

RIVISTA ITALIANA
PER LE
SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE

Mario Caravale

nuova serie

6

2015



JOVENE EDITORE

PROLUSIONI

La spiritualità nel diritto comune: una rilettura della tesi calassiana

Mario Caravale

Cinquant'anni fa, il 10 febbraio 1965, moriva Francesco Calasso, uno dei massimi storici italiani del diritto, preside della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma. Questa rivista, che lo ebbe come direttore, intende ricordarlo rileggendo uno dei suoi studi più significativi.

Calasso era stato chiamato alla cattedra romana di Storia del diritto italiano con delibera del Consiglio di Facoltà del 20 ottobre 1945 e il 19 gennaio 1946 pronunciò la sua prolusione al corso di lezioni dal titolo *Il diritto comune come fatto spirituale*: il testo fu successivamente pubblicato in questa rivista (n.s., II [1948], 315-352). La tesi del sistema di diritto comune in età medievale e moderna costituisce uno dei principali contributi di Calasso agli studi storico giuridici ed era stata da lui presentata negli anni precedenti in varie occasioni: in particolare, alla sua esposizione Calasso aveva dedicato i saggi *Il concetto di 'diritto comune'*, apparso in *Archivio giuridico*, CXI (1934), 59-97 e *Il problema storico del diritto comune*, pubblicato negli *Studi di storia e di diritto in onore di Enrico Besta*, Milano, 1939, II, 459-513.

L'originalità del contributo di Calasso si può cogliere in pieno tenendo presente che nei primi decenni del secolo XX la disciplina di storia del diritto si presentava priva di quel carattere sistematico che veniva attribuito a tutte le altre materie giuridiche ed era ancora segnata dalla molteplicità, disorganicità e contraddittorietà delle fonti e delle norme. In luogo di questa visione plurima e per più aspetti caotica, Calasso propose una lettura unitaria ed omogenea del diritto medievale e moderno. L'elemento unificante della pluralità di fonti e di norme era costituito, a suo parere, dal Sacro Romano Impero, diretto erede di quello dell'antichità, che da quest'ultimo si distingueva perché al carattere temporale aggiungeva quello spirituale e religioso. Secondo Calasso, la dottrina giuridica medievale aveva teorizzato come diritto proprio dell'Impero medievale il diritto romano giustiniano, ne aveva elaborato una lettura innovativa che lo rendeva utile per la disciplina della società contemporanea e lo arric-

chiva con la nuova spiritualità religiosa; al contempo lo aveva affiancato all'altro diritto universale, quello canonico: due diritti universali, corrispondenti alla natura bifronte dell'Impero medievale tendenzialmente universale, due diritti che pur avendo ciascuno un proprio ambito di applicazione, il romano competente per le questioni temporali, il canonico per le materie spirituali, erano tra loro inscindibilmente legati, così come lo erano i due aspetti dell'Impero. Una simbiosi tra i due diritti universali che consentiva di colmare le lacune dell'uno ricorrendo alle norme dell'altro. Diritto romano e diritto canonico, nell'interpretazione creativa della dottrina, costituivano, allora, l'*utrumque ius*, il diritto comune a tutti i popoli dell'Impero, un diritto che, legato alla potestà carismatica dei vertici dell'Impero, l'imperatore e il pontefice, era accreditato di una autorevolezza indiscussa, superiore, universalmente riconosciuta.

Diritto comune, però, non diritto unico, perché il diritto romano canonico non era il solo ad essere vigente. L'Impero medievale, infatti, si distingueva nettamente dallo Stato affermatosi nel Continente europeo a partire dal secolo XIX, Stato che aveva eliminato i tradizionali ordinamenti particolari e aveva, pertanto, abolito ogni diaframma istituzionale tra i cittadini e sé stesso. Al contrario, l'Impero medievale si sostanzialmente basava sulla molteplicità di ordinamenti e di realtà particolari delle sue regioni: di conseguenza, il diritto romano canonico non era il solo vigente, ma si proponeva come comune a tutti i diritti degli ordinamenti e delle realtà particolari (Comuni, regni, signorie, università territoriali, corporazioni di mestiere, ecc.), diritti che venivano designati come *iura propria*, e con loro aveva definito precise relazioni. Secondo Calasso il rapporto tra il diritto comune romano canonico e gli *iura propria* si esprimeva in un'ordinata gerarchia di fonti, secondo la quale dal diritto dell'ordinamento più piccolo si saliva gradualmente a quello dell'Impero universale. Di modo che i giudici attivi in un Comune dell'Italia centro-settentrionale risolvevano le vertenze loro sottoposte applicando innanzi tutto le norme degli statuti cittadini, ove queste non avessero disciplinato il caso in esame rivolgendosi alle consuetudini vigenti nel territorio in cui il Comune si trovava e, se nemmeno tra dette consuetudini avessero rinvenuto la norma adatta, richiamandosi al diritto comune; mentre i giudici delle corporazioni prima di prendere in esame lo statuto comunale dovevano ricercare la norma nello

