



PAOLO GROSSI
L'EUROPA DEL DIRITTO

EDITORI LATERZA FARE L'EUROPA

Universalismo > Sc. giuridica (oln. canonico)
 Particolarismo > legislazione locale, ~~sc. giuridica~~ *sc. giuridica*
 280

INDICE

2. MATURITÀ MEDIEVALE: UN LABORATORIO SAPIENZIALE

2.1. Tra XI e XII secolo: un crinale storico. Il contesto economico-sociale. Il contesto culturale, p. 37 - 2.2. Potere politico e diritto. La appartatezza del legislatore, p. 39 - 2.3. La ritrovata complessità della società occidentale esige rinnovati strumenti giuridici, p. 44 - 2.4. Il ruolo della scienza giuridica. Universalismo e particolarismo. Consuetudini e scienza nell'identificazione dell'ordine giuridico, p. 45 - 2.5. Sul carattere della scienza giuridica tardo-medievale. Diritto comune, diritto romano, diritto canonico, p. 48 - 2.6. La sistemazione del diritto canonico. L'edificazione del diritto canonico classico, p. 55 - 2.7. Diritto comune, leggi e statuti particolari nazionali e locali, p. 56 - 2.8. Diritto comune e diritto feudale. In particolare, degli «usus feudorum», p. 60 - 2.9. Alle origini del diritto commerciale, p. 63

II. Fondazioni della modernità giuridica

65

1. Il Trecento agli occhi dello storico del diritto: sconvolgimenti socio-economici e crisi di valori. Alla ricerca di un nuovo ordine giuridico, p. 67 - 2. Un processo liberatorio: macro-individuo e micro-individuo quali nuovi protagonisti. Alle origini dello Stato moderno, p. 72 - 3. Il principe e il diritto. In particolare, del regno di Francia: un laboratorio politico-giuridico della modernità, p. 74 - 4. In particolare, del regno d'Inghilterra: continuità con la visione e l'esperienza medievale. Alle origini del «common law», p. 78 - 5. Una frattura ideologica con il passato nel solco della liberazione individuale: Umanesimo, riforma religiosa, pre-capitalismo, rivoluzione scientifica, p. 83 - 6. In particolare: riforma religiosa e ordine giuridico, p. 88 - 7. In particolare: l'umanesimo giuridico e le sue due anime: a) l'anima razionalista; b) l'anima storicista, p. 90 - 8. Il giusnaturalismo, p. 96 - 9. L'illuminismo giuridico. Legalismo e legolatria. L'età dell'assolutismo giuridico, p. 104 - 10. L'età dell'individualismo proprietario. Liberalismo economico e assolutismo giuridico, p. 113 - 11. L'età del costituzionalismo. Il costituzionalismo moderno tra mito e storia, p. 115 - 12. Il regno di Francia nei secoli XVII e XVIII e la costruzione di un «droit français», p. 120 - 13. Il regno d'Inghilterra: turbolenze e mutamenti costituzionali al di sopra della stabile continuità del «common law», p. 125 - 14. Il messaggio giuridico della rivoluzione francese, p. 129 - 15. L'età del Codice, p. 135 - 16. In particolare: della codificazione francese, ai primi del secolo XIX, p. 140 - 17. E della codificazione austriaca, p. 145 - 18. Legge, scienza giuridica, prassi giuridica nell'Europa dei Codici, p. 149 - 19. Legge, scienza giu-

INDICE

281

ridica, prassi giuridica nell'area germanica durante la prima età moderna, p. 155 - 20. Legge, scienza giuridica, prassi giuridica nell'area germanica durante l'Ottocento. Scuola storica del diritto e Pandettistica. L'edificazione del sistema giuridico, p. 160 - 21. Fondazioni germaniche di un'autonomia scienza di diritto pubblico, p. 170 - 22. Pandettistica e germanistica verso il «Bürgerliches Gesetzbuch» dell'Impero tedesco. Un Codice speculare alla scienza: il Codice civile svizzero del 1907, p. 178 - 24. Pesantezze legalistiche in Francia. Il potere 'pretorio' della giurisprudenza pratica. Insofferenze e proposte: Raymond Saleilles e François Gény, p. 180 - 25. La ventata giusliberistica: un modernismo giuridico, p. 186 - 26. Solidarismo giuridico di fine Ottocento: le cosiddette «leggi sociali», p. 189 - 27. Solidarismo giuridico di fine Ottocento: il cosiddetto «socialismo giuridico», p. 194 - 28. Alle origini della comparazione giuridica, p. 198 - 29. Alle origini del diritto del lavoro, p. 201 - 30. Il diritto commerciale tra legislazione, scienza e prassi, p. 208 - 31. La prima codificazione del diritto canonico nel 1917, p. 213

