

ARCHIVIO GIURIDICO

"FILIPPO SERAFINI,,

DIRETTO DA
VINCENZO ARANGIO-RUIZ
DELLA UNIVERSITÀ DI ROMA

EMILIO ALBERTARIO
DELLA UNIV. DI ROMA

BENVENUTO DONATI
DELLA UNIV. DI MODENA

A. C. JEMOLO
DELLA UNIV. DI ROMA

FULVIO MAROI
DELLA UNIV. DI ROMA

TOMASO PERASSI SALVATORE RICCOBONO
DELLA UNIV. DI ROMA EM. DELLA UNIV. DI ROMA

REDATTORE RESPONSABILE
CARLO GUIDO MOR
DELLA UNIV. DI MODENA

59
SESTA SERIE, VOLUME IV — FASCICOLO 1-2
DELL'INTERA COLLEZIONE VOL. CXXXV — FASC. 1-2



SOCIETÀ TIPOGRAFICA MODENESE
EDITRICE IN MODENA — 1948

che non vuole neppure lasciarsi sdoppiare come pretenderebbe una opinione abbastanza diffusa (1).

Qui forse posso dire di adeguarmi meglio a quello sforzo di cogliere nella costruzione la viva realtà giuridica, a quella posizione di centro, che il Romano, come ho detto, persegue. Ed anzi, noterei come la tesi accolta su questo punto crei qualche impaccio al Romano, quando formula la sua distinzione del diritto soggettivo dal potere in senso stretto; il suo argomentare (p. 173 seg.) non mi pare qui procedere limpido e spedito come è suo costume (la commistione dei due elementi, dell'oggetto e della pretesa con correlativo obbligo, non dà un distacco e risalto alla figura del diritto soggettivo).

Ma vedo che sarei tentato a discutere altri punti e altre voci, il che mi porterebbe lontano e mi farebbe superare i limiti di una recensione. Tutte le voci sono vive e interessanti, da quelle più strettamente tecniche a quelle più brillanti, tutte sollevano una folla di argomenti.

Io debbo fare punto, illudendomi di aver fatto del libro una presentazione viva.

GIUSEPPE GROSSO

Prof. ord. nella Università di Torino

(1) Forse non tien conto di questa differenza fondamentale fra la posizione mia e quella tenuta dal Romano, l'ARANGIO-RUIZ, quando, polemizzando colla mia argomentazione (*Ist. dir. rom.*⁹, p. 175, n. 1), parla genericamente di *immediata relazione fra uomo e cosa*, per affermare che egli ritiene sia un'immagine, e che io sostengo essere invece una realtà. La mia tesi ha su questo punto una precisa specificazione, che pone l'accento sul fatto che l'attribuzione di questo potere immediato sulla cosa avviene ad opera del diritto mediante la esclusione degli altri, e sul valore che questa ha nel determinarlo. Risulta chiara la diversa nota della realtà economica della relazione colla cosa e della realtà giuridica.

Ma sintomatica è la replica che mi fa l'Arangio-Ruiz, appellandosi alla concezione del diritto come norma. A parte che essa non mi pare neppure in sè concludente, so certamente di non dover obiettare ad uno storico sensibile come l'Arangio-Ruiz che i nostri schemi non ci debbono fare da paraocchi nel cogliere la realtà del diritto romano, e che, se la concezione del diritto come norma non ci permette di cogliere alcuni aspetti, è perchè, nella spontaneità del porsi degli istituti del diritto romano, emerge chiaramente il concetto, più adeguato e completo, dell'ordinamento giuridico.

Pietro de Francisci, *Arcana imperii*, Milano, Giuffrè, I (1946) pp. 340, II (1948) pp. 395, III, 1, 2 (1948) pp. 449, 388.

Gli studiosi salutano con compiacimento l'apparizione di quest'opera con la quale è tornato a far udire la sua autorevole voce PIETRO DE FRAN-

cisci, chiudendo un lungo periodo di silenzio, che si rivela essere stato singolarmente operoso. Opera tanto vasta, quanto originale, dotta e profonda. In tutto degna, insomma, della penna sicura di un maestro.