statuto corporativo. Dal canto loro i giudici attivi in una città dell'Italia meridionale, appartenente al Regno di Sicilia, prima di passare alle norme di diritto comune, dovevano verificare l'esistenza di una costituzione regia che aveva natura di disciplina generale per tutti gli abitanti del regno.

La tesi formulata da Calasso aveva, come si diceva, il pregio di presentare il diritto dell'età intermedia come unità organica e, quindi, di assegnargli quella natura di sistema che l'indirizzo metodologico prevalente negli studi giuridici europei a partire dagli ultimi decenni del secolo XIX, attribuiva sia al diritto romano, sia a ciascun settore in cui era stato articolato il diritto positivo – civile, penale, processuale, pubblico – e che considerava condizione indispensabile per riconoscere autentica natura scientifica alla dottrina che interpretava ognuna di dette partizioni dell'ordinamento giuridico. Certamente si trattava di un sistema diverso da quelli elaborati per il diritto romano e per i diversi settori del diritto vigente, che erano sistemi di norme tra loro legate da un rapporto logico razionale, poiché il sistema del diritto medievale riguardava soprattutto il rapporto tra fonti. Comunque si trattava di un sistema che permetteva una lettura unitaria e razionale della molteplicità e consentiva, di conseguenza, di riconoscere anche alla storiografia del diritto intermedio un valore scientificamente apprezzabile.

Secondo la ricostruzione di Calasso, dunque, il sistema di diritto comune rispecchiava l'ordinamento istituzionale del Sacro Romano Impero di cui ripeteva la natura bifronte e la coesistenza di pluralismo locale e di unità generale. Di qui anche la convinzione che il medesimo sistema era entrato in crisi quando, con l'inizio dell'età moderna, l'Impero medievale aveva cominciato a perdere significato sia sotto il profilo spirituale – quale conseguenza della rottura dell'unità religiosa del mondo occidentale –, sia sotto quello politico, a motivo dell'affermazione degli Stati nazionali. Calasso, pertanto, sosteneva che il sistema unitario di diritto comune aveva conosciuto una lunga evoluzione di cui era possibile individuare tre fasi storiche: la prima, definita «periodo del diritto comune assoluto», riguardava i secoli XII e XIII e si caratterizzava per il «predominio del diritto comune su ogni altra fonte concorrente»; la seconda, detta «periodo del diritto comune sussidiario», corrispondeva ai secoli XIV e XV e vedeva la crescente affermazione e diffusione degli *iura propria*; la

terza, infine, coincidente con i secoli dell'età moderna ed indicata come «periodo del diritto comune particolare», era segnata in ogni Stato dalla preminenza, tra le fonti giuridiche, della legge del sovrano, la quale si imponeva come «unica fonte normativa in quanto emana dal *princeps*, che impersona lo Stato e dalla cui volontà la validità di ogni altra fonte rileva», di modo che il diritto comune poteva continuare ad essere osservato soltanto in virtù di una *permissio* del sovrano¹.

Nella prolusione del 1946 questa complessa ed articolata costruzione resta in sottofondo: qui l'obiettivo di Calasso era non già quello di offrirne un'ulteriore descrizione, bensì l'altro di sottolineare la necessità della lettura storica del diritto comune per cogliere la sua vera natura, la sua netta originalità rispetto al diritto romano, un'originalità legata alla nuova cultura, al nuovo spirito che animava la società medievale a partire dalla rinascita iniziata nel secolo XI. Pertanto il saggio si apre con una decisa critica alla tesi di Savigny il quale, nella sua notissima opera *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, aveva letto il diritto medievale come una mera riedizione ammodernata del diritto romano: tesi che aveva conosciuto diffusa accoglienza da parte della successiva storiografia giuridica. Alla domanda «che cosa fu dunque il diritto comune?», rilevava Calasso, si è continuato «a rispondere con delle definizioni ricalcate sul vecchio motivo, di pandettistica memoria, dell'ammodernamento del diritto romano: comoda formuletta, che non soltanto non ha definito mai nulla (sarebbe come illudersi di avere individuato storicamente la lingua italiana come ammodernamento della latina), ma ha piuttosto aiutato a eludere il problema storico del diritto comune. E ciò spiega, da un lato, le ragioni del suo successo, dall'altro il ritardo col quale il problema medesimo ha fatto il suo ingresso nella indagine scientifica». Calasso chiamava, allora, «la nostra storiografia giuridica» a un «compito nuovo e non più prorogabile»: «la ricostruzione del diritto comune come sistema vivente di vita propria, animato da un proprio spirito, ricco di un'originalità sua come l'epoca storica di cui fu una delle espressioni più grandi, non vaga e sfilacciata appendice della storia del diritto romano, bensì mediazione storica (ch'è cosa assai diversa) fra l'antico mondo ed il nostro».