III. Itinerari contemporanei. Vecchi e nuovi modelli a confronto

2

1. Novecento giuridico: crisi dello Stato e riscoperta della complessità, p. 219 - 2. Corporativismi europei, p. 223 - 3. La prima guerra mondiale e la sua incidenza nell'ordine giuridico europeo, p. 229 - 4. Il comunitarismo weimariano, p. 232 - 5. L'Unione Sovietica e la costruzione di un diritto socialista, p. 238 - 6. Il diritto nei regimi totalitari italiani e tedesco, p. 242 - 7. Dopo il 1945. Nuove costituzioni e vecchi codici. L'avvio del processo di unificazione europea, p. 249 - 8. Qualche considerazione finale tra un millennio e l'altro, p. 255

Bibliografia

2

la prima metà del Settecento, per opera del cancelliere D'Aguesseau, si avranno tre isolati (anche se importanti) interventi in tema di donazioni e di testamenti; ma fanno poco in mezzo a un generale silenzio legislativo. Che si può dire a conclusione è che, grazie alla operosità dei giuristi eredi dell'umanesimo e di un legislatore voglioso di affermazioni sovrane, si stanno tracciando in modo sempre più definito le linee di un diritto nazionale, di un autentico *droit français*.

13. Il regno d'Inghilterra: turbolenze e mutamenti costituzionali al di sopra della stabile continuità del «common law» (= consuetudine stratificata del Regno)

Mentre la Francia, sul piano costituzionale, continua a sonnecchiare durante i primi secoli della modernità lasciando latente sotto le ceneri sempre più pesanti dell'Antico Regime il fuoco che scoppierà violento nel 1789, nella vicina Inghilterra si vive una lunga e tormentata vicenda costituzionale, che avrà un'influenza decisiva non solo sulla storia del costituzionalismo europeo, ma anche su tutto lo svolgersi del diritto inglese, anche del diritto riguardante la vita quotidiana dei cittadini.

Operiamo subito alcuni chiarimenti per il lettore digiuno. È una vicenda all'insegna della discontinuità, con radicali mutamenti che frastagliano, se non rompono, la continuità della linea storica. Si passa cioè dalla monarchia limitata – così come appare dalla *Magna charta* estorta nel 1215 al re Giovanni Senza Terra – alla monarchia mista – dove protagonisti sono l'uno (il re), i pochi (i Lords), i molti (i Comuni), così come emerge durante il Seicento – alla monarchia parlamentare – così come si consolida nel Settecento –, nella quale il Governo dipen-

de dal controllo politico del Parlamento e la sua direzione è affidata alla persona capace di ottenere la fiducia della Camera dei Comuni, con le nuove figure giuridiche del Gabinetto e del *Premier*.

Certamente, un filo di continuità lo si può senza dubbio rilevare, ed è nella limitatezza del potere regio, che riesce a imporsi pienamente soltanto nel momento aureo dei Tudor (con Enrico VIII e con Elisabetta), ma si tratta di un filo generico frammentato dalle novità imposte da una storia politico-costituzionale tormentatissima a causa della perenne rissa tra monarca e Parlamento. A una di queste novità, la prevalente, non si può fare a meno di accennare, e riguarda le due trasformazioni che fanno del Parlamento, in Inghilterra, una realtà politica e giuridica radicalmente nuova: da organo dalla esistenza occasionale e comunque temporanea a organo permanente; da organo giudiziario a organo legislativo.