Arcana imperii è un lavoro che, come lo stesso autore riconosce (I, p. 16 nota 2), sta tra la sociologia e il diritto e si avvale di una documentazione storica eccezionalmente ampia ed organica. La spinta a scriverla è venuta al de F. dai suoi ben noti studi sul principato augusteo, dallo studio, cioè, di un fenomeno storico-giuridico, che più di ogni altro fa difficoltà ad essere inquadrato e classificato per i suoi soli aspetti esteriori, ma che rivela all'attento indagatore «retroscena», «*arcana*» numerosi e profondi, la conoscenza dei quali è condizione essenziale per una ricostruzione storiografica degna di questo nome. Portando il suo esame su un piano più vasto, sul piano di tutte le manifestazioni politiche dell'evo antico, l'A. ha, dunque, voluto domandarsi quali siano stati gli *arcana* di ciascuna di esse, e, soprattutto, se e quali siano i principi sommi, cui possano e debbano essere ricondotti, sì come effetti a cause, i fenomeni politici concreti dell'antichità, o anzi, implicitamente, quelli di tutti i tempi e di tutti i luoghi. Pertanto, il I volume fa seguire ad un'ampia introduzione di «teoria generale» del fenomeno politico una sommaria trattazione sulle antichissime civiltà orientali ed una trattazione più approfondita dedicata alla Grecia dalle origini agli albori delle oligarchie; il II volume è interamente occupato dalla disamina critica della storia politica ellenica ed ellenistica; il III volume, nei suoi due tomi, segue e valuta criticamente le vicende politiche di Roma, per terminare con un rapido cenno sull'eredità di Roma, in Oriente e in Occidente, e con un «finale» che sintetizza le conclusioni raggiunte.

Volessi giudicare in questa sede l'opera del de F., sarei temerario. I risultati storiografici, sia specifici che complessivi, sono tali e tanti, appartengono a sì diversi campi di indagine, che enumerandoli sarei troppo diffuso, valutarli tutti non potrei nè saprei. *Arcana imperii* sfugge alla possibilità di una vera e propria «recensione», almeno da parte mia; i molteplici ed interessanti spunti che essa offre saranno, d'altro canto (facile il prevederlo), ben presto raccolti da quanti, romanisti e grecisti, avremo letto con la dovuta attenzione l'opera del de F. Mentre, perciò, mi riprometto di tornar fra non molto, in altre sedi, su quelle parti della trattazione di storia romana, che non mi hanno del tutto convinto, mi limiterò, in queste note, a tentare una valutazione sommaria della tesi generale dell'A. sugli *arcana* del fenomeno politico *in abstracto*. È una tesi davvero originale, che non può mancare, peraltro, come l'A. ha facilmente previsto (I p. 7), di suscitare dubbi di vario genere.

Secondo il de F., posta la esigenza di ordine che costituisce il fondamento primo ed unitario di ogni aggruppamento politico, non è vero che le varie soluzioni contingenti del problema organizzativo-politico non possano essere ricondotte ad alcuni moduli o tipi generali, ma è vero viceversa il contrario. Giusto. Seguiamolo, dunque, nella tipizzazione da lui proposta, cercando di metterne a nudo l'ossatura essenziale.

Lo spunto dialettico della costruzione teoretica del de F. è fornito da una ben nota teoria di Max Weber (*Grundriss der Sozialökonomik*, 3. Abt., *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1^a, 1925, pag. 124 ss.) secondo cui possono distinguersi tre schemi originari di cd. «legittimazione», vale a dire di giustificazione e di riconoscimento da parte del gruppo, di una potestà politica: a) la *razionale*, consistente nella credenza della razionalità di un ordinamento legale e della derivazione della potestà del capo (cd. «potestà legale») da quell'ordinamento legale; b) la *tradizionale*, consistente nella credenza della inderogabilità di un ordinamento perchè tradizionale e della derivazione della potestà del capo (cd. «potestà tradizionale») da quell'ordinamento tradizionale; c) la *carismatica*, consistente nella eccezionale credenza della investitura divina («carisma») di un determinato capo e della derivazione della sua potestà (cd. «potestà carismatica») dalla grazia divina stessa. Questa nebbiosa, gotica teoria weberiana (che nella Germania nazionalsocialista ha poi ricevuto il «carisma» di una inaspettata fortuna) è criticata dal de F. (p. 50 ss.), ma solo per la considerazione che i primi due tipi di organizzazione politica non differiscono tra loro nella sostanza, in quanto sono ambedue da ricondursi ad un ordinamento-base (razionale o tradizionale, non importa) che preesiste alla potestà del capo e che è il fondamento di quella potestà, mentre invece il terzo tipo si contrapporrebbe ai due primi perchè «non è necessario, anzi sarebbe in contraddizione con la natura di questa potestà (carismatica), un richiamo qualsiasi ad un ordinamento legale o tradizionale: come è totalmente assente ogni idea di un ente o di un soggetto collettivo avente una volontà che possa oggi essere favorevole, domani essere contraria al capo carismatico».

