto per quello che hanno fatto in concreto, di grande e di sordido nei vari contesti storici, ma per (taluni, molto semplificati) ideali che hanno proposto.

Perciò, come si possono nutrire le più ampie perplessità a unificare Alto e Basso Medioevo proprio dal punto di vista giuridico (si pensi soltanto al peso della dottrina e al nuovo processo romano-canonico del basso Medioevo, qui ignorato), non c’è da dubitare a unificare tutto il mondo moderno dal Trecento in poi?

Certo, da una prospettiva comunitaristica può essere difficile apprezzare le differenze tra assolutismo politico e giuridico, tra democrazia politica e dittatura, tra liberalismo e totalitarismo

ecc. ecc. Eppure nella Modernità ci sono questi 'distinguo', come nella socialità 'spontanea' non protetta dalla legge c'è anche la schiavitù e l'oppressione (sostanziale) dei deboli.

Già, la legge, come lo Stato, non sempre è strumento di oppressione. Sembrava pacifico e verificabile quotidianamente (a partire dalla legislazione 'sociale', che temperò il duro liberismo codicistico), ma le semplificazioni mettono in discussione anche le poche certezze. Purtroppo la realtà è complessa e ci obbliga a procedere con cautela, a imparare a distinguere, a non farci intrappolare dalle apparenze e dalle formule, e meno che mai dalle astrazioni dottrinali, anche quando d'una dottrina autorevole e influente come quella medievale.

Nella nostra storiografia giuridica persistono atteggiamenti idealistici che già rendono difficile l'incontro con le altre storiografie; a che risultati si va incontro se li si congiunge anche con 'fughe in avanti' ideali come queste?

\*\*\*

Spiace dover prendere le distanze da un libro così significativo e impegnativo. Mi giustificherò un po' appellandomi alla richiesta dell'Autore di "correzioni, mutazioni, integrazioni", e un po' alla necessità di uscire dal circolo vizioso dell'indifferenza o dell'ossequio puramente formale - che è poi la stessa cosa.

Il libro doveva essere un saggio di storia del diritto privato (p. 9), ma è evidentemente divenuto un'altra cosa.

Sarebbe stato invero molto interessante vedere concretamente operante, negli istituti del diritto privato - a proposito di obbligazioni, di proprietà, di successioni, di famiglia -, la contrapposizione di valori cui Grossi fa riferimento per opporre l'unitario Medioevo all'altrettanto compatta, a suo avviso, Età moderna. Cammin facendo però l'impegno etico-politico ha preso il sopravvento, e il discorso ha imboccato un'altra strada. Del diritto privato si parla, ma solo per cenni - in particolare sui diritti reali, p. 98 ss., 237 ss. -, mentre corposa, anzi corposissima è la presenza dello Stato - da negare o da ripudiare - e della Chiesa.

Il fatto è che il diritto privato serviva egregiamente a suffragare il sogno para-savigniano d'un diritto senza Stato, mentre il diritto pubblico avrebbe posto più di un problema ad essere inquadrato nello schema - non si parla ad esempio della procedura, pur essendo tanto importante il nuovo processo medievale cui s'è fatto riferimento, perché "Non dimentichiamo che sarà inserita fino al Windscheid (e ancora con Savigny), ossia fino al pieno secolo XIX, nel cosiddetto 'diritto politico' (p. 231 nt. 10)".

Il discorso di Grossi verte in realtà eminentemente sulle categorie storiografiche portanti, e perciò mira alto. Tuttavia, per concludere, come già il discorso era opinabile per il Medioevo, così anche sembra per il lungo periodo successivo. Dove, di nuovo, si attribuisce un peso eccessivo alle autorappresentazioni del diritto, alla dottrina, anziché alla realtà complessiva del sistema.

Assolutismo legislativo, separazione dei poteri, Stato di diritto e così via sono tutte connotazioni dottrinali nuove, ma fino a che punto espressive della realtà giuridica *effettiva*? Morte della consuetudine: in un'epoca in cui il diritto costituzionale, ad esempio, è stato eminentemente sviluppato dalla prassi? Assolutismo del codice<sup>10</sup>: quando persino in Francia dottrina e giurisprudenza sono stati tutt'altro che inerti e assenti e hanno anzi dovuto completare il programma del legislatore? Codice della borghesia: quando si tratta di testi che hanno avuto una peculiare fortuna anche laddove si è condotta una lotta sistematica alla borghesia?<sup>11</sup>

Non sarà che piuttosto che enfatizzare il conflitto di Antichi e Moderni lo si debba storicizzare? Non sarà che siano pure rilevabili, a ben vedere, pesanti elementi di continuità proprio dove si vorrebbe asserire, ideologicamente, la frattura più netta?

\*\*\*

Le domande sono tante, perché sono tanti e tutti decisivi i problemi affrontati da Grossi. Al quale, pur nel dissenso, va riconosciuto il merito grande di aver avuto e di avere la finissima sensibilità di cogliere le questioni reali, quelle che più meritano approfondimento e dibattito storiografico. Il

---

<sup>10</sup> Mi sia consentito rinviare alla mia nota *Dal diritto comune alla codificazione: tra storia e storiografia*, in *El dret comú i Catalunya*, a cura di A. Iglesia Ferreirós, Barcelona 1993, pp. 71-83.

<sup>11</sup> Interessante A. Gambaro, *Codes and Constitutions in Civil Law*, in *European Legal Traditions and Israel*, ed. A. M. Rabello, Jerusalem 1994, pp. 159-190.

nesso legge e consuetudine, la comunità, l'individuo e il loro rapporto con uno Stato in continua trasformazione (e ora in crisi profonda come il momento codificatorio), il ruolo e le responsabilità del giurista, comportano tensioni teoriche e storiografiche sempre nuove e aperte.

Grossi va ringraziato per aver richiamato la loro centralità e per costringere lo storico giurista a confrontarsi con esse. Al di là delle ricerche analitiche su problemi tecnici e specifici, anch'esse necessarie, è proprio portando un contributo su questo piano che lo storico del diritto può ripensare criticamente alle categorie di cui fa uso quotidiano e trovare un momento di incontro fecondo e non effimero con il giurista positivo.