¹ Le citazioni sono tratte dai saggi sopra ricordati, *Il concetto di 'diritto comune' e Il problema storico del diritto comune*.

La lettura del diritto comune come prodotto originale della storia portava Calasso, come si diceva, a collocare la formazione dello stesso nel quadro della rinascita conosciuta dalla società europea a partire dal secolo XI. Una rinascita innanzi tutto economica. «Che alle profonde trasformazioni sociali ed economiche cominciatesi ad attuare all'alba del nuovo millennio sia strettamente legato un fiorire di nuovi rapporti nella vita giuridica, così rigoglioso da far pensare a una particolare vocazione di questa età per il diritto, è fuori dubbio» ammetteva Calasso. Ma subito precisava: «i 'fattori' economici, come cause di trasformazioni sociali non potranno operare se non nel campo dell'attività economica, e il loro trapasso nella vita morale, alla quale il diritto appartiene, non potrà compiersi se non a condizione che si trasformino in forze morali; quindi, il problema storico del loro così detto determinismo nella vita morale, non potrà essere altrimenti risolto, se non come problema di forze morali». Dunque la società europea aveva conosciuto, insieme con la ripresa economica, una rigenerazione spirituale, morale, culturale. Parole che indicano in modo chiaro l'impostazione metodologica cui Calasso aderiva: non già il mero positivismo storico che leggeva tutti gli aspetti della società, anche quelli morali e spirituali, come meri prodotti di fattori materiali ed economici, ma una visione neoidealistica crociana per la quale lo spirito umano, operante all'interno della concreta realtà sociale, era il vero protagonista del processo storico e solo a lui, in particolare, si doveva l'evoluzione della vita morale e culturale della società. «È rimasta...acquisita ai canoni del pensiero storico» – dichiarava – «questa verità: che la vita morale cioè non si muove nel vuoto, ma è attorniata e premuta da circostanze materiali che le preesistono e dalle quali essa non può prescindere, ché anzi viene in lotta con esse, ne cerca la lotta. Alla storia della vita morale interessano molto questi contatti e queste lotte, e l'intenso travaglio di azioni e reazioni che le va necessariamente congiunto; ma protagonista di tutto questo processo, appunto come processo della vita morale, resterà sempre lo spirito umano, e immaginare un determinismo delle circostanze materiali porterebbe inconsapevolmente a invertire il rapporto: significherebbe non pensare più una storia della vita morale».

Il momento nel quale il diritto comune «sboccia» era, allora, un momento della rigenerazione dello spirito umano legata al rinnovamento della vita economica. Un momento dello spirito segnato da

due «forze protagoniste dell'epoca nuova, Chiesa e Impero» entrambe «con un volto nuovo: la Chiesa, rigenerata dalla vasta opera di purificazione interna della riforma gregoriana, svincolata finalmente dalla tutela asservitrice della potenza laica» e diventata «veramente...una forza universale»; l'Impero, evolutosi rispetto alla sua creazione carolingia, il quale «non è più, nella realtà vera, lo strumento preordinato da Dio affinché la Chiesa possa svolgere la propria missione cattolica» e che si trova ad affrontare da un canto la nuova posizione della Chiesa, divenuta «essa stessa potenza supranazionale», dall'altro «la personalità nuova» degli «ordinamenti particolari» sorti al proprio interno. Alla nuova realtà maturata con l'evoluzione delle suddette forze universali «il pensiero...partecipa vivamente...vien fuori tutta una letteratura apologetica e polemica» che non si limita «alle contingenze politiche del momento storico», ma investe anche problemi di ampio respiro, come quello della «funzione sociale... dello Stato», del «concetto di sovranità», della «organizzazione interna... della Chiesa», «del primato pontificale», «dei rapporti fra Stato e Chiesa».