Per il de F. i tipi astratti, gli schemi generali del fenomeno aggregativo politico sono, insomma, due: a) il tipo del *ductus* (il «Führertum» dei Tedeschi), in cui la potestà del capo (il *ductor* o, diciam pure senza ambagi, il *dux*) si fonda sulla sua *autorità personale*, in cui cioè vi è un *riconoscimento* da parte del gruppo sociale (cd. *comitatus*, vale a dire la «Gefolgschaft» dei Tedeschi) della *intrinseca* forza direttiva del capo; b) il tipo dell'*ordinamento*, in cui la potestà del capo è emanazione di un ordinamento *preesistente* del gruppo, è espressione dell'*autorità del gruppo*, è oggetto di un *conferimento* da parte del gruppo, già politicamente ordinato, al capo. In particolare, il *ductus* sarebbe, secondo l'A., un «non-ordinamento», e caratteristiche specifiche del fenomeno sarebbero, tra l'altro: aa) che, se anche il *ductor* impone ai suoi seguaci, anzichè ordini singoli, norme di condotta (a carattere generale ed astratto), dall'ordinamento che così si forma «rimangono sempre escluse l'autorità e la potestà del *ductor*»; bb) che *ductor* e *comitatus* «costituiscono una unità di distinti in perfetta tensione: unità non dialettica, ma reale quando il *comitatus*, che presta al *ductor* il suo consenso e la sua adesione, lo consideri quale interprete delle necessità, degli interessi, dei sentimenti dei seguaci»; cc) che il *ductus* autentico si estingue o per il venir meno della fede del *comitatus* nel carisma del capo, oppure per la

sua trasformazione in «*ductus* istituzionale» (autocrazia), cioè in un ordinamento che legittima di per se solo la potestà del capo (p. 80). Scopo del de F. è, ciò premesso, di dimostrare (p. 36) che lo schema del *ductus* «corrisponde di solito alle fasi primitive del divenire delle formazioni politiche o alle fasi di crisi delle organizzazioni comprese sotto il secondo schema», mentre quest'ultimo «contrassegna i periodi in cui è attiva la volontà di partecipazione alla vita e alla sorte della comunità, in cui è chiara la consapevolezza del comune interesse, in cui, in altre parole, è sviluppata la coscienza dello Stato».

Orbene, le sommesse critiche che io muoverei alla costruzione teoretica or ora riferita, sopra tutto in vista di una precisazione e di un chiarimento della tesi storiografica generale prospettata dall'A., sono le seguenti.

A) Non capisco, per verità, come possa parlarsi di una formazione politica, di una «unità reale» (*ductus + comitatus*), negandosi tuttavia che questa formazione politica sia un ente unitario, dunque una istituzione, dunque un ordinamento. Io ammetto pienamente la esistenza di un fenomeno politico (o, vorrei dire, psicologico) del «Führertum», della «Hegemonie», del *ductus* — lo ammetto perchè è pensabile e lo ammetto perchè è esistito —: ma ritengo contraddittorio concepirlo come un «non-ordinamento», perchè equivarrebbe qualificare un essere come non-essere. Non si tratterà di un ordinamento legale, di un ordinamento consuetudinario, ma di un ordinamento *deve* trattarsi. L'equivoco teoretico del de F., se vedo bene, consiste nel ritenere che di ordinamento possa parlarsi soltanto se e quando questo si sostanzia in un corpo di norme preesistenti ad un assetto politico contingente mentre invece un ordinamento, nella sua forma più elementare, si determina anche *contemporaneamente* all'assetto politico di un gruppo, per il solo fatto che questo riconosca ad un suo membro la potestà di comando e continui a riconoscergliela. Che il motivo psicologico del riconoscimento della potestà ad un capo sia quello del «carisma», che la spinta all'obbedienza sia quella della «fede» del *comitatus* nel *ductor*, non significa affatto che il *ductor* sia al di sopra ed al di fuori dell'ordinamento sociale: la fede del gruppo, il suo riconoscimento del carisma del *ductor* si traducono, infatti, in un conferimento di potestà politica al capo, in un *volergli obbedire*, tanto vero che il gruppo si scioglie quando, venendo meno la «fede», viene meno la volontà di obbedire del *comitatus*, dunque la potestà del capo. Non vi è altro modo, insomma, per identificare il fenomeno sociale, se non quello di vedere in esso... un fenomeno sociale, vale a dire il risultato di, diciamolo pure, un «contratto sociale» tra i membri, contratto costitutivo di un ordinamento.