Al di sotto di questo strato superiore che si identifica nell'apparato di potere del regno e che vive una lotta dura per la supremazia, sta lo strato più riposto (ma che interessa maggiormente lo storico del diritto) della vita del *common law*, la quale fa spicco esattamente per una sua stabile continuità, dove – se qualcosa relativamente muta – è solo la sempre maggiore radicazione nella società e la crescita di prestigio. Infatti, è unicamente con Enrico VIII – il sovrano che si fabbrica una riforma religiosa anche per agevolare le sue mire assolutistiche – che si ha un tentativo di esautoramento in favore di quel *civil law* portatore, nelle sue remote fondazioni romane, di un'immagine di principe sciolto (*absolutus*) da vincoli e limiti. A Enrico dava fastidio la grossa circostanza che si era verificata in età medievale e che aveva dato una carica tutta particolare al *common law*, il suo affrancamento dalla potestà regia – dal cui ventre, come sappiamo, proveniva – e il suo lento ma incessante trasformarsi in una sorta di consuetudine generale del regno, quasi un deposito del-

le antiche costumanze storicamente sedimentate e delle antiche libertà conquistate, e, proprio in questa veste, depositato anche di una concreta razionalità basata sulla lettura oggettiva di un mondo di usi immemorabili.

A parte l'accenno al momento dei Tudor, vorrei però chiarire meglio al lettore il rapporto tra *common law* e legislazione, tenuto in debito conto che con il *Bill of Rights* del 1689 ha la sua consacrazione il principio che titolare del potere legislativo è «The King in Parliament», ossia una entità complessa formata dalla Camera dei Comuni, dalla Camera dei Lords e dal re. Su un piano formale non si può non registrare il primato della legge. Aggiungendo però subito che gli interventi del legislatore sono sporadici, slegati, addirittura timidi, almeno fino al secolo XIX e si inseriscono naturalmente in un universo giuridico, già perfettamente formato nella sua imponenza, che è il *common law*, un universo dove tutto è previsto e disciplinato nella plurisecolare sedimentazione della tradizione. Gli atti legislativi presuppongono l'esistenza del *common law*, proponendosi come integrativi o modificativi, ma sempre in stretta dialettica con esso, costituendo con esso un grande e plurale sistema giuridico.

Credo che non sia scorretta (e sia, anzi, illuminante) l'analogia con quanto avviene durante il Medioevo sul continente, nel rapporto tra *ius commune* e legge di un principe o di una città libera: ciò che conta per il tessuto giuridico ordinante la società non è lo Statuto del Comune o la legge isolata del principe, ma lo *ius commune*, che è un tessuto ampio e organico in continua evoluzione grazie ai continui ripensamenti della scienza giuridica e alla continua esperienza dei casi giurisprudenziali. Per la società inglese il tessuto ordinante lo costruisce, giorno dopo giorno, caso dopo caso, duttilmente, un ceto giudiziale fortificato da una robustissima tradizione, e il titolare del potere legislativo, lungi dallo scendere in

limite
al
potere

campo per contrastare e affermare un predominio, si tiene appartato, intimidito – come si diceva più sopra – da una piattaforma giuridica che si fonde con la storia stessa di un popolo e che ha contribuito a dargli tipicità.

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

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

Questo sguardo sommario all'isola giuridica inglese deve essere completato con una rapida integrazione relativa a un'altra giurisdizione, quella di equità, che, a partire dal Quattrocento, si affianca a quella di *common law*. Avviene cioè che un numero sempre maggiore di contendenti, delusi dalla lentezza, dalle complicazioni procedurali, dai formalismi delle corti di *common law*, si rivolge al cancelliere del re, il quale è normalmente un ecclesiastico e decide il caso secondo la mentalità e i principi del diritto canonico, ossia con attenzione alle cir-

costanze particolari al fine di giungere a una giustizia sostanziale, usando la più rapida procedura romano-canonica aliena da eccessivi formalismi. Quello che era, all'inizio, nulla più che il ricorso di sparsi litiganti insoddisfatti dà però vita a una giurisdizione concorrente dominata dal canone dell'equità, tipica valvola di sicurezza del diritto canonico.

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

14. *Il messaggio giuridico della rivoluzione francese*

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

Anche se l'uso di quel sostantivo al singolare - Rivo-