E «in questo tumultuare di sentimenti e di idee, si possono già cogliere alcuni orientamenti spirituali, che saranno i motivi fondamentali dell'epoca nuova...Sono i grandi motivi nei quali il medio evo trova...la sua definizione: vale a dire la sua anima». Calasso li indicava da un canto nel «sentimento religioso», da cui promanava, tra l'altro, «quel carattere di universalità che presenta spiccatamente la cultura di quel sec. XI che fece da ponte per l'epoca nuova»; dall'altro nella «esaltazione dell'antichità classica, e, in particolare, della romanità» da parte della Chiesa rigenerata, un'esaltazione in virtù della quale «l'antichità classica veniva come riscattata e redenta, e la sua meravigliosa cultura poteva legittimamente essere utilizzata per dare veste e decoro ad un mondo, che ne era storicamente distante, ma, nei disegni divini ne rappresentava lo svolgimento provvidenziale».

Il diritto, rinato a nuova vita all'interno di tale complessa tempeste spirituale, dalla stessa era stato plasmato in forme del tutto originali, assumendo di quella i caratteri principali, la concezione universale, cioè, e l'ideale di una società guidata da saldi, immutabili ed inviolabili principi morali. «Lo spirito del rinascimento medievale» – dichiarava Calasso – «è tutto in questa concezione universalistica del diritto», la quale «non fa se non raccogliere e fondere, come in una

sintesi armonica, tutti i motivi della grande ripresa spirituale... È slancio mistico e aspirazione etica, è esaltazione del passato, ma sul ritmo della nuova vita che pulsa». L'universalità contiene, dunque, eticità e spiritualità: i giuristi che a Bologna ripresero a leggere i testi giustinianeî compresero subito che «nel sistema normativo circola una forza nuova: l'*aequitas*». «La sicurezza apodittica, quasi solenne dell'enunciato che si legge negli anonimi scritti dei primordi della scuola di Bologna – '*aequitas nihil aliud est quam deus*' – è come una rivelazione improvvisa: e invece era il punto d'arrivo d'un cammino lunghissimo».

Calasso individuava, dunque, il carattere originale del diritto comune, quel carattere che lo distingueva nettamente dall'esperienza antica di Roma, nell'*aequitas*, la quale non era mero «correttivo benigno del *rigor iuris* [delle norme romane], ma vera e propria antitesi di due mondi e di due epoche; non dunque espediente ermeneutico, ma forza creativa, orientata verso l'ideale di una giustizia coincidente con la *voluntas Dei*». «L'*aequitas* – aggiungeva – «è lo spirito della cristiana *civilitas*, cioè della civiltà medievale, che assimila il *ius vetus* del mondo pagano, e lo supera. È questo spirito segreto, dunque, che il giurista deve scoprire: che è intrinseco alla legge, e la santifica». E i glossatori avevano avuto coscienza dello spirito che animava il diritto: «il glossatore nel mistico e lirico Duecento, traducendo il pensiero pagano nel linguaggio della propria fede con un calore di commossa convinzione di cui forse il tormentato spirito moderno non sa più rendersi conto, poteva commentare: «quia, ut sacerdotes sacra ministrant et conficiunt, ita et nos, cum leges sint sacratissimae. Et ut ius suum cuique tribuit sacerdos in dando poenitentia, sic et nos in iudicando» (gl. *sacerdotes*, l. *iuri operam*, ff. *de iustitia et iure* [D. 1.1]). Essi, dunque, concepivano il nuovo diritto come animato dallo spirito etico dell'*aequitas* e alla luce di questa procedettero alla lettura dei *tria precepta iuris*, *honeste vivere*, *alterum non laedere*, *suum cuique tribuere*, teorizzandone un'interpretazione che toccava «le radici profonde dell'umanità» e che per questo motivo era nettamente diversa da quella pagana dell'antichità.

L'*aequitas*, dunque, costituiva lo spirito del nuovo diritto civile ed al contempo ne favoriva l'incontro con il diritto della Chiesa. Ne derivò la «messianica proclamazione di un diritto comune a tutte le genti dell'Europa romano-cristiana, nella singolarissima endiadi del-

l'utrumque ius: sono queste le forze ideali che muovono il diritto comune alla conquista di terre dove la Roma pagana non s'era mai spinta. Poiché quel diritto non era più un sistema di norme legato storicamente a un particolare ordinamento, ma *la* norma; non un diritto, ma *il* diritto. Il travaglio di quelle forze ideali ha consumato ormai ogni legame contingente e finito: che è un problema tipico della spiritualità medievale».

Il principio etico e religioso dell'*aequitas*, dunque, costituiva lo spirito del diritto comune. Nel momento in cui Calasso pronunciava la sua prolusione era da pochi mesi terminata la drammatica esperienza del totalitarismo nazista e fascista nell'ambito della quale il diritto era stato sostanzialmente inteso come espressione della potenza indiscutibile del governo, un diritto a cui i cittadini dovevano piena ed assoluta obbedienza, ne dovevano rispettare le norme che il governo stesso imponeva per esprimere la propria superiore autorità. E questa esperienza era stata legittimata dall'indirizzo del positivismo giuridico, dominante in dottrina, che riconosceva come diritto soltanto lo *ius positum*, quello – cioè – prodotto dall'autorità istituzionalmente legittimata a farlo, prescindendo da ogni valutazione assiologica delle norme. Contro quell'esperienza politica, contro il positivismo giuridico Calasso invocava per il diritto il recupero dei superiori principi di giustizia, equità, moralità. Ed in effetti l'individuazione dell'*aequitas* come spirito vivificante del diritto comune sembra rispondere non soltanto all'esigenza di definire il carattere originale di questo diritto rispetto al romano; risulta anche rivolta al presente, sembra avere, cioè, l'obiettivo di affermare la necessità che il diritto contemporaneo recuperi i suoi valori superiori e mai più si riduca a mera manifestazione di forza e di egoismo. È un sentimento che appare condiviso all'indomani della conclusione del conflitto da molti studiosi che nel nuovo clima politico avevano ripreso a riflettere sull'inalienabilità dei valori di libertà, di democrazia, di giustizia: lo sta a testimoniare, tra l'altro, la ripresa di ricerche sul diritto naturale che segna la riflessione portata avanti in questi anni da tanti giuristi, come Norberto Bobbio.

Nel saggio *Il problema storico del diritto comune*, apparso nel 1939, Calasso aveva qualificato il sistema di diritto comune come «un sistema legislativo»; nella prolusione del 1946, che si esamina in questa sede, invece, definiva il diritto comune come un «fatto spiri-

tuale». Questa diversa aggettivazione è stata, come noto, rilevata da Paolo Grossi come una «incoerenza» interna al pensiero di Calasso, il quale non sarebbe riuscito «a liberarsi completamente della propria coscienza postilluministica e statualistica... a pensare il diritto senza Stato, a pensarlo senza avere a fondazione necessaria la manifestazione di volontà statale, e cioè la legge». Allo stesso tempo, però, Grossi sottolinea la particolare sensibilità di Calasso per aver saputo, pur rimanendo fedele all'impostazione statualistica del diritto, comprendere «appieno... il ruolo dell'*aequitas*»² all'interno dello stesso diritto. Un elogio, quest'ultimo, che non si può non condividere. Se negli anni '30 dello scorso secolo doveva essere difficile per un giovane studioso sottrarsi all'impostazione statualistica dominante nella maggior dottrina non solo italiana, ed in particolare per il giovane studioso che andava elaborando la costruzione unitaria del diritto comune proprio per presentare la sua disciplina sotto forma di quel sistema che la stessa dottrina considerava indispensabile carattere scientifico di ogni settore del diritto, è di grande significato che lo stesso studioso, con una più consapevole maturità, abbia successivamente messo in evidenza come quel sistema fosse plasmato dai principi superiori di equità, moralità e giustizia che ne costituivano lo spirito vivificante. La legittimazione del diritto comune, in questa ottica, allora, non era costituita tanto dalla sua derivazione dalla legge, quanto piuttosto dalla sua conformità allo spirito morale dell'equità.

Una conformità che Calasso ricercò successivamente non soltanto nel diritto medievale, ma anche negli ordinamenti di epoca successiva, come appare nella voce *Equità. Premessa storica*, da lui redatta per l'*Enciclopedia del diritto* (XV, Milano, 1966, 65-69). La condanna del positivismo giuridico e l'individuazione dei principi morali e spirituali che in ogni momento avevano vivificato l'ordinamento giuridico continuarono, dunque, a segnare la sua ricerca storica fino agli ultimi studi.

² PAOLO GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1995, 229.