B) Tutte le organizzazioni sociali, per il fatto stesso che si tratta di «organizzazioni», sono, dunque, ordinamenti a base convenzionale. Di quanto il de F. sostiene a proposito del *ductus* io accetterei soltanto due affermazioni: a) che indubbiamente esistono modi di formazioni del contratto sociale in cui la volontà di un *comitatus* appare influenzata, soggiogata dalla fede in

un «carisma» di un essere dalle qualità eccezionali, il *ductor*; b) che indubbiamente esistono, di fronte agli ordinamenti sociali *elementari*, in cui la trama del contratto sociale è immediatamente e chiaramente visibile, ordinamenti sociali *progrediti*, nei quali il «consensus in idem placitum» dei consociati si è cristallizzato in consuetudini e leggi, che sono apparentemente quasi l'espressione di una volontà diversa e superiore a quella dei consociati stessi. Comunque sia, tanto negli ordinamenti elementari quanto in quelli progrediti, è sempre la volontà dei consociati quella da cui scaturisce la potestà di governo, nonché quella da cui la potestà di governo è ritolta. Il fenomeno del *ductus* non identifica una particolare struttura della società politica, ma una particolare situazione psicologica, che motiva il *consensus* dei cittadini. E esso, il *ductus*, rientra proprio fra gli *arcana imperii*, fra i retroscena del fenomeno politico, ma appunto perciò mi sembra contraddittorio che lo si teorizzi come «tipo» di struttura sociale.

C) Ridotto il *ductus* alla sua vera essenza di retroscena psicologico di ordinamenti politici *elementari*, nel senso dianzi precisato, accettabile e giusta appare la tesi del de F. che esso si manifesti solo nelle fasi iniziali ed in quelle di trasformazione drastica delle strutture politiche. Tuttavia io non direi, con l'A., che di solito si verifichi in tali fasi il *ductus*, ma direi, più prudentemente: a) che, nelle fasi di crisi violenta degli ordinamenti progrediti, il crollo di questi implica il ritorno ad ordinamenti elementari, che molto spesso si concretano in figure di *ductores*, che assumono su di sé, con lo stanco consenso delle masse (la «fede»), la salvezza dell'ordine e la ricostruzione dello Stato; b) che, nei momenti iniziali e primordiali delle aggregazioni politiche, può anche essere avvenuto che l'iniziativa della costituzione sociale sia stata assunta, con il consentimento del *comitatus*, da un *ductor*. In conclusione, mentre il fenomeno (psicologico) del *ductus* mi sembra sia stato effettivamente frequente nelle fasi di crisi delle organizzazioni politiche progredite (o nella forma intensiva di un Napoleone o in quella, più attenuata, di una Assemblea costituente, di una Convenzione, di una Consulta nazionale, di un Comitato di liberazione ecc.), io lo ritengo soltanto possibile, ma poco probabile, in ordine ai momenti effettivamente iniziali delle società politiche. Vero è che le leggende son piene di Menes e di Ercoli e di Cadmi e di Tesei e di Romoli e di consimili «fondatori» eroici, ma io sarei estremamente prudente nell'accogliere i racconti relativi. È proprio vero che i primitivi si siano consociati per l'influsso e la guida di questi superuomini, o non è vero piuttosto che l'esigenza dell'eroe è un'esigenza tipica degli uomini evoluti, quando non si sentano di ripercorrere pazientemente il lento e misterioso processo formativo degli embrioni sociali, e taglino corto, con l'immaginazione «eroica», alle difficoltà della ricostruzione?

ANTONIO GUARINO
Prof. ord. nell'Univ. di Catania

PUI

- ABOU AFIA M., *L'ac comparé. T*
ADD EL AZIZ FAHMI, arabo delle 1946.
—, *Qawa'id wa a mano*).—
ARANGIO-ROIZ V., *L tion Antoni*
BASILE G., *La rifor Soc. ed. L*
BIONDI B., *Istituti fo Corsi univ*
BONIFACIO F., *Ricerc Napoli, I*)
CHIAZZESE L., *Intro Palermo, I*
Commentario del Cod Della prop
G. BRANCA
Azienda:
R. FRANCH
e consorzi
COSENTINI C., *Studi dica dei t*
tania, Fac
DE FRANCISCI P., A
Giuffrè, 1
DE VISSCHER F., *L'e beau* » (B
FLUME W., *Eigensch*
FUKAIOLI C. A., *Sull* 1948.
GIANTURCO E., *Oper versitarii*
